

Sygn. akt: KIO 116/23

WYROK

z dnia 27 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2023 r. przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i 2 w części, w jakiej zarzuty uwzględniono oraz w zakresie zarzutu nr 5 wycofanego przez odwołującego;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i zalicza na 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 116/23

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wałbrzych - Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I” (nr ref. DU.260.58.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 239-688740. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 stycznia 2023 r. wykonawca ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec modyfikacji treści dokumentów zamówienia dokonanej 3 stycznia 2023 r., zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 5 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z niezapewnieniem zapobieżenia oraz likwidacji śliskości na jezdni, wobec takiego ukształtowania postanowień § 11 ust. 6 projektu umowy oraz postanowień załącznika nr 1 do projektu Umowy „Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I”, który pozostawia po stronie Zamawiającego decyzję kiedy Wykonawca ma przystąpić do realizacji usługi, przy jednoczesnym przeniesieniu na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za zdarzenia będące następstwem niezapobieżenia śliskości i nieusunięcia śliskości wobec braku dyspozycji do przystąpienia do realizacji usługi od Zamawiającego. Powyższe powoduje, że Zamawiający niejako oczekuje, aby w ramach realizacji usługi Wykonawca realizował usługę wg decyzji Zamawiającego, jednak „przerzucając” pełną odpowiedzialność za konsekwencje tej decyzji (opóźnienia w podjęciu decyzji lub błędnej decyzji) na Wykonawcę. Dodatkowo wskazany zakres temperatur, od których wystąpienia aktualizuje się obowiązek przystąpienia do realizacji usługi usunięcia śliskości jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bowiem jest tak ustalony, że nie zapewnia realnej możliwości zapobieżenia powstania śliskości, która może, co oczywiste wystąpić, także przy wyższych temperaturach;
2. art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania

uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego 2

traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym wymogu przedstawienia dokumentacji potwierdzającej ilość zużytej soli (postanowienia pkt 11 lit. e, rozdział II załącznika nr 1 do umowy), przy jednoczesnym braku doprecyzowania jakiego rodzaju mają być to dokumenty, w jaki sposób ma być ustalana waga, za pomocą urządzenia o jakich parametrach ma być dokonywany pomiar zużytych ilości soli oraz poprzez umieszczenie w pkt 11 lit. g, h rozdziału II załącznika nr 1 do umowy postanowień, których nie dotyczy przedmiotowe postępowanie;

3. art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym ustalenia opisu przedmiotu zamówienia w § 2 ust. 1 załącznika nr 1 do umowy w taki sposób, że Wykonawca zobowiązany jest w ramach wykonania umowy do realizacji świadczenia niemożliwego w kontekście ustalonego w tym postępowaniu opisu przedmiotu

zamówienia dla zapobiegania śliskości, przy jednoczesnym uregulowaniu opisu przedmiotu w taki sposób, że nie jest możliwe zapobieżenie śliskości. Zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia umowy zostały stworzone z naruszeniem art. 353¹ k.c., bowiem pozostają w niezgodności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współzycia społecznego, a więc przekraczają dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów. Abstrahując więc od niejednoznaczności i niedokładności zapisów umownych, Odwołujący podaje, iż szereg z nich prowadzi do zaburzenia zasady równości stron umowy, w sposób niesymetryczny kształtując ich prawa i obowiązki, co zgodnie z utrwalonym zapatrywaniem judykatury (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt: II CK 739/04), narusza zasady współzycia społecznego.;

4. art. 99 ust. 1 i ust. 4, w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym wprowadzenia obowiązku dotyczącego przedstawiania wydruków stacji pogodowej i skany Rejestru 3

pogodowego, w sytuacji gdy stacje pogodowe wykorzystywane do realizacji usługi nie mają takiej funkcji, a zakup nowych stacji i wyposażenie w nie Wykonawcy wymaga czasu, który nie pozwala na dochowanie terminów rozpoczęcia realizacji usługi wg ustaleń z dokumentacji Postępowania. Dodatkowo tak ustalony parametr jako nadmierny i nieproporcjonalny w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczenia usługi. Zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia umowy zostały stworzone z naruszeniem art. 353¹ k.c., bowiem pozostają w niezgodności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współzycia społecznego, a więc przekraczają dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów. Abstrahując więc od nieproporcjonalności i nadmierności zapisów umownych, Odwołujący podaje, iż szereg z nich prowadzi do zaburzenia zasady równości stron umowy, w sposób niesymetryczny kształtując ich prawa i obowiązki, bowiem pomimo, że świadczenie to jako niemożliwe z uwagi na zbyt krótki czas do jego wdrożenia, to jeszcze Zamawiający zastrzega sobie możliwość nałożenia na Wykonawcę kar umownych za jego niedochowanie, co zgodnie z utrwalonym zapatrywaniem judykatury (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt: II CK 739/04), narusza zasady współzycia społecznego.;

5. art. 99 ust. 1 i ust. 4, w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w zakresie dotyczącym wprowadzenia obowiązku użycia systemu satelitarnego, które to rozwiązanie z przyczyn natury technicznej nie jest możliwe do wdrożenia w tak krótkim czasie, by mogło być stosowane od następnego dnia po podpisaniu umowy (ust. 6 rozdział II załącznika nr 1 do umowy). Dodatkowo tak ustalony parametr jako nadmierny i nieproporcjonalny w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczenia usługi. Zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia umowy zostały stworzone z naruszeniem art. 353¹ k.c., bowiem pozostają w niezgodności z

właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współzycia społecznego, a więc przekraczają dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów. Abstrahując więc od nieproporcjonalności i nadmierności zapisów umownych, Odwołujący podaje, iż szereg z nich prowadzi do zaburzenia zasady równości stron umowy, w sposób niesymetryczny kształtując ich prawa i obowiązki, bowiem pomimo, że świadczenie to jako niemożliwe z uwagi na zbyt krótki czas do jego wdrożenia, to jeszcze Zamawiający zastrzega sobie możliwość nałożenia na Wykonawcę kar umownych za jego niedochowanie, co zgodnie z utrwalonym zapatrywaniem judykatury (tak m.in. Sąd

Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt: II CK 739/04), narusza zasady współzycia społecznego.

6. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 5 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z wprowadzonym na nowo sposobem rozliczania realizacji umowy, który nie zapewnia pokrycia wszystkich kosztów poniesionych przez

Wykonawcę, podczas, gdy wcześniej obowiązujące zasady polegające na ustaleniu, że „liczniki kilometrowe w pojeździe podlegają okresowej legalizacji - uznaje się je za urządzenia wiarygodne. Odczyty licznika mają być zapisywane w kartach drogowych, wydawanych kierowcy przez Dyspozytora. Zamawiający uzna karty pracy Wykonawcy dla dokumentowania podstawowych informacji (przebieg kilometrowy, czas pracy sprzętu, ilość kursów, wykaz ulic, wykonywane czynności i inne), dotyczących pracy pługosolarek - sprzętu użytego do realizacji usługi” były rozwiązaniem prawidłowym, jednoznacznym i wyczerpującym, a nowa regulacja nie zapewnia jednolitego i wyczerpującego opisu sposobu ustalania wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Dodatkowo zmodyfikowanym sposobem ustalania wysokości wynagrodzenia Zamawiający nakłada na wykonawcę szereg nadmiernych obowiązków formalnych, od których zrealizowania Zamawiający uzależnia wypłatę wynagrodzenia, nawet w przypadku prawidłowego wykonania umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1. nakazaniu Zamawiającemu zmiany postanowień § 11 ust. 6 projektu umowy w taki sposób, aby uzyskać brzmienie, na podstawie którego możliwe będzie ustalenie jednoznacznych i wyraźnie określonych zasad odpowiedzialności pomiędzy stronami umowy, tj. zmiany prowadzącej do:
 - a) ustalenia, aby postanowienie § 11 ust. 6 projektu umowy brzmiało: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia, do których doszło od momentu złożenia wniosku o wyrażenie zgody na wykonanie przez Wykonawcę - na jego wniosek - czynności w okolicznościach wynikających z § 2 ust. 5 lit. a załącznika nr 1 do umowy, w przypadkach, o których mowa w § 2 ust. 8.2 i ust. 8.3 załącznika nr 1 do umowy oraz wynikających z § 2 ust. 21.3 załącznika nr 1 do umowy”.
 - b) oraz by ustalić procedurę - czyli podanie w jaki sposób Wykonawca ma występować z wnioskiem o wyrażenie zgody (adres skrzynki mailowej, czas jaki Zamawiający ma

na podjęcie decyzji, ustalenie, że w przypadku braku otrzymania decyzji Zamawiającego Wykonawca ma rozumieć, że ma przystąpić do realizacji usługi);

- c) nakazania Zamawiającemu zmiany postanowień § 2 ust. 5-7 załącznika nr 1 do umowy w taki sposób, aby obowiązek realizacji usługi aktywował się po stronie Wykonawcy niezależnie od decyzji Zamawiającego, w sytuacji gdy, wystąpią opady śniegu lub inne zjawiska atmosferyczne przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2 stopnie Celsjusza.

2. nakazaniu Zamawiającemu wprowadzeniu do załącznika nr 1 do umowy postanowień, z których będzie wynikało jakiego rodzaju dokumenty potwierdzające ilość zużytej soli ma przedstawić Wykonawca, przy jednoczesnym doprecyzowaniu, w jaki sposób ma być ustalana waga, za tj. aby musiała być to waga posiadająca aktualną legalizację oraz nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień pkt 11 lit. g, h rozdziału II załącznika nr 1 do umowy postanowień;

3. nakazania Zamawiającemu zmiany postanowień § 2 ust. 5-7 załącznika nr 1 do umowy w taki sposób, aby obowiązek realizacji usługi aktywował się po stronie Wykonawcy niezależnie od decyzji Zamawiającego, w sytuacji gdy, wystąpią opady śniegu lub inne zjawiska atmosferyczne przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2 stopnie Celsjusza oraz doprecyzowania zasad realizacji usługi w zakresie zapobiegania śliskości;

4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień wprowadzonych zmianą w dniu 3.01.2023 r. i przywrócenie poprzedniego brzmienia § 8 ust. 3 lit d projektu umowy;

5. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień wprowadzonych zmianą w dniu

3.01.2023 r. zawartych w rozdziale pkt 6 i 8 rozdziału II załącznika nr 1 do umowy;

6. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień wprowadzonych zmianą w dniu

3.01.2023 r. zawartych w rozdziale pkt 9, 10, 11 rozdziału II załącznika nr 1 do umowy;

Odwołujący wskazał, iż wnioski o dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia obejmują także zmiany wprost w żądaniu niewskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Uzasadniając zarzut nr 1 dotyczący modyfikacji § 11 ust. 6 projektu umowy Odwołujący wskazał, iż wprowadzona regulacja pozostawia bez ustalenia kwestię dot. tego kto ponosi odpowiedzialność za szkody powstałe na skutek braku realizacji umowy w czasie, gdy Wykonawca musi oczekiwać na decyzję Zamawiającego w okolicznościach takiego ustalenia zasad realizacji usługi, który uzależnia możliwość przystąpienia do realizacji usługi od wyraźnej dyspozycji ze strony Zamawiającego, że Wykonawca ma przystąpić do realizacji usługi. W tym miejscu wskazać należy, że Wykonawca w „normalnych” okolicznościach, tj.

w sytuacji, gdy wystąpią okoliczności uzasadniające rozpoczęcie realizacji usługi natychmiast przystąpiłby do jej wykonania. Natomiast na skutek wadliwego opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego polegającego po pierwsze na pozostawieniu do decyzji Zamawiającego kiedy ma nastąpić rozpoczęcie realizacji usługi, a w drugiej kolejności polegającego na braku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia tj. realizacji usługi w

tym zakresie, sposobu składania wniosku, określenia czasu jaki Zamawiający ma na podjęcie decyzji oraz wskazania co Wykonawca ma zrobić, gdy nie uzyska decyzji w czasie w jakim Zamawiający powinien mu przedstawić decyzję. Powyższe ma ogromne znaczenie dla ustalenia zasad odpowiedzialności względem osób trzecich – np. mieszkańców, którzy w tym czasie poniosą szkodę.

Odwołujący powołał się na § 2 załącznika nr 1 do projektu Umowy wskazując na szeroki zakres decyzyjności, jaki po swojej stronie pozostawił Zamawiający, jednocześnie nie wskazując jak rozkłada się odpowiedzialność za brak wykonania w tych przypadkach realizacji usługi w czasie kiedy Zamawiający podejmuje decyzję. Odwołujący podniósł, iż zasadniczym celem umowy jest zdefiniowane zapobieganie oraz likwidacja śliskości na terenie miasta Wałbrzych. Zamawiający przenosi na wykonawcę obowiązek zapewnienia środków technicznych i zasobów by ten cel został zrealizowany. Jednocześnie wprowadza ograniczenia w możliwości realizacji usługi w przypadku realnego zagrożenia wystąpienia śliskości i to sobie pozostawia decyzje o uruchomieniu lub kontynuacji akcji. Jednocześnie pełną odpowiedzialność pozostawia Wykonawcy. Najwyższym celem umowy jest zapewnienie bezpieczeństwa na drogach miasta. Jednak zamawiający wprowadzając podwójne standardy decyzyjności porzuca realizację tego celu na rzecz kontroli kosztów i ograniczeń w zakresie kiedy i jak prowadzić działania. Zamawiający całkowicie pomija aspekt profilaktycznych działań na drogach zapobiegające powstawaniu zdarzeń niebezpiecznych i zagrażających życiu i zdrowiu mieszkańców. Skupiając się na szczegółowym określeniu zasad uzyskiwania jego zgody na realizację zadań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa na drogach. Jednocześnie Zamawiający nie chce przejąć pełnej odpowiedzialności za podejmowane decyzje stawiając się w roli kontrolującego wykonanie przy jednoczesnym decydowaniu o zakresie i częstotliwości realizowanych zadań, ponieważ nie wskazał wyraźnie, że w czasie jaki mu przysługuje na podjęcie decyzji – nie wskazał też tego czasu, to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za brak zrealizowania usługi.

Dalej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w taki sposób opisał przedział temperatur i wilgotności powietrza, że nie jest możliwe zrealizowanie nadrzędnego obowiązku zawarcia umowy w ramach przedmiotowego postępowania jakim jest ochrona życia i zdrowia mieszkańców. Wykonawca, który na skutek tak skonstruowanych postanowień w zakresie

temperatur nie może przystąpić do realizacji usługi, w żaden sposób nie ma ograniczonej odpowiedzialności za następstwa braku usunięcia śliskości, która realnie wystąpi przy wyższych temperaturach. W chwili obecnej, gdy temperatury mocno spadły, na chodnikach i drogach jest ślisko, uczestnicy ruchu drogowego masowo ulegają szkodom polegającym na narażeniu życia i zdrowia. Konsekwencją takich regulacji umownych jak w omawianym przypadku są zdarzenia opisywane m.in. w gazetach jak np. „Śmierć 38 latka na oblodzonym chodniku” (). W ocenie Odwołującego Zamawiający ukształtował warunki zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z niezapewnieniem zapobieżenia oraz likwidacji śliskości na jezdni, wobec takiego ukształtowania postanowień załącznika nr 1 do projektu Umowy „Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I”, który pozostawia po stronie Zamawiającego decyzję kiedy Wykonawca ma przystąpić do realizacji usługi, przy jednoczesnym przeniesieniu na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za zdarzenia będące następstwem nieusunięcia śliskości wobec braku dyspozycji do przystąpienia do realizacji usługi od Zamawiającego. Powyższe powoduje, że Zamawiający niejako oczekuje, aby w ramach realizacji usługi Wykonawca realizował usługę wg decyzji Zamawiającego, jednak „przerzucając” pełną odpowiedzialność za konsekwencje tej decyzji (opóźnienia w podjęciu decyzji lub błędnej decyzji) na Wykonawcę. Dodatkowo wskazany zakres temperatur, od których wystąpienia aktualizuje się obowiązek przystąpienia do realizacji usługi usunięcia śliskości jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bowiem jest tak ustalony nie zapewnia realnej możliwości zapobieżenia powstania śliskości, która może, co oczywiste wystąpić, także przy wyższych temperaturach.

Odwołujący wskazał, iż określone przez Zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia czy też parametry muszą być proporcjonalne do wartości i celów danego zamówienia. Celem jest zapobieżenie śliskości jako zabezpieczenie życia i zdrowia mieszkańców, a tak ustalone jak w załączniku nr 1 do projektu umowy temperatury nie pozwalają na zrealizowanie tego celu. Realnie dopuszczają możliwość wystąpienia śliskości. Powyższe wskazuje na brak proporcjonalności opisu przedmiotu zamówienia do przedmiotu umowy. Wykonawca jako profesjonalny podmiot działa na zasadzie ryzyka w ramach prowadzonej działalności. Jednak postanowienia umowne nakładają na Wykonawcę obowiązek realizacji de facto ubezpieczenia decyzji zamawiającego, a to nie może być przedmiotem umowy w przedmiotowym postępowaniu. W sytuacjach, gdy na szali stawiane jest życie i zdrowie ludzkie nie może być przestrzeni na kreowanie takich warunków umowy, które sprzeciwiają się istocie stosunku prawnego jaki ma wynikać z realizacji umowy zimowego utrzymania

drog. Oczywistym jest, że tak ustalone postanowienia mają stać na straży obniżenia kosztów wykonania usługi. Klauzule ustalone przez Zamawiającego, pozwalające mu na decydowanie o przystąpieniu do realizacji usługi zgodnie z postanowieniami § 2 załącznika nr 1 do postanowień umowy, stanowią wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienia są niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy a nadto musi być interpretowane jako bezzasadne przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyka, które mogą wystąpić w związku okolicznościami na jakie on nie ma najmniejszego wpływu. Zdaniem Odwołującego postanowienia umowne uwalniają Zamawiającego od wszelkich ciężarów związanych z powstaniem szkody na skutek niezapobieżeniu śliskości, przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji podjęcia pełnej realizacji usługi przez wykonawcę na wezwanie tj. w dowolnym momencie i na dowolny czas, pod rygorem kar wskazanych w § 8 projektu umowy. Postanowienia te nie mają więc na celu dostosowania umowy (stosunku prawnego) do sytuacji zmiennej niemożliwą do przewidzenia sytuacją. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami jego nieprawidłowych decyzji lub nieproporcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia, co zapewni mu sytuację, w której być może wykonawca wykona usługę za mniejsze wynagrodzenie przy poniesieniu kosztów odpowiedzialności cywilnej a Zamawiający zaoszczędzi pieniądze kosztem cierpienia i krzywdy mieszkańców.

Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 ustawy Pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) k.c. Ze względu na cel ww. regulacji uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał na wprowadzony przez Zamawiającego pkt. 11 rozdziału II Postanowienia Ogólne załącznika nr1 do umowy – lit. e, g i h. Podniósł, iż Wykonawca ma obowiązek wykazania ile zużył soli, jednak Zamawiający nie wskazuje, że dane te mają pochodzić z wagi, która posiada odpowiednią legalizację. Wykonawca domyśla się, że skoro Wykonawca ma przedstawiać dokument na potwierdzenie wykazania ilości zużytej soli, to musi na potrzeby zrealizowania tego obowiązku zaopatrzyć się w odpowiednią wagę, którą znajdować się musi na stacji magazynowo transportowej. Tymczasem kwestia ta powinna być doprecyzowana w dokumentacji postępowania aby opis przedmiotu zamówienia był prawidłowy – jednoznaczny i wyczerpujący. Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis

winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. „Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie. Zgodnie z powyższym aby zapewnić Wykonawcom możliwość prawidłowej skalkulowania oferty oraz prawidłowego Wykonywania usługi Zamawiający winien doprecyzować opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie ze wskazaniami w żądaniu w niniejszym odwołaniu.

Jeżeli zaś chodzi o kwestie dotyczącą postanowień pkt 11 lit g, h rozdziału II Załącznika nr 1 do umowy, to Odwołujący wskazał, iż z uwagi na jego treść przypuszcza, że stanowi on omyłkę pisarską i dla porządku powinien zostać wykreślony. Nie ma on bowiem związku ze sposobem realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący wskazał na § 2 ust. 1, ust. 12, ust. 21.2, zał. nr 1 do umowy. Dodał, iż Zamawiający usunął postanowienia zawarte w § 2 ust. 16 i 17 załącznika nr 1 do umowy dot. usunięcia śliskości oraz zabezpieczenia przed śliskością. Przy czym jako warunki, które muszą zaistnieć by przystąpić do realizacji usługi zapobiegania śliskości Zamawiający pozostawił regulację z § 2 ust. 5 lit a. Zdaniem Odwołującego z dokumentów zamówienia w takim kształcie wynika, że nie ma możliwości aby Wykonawca w tak określonych parametrach realizacji umowy mógł zapobiegać śliskości – tak uregulowany przedmiot umowy pozwala jedynie na jej likwidację. Innymi słowy nie ma możliwości, aby Wykonawca zapobiegał śliskości w sytuacji gdy Zamawiający dopuszcza możliwość rozpoczęcia usługi od wystąpienia śliskości zimowej. Ponadto w aktualnej treści dokumentacji postępowania brak jest regulacji dot. sposobu realizacji zapobiegania śliskości. Z powyższych postanowień wynika, że Zamawiający musi działać ze świadomością zagrożenia jakie niesie za sobą tak ustalony opis przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wskazane postanowienia dokumentacji zapewne mają na celu ograniczenie kosztów realizacji usługi o tę część, która stanowi zapobieganie, a która poprzez wskazane postanowienia załącznika nr 1 do umowy tylko w sferze fikcyjnej, zapewnienia dobrego wizerunku zamawiającemu jest wpisana z nazwy, jednak po przeanalizowaniu postanowień dokumentacji – nie ma możliwości aby została zrealizowana. Postanowienia te nie mają więc na celu realizacji umowy w zakresie zapobiegania śliskości (stosunku prawnego) a jedynie ustalenia, że Zamawiający tego oczekuje, chociaż opis

przedmiotu zamówienia pozwala w istocie jedynie na wykonanie usługi likwidacji, usunięcia już zaistniałej śliskości. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami braku zadbania o usunięcie śliskości, co zapewni mu sytuację, w której być może wykonawca poniesie koszty podjęcia próby realizacji umowy (koszty stałe) a Zamawiający nie zleci mu wykonania usług na poziomie choćby pozwalającym na ich pokrycie. Działania takie są w ocenie Odwołującego sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 ustawy Pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) k.c. Ze względu na cel ww. regulacji uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c. Dodatkowo tak opisane świadczenie jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia, w konsekwencji obciąża postępowanie wadą prawną, która może doprowadzić do unieważnienia postępowania w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany umowy, wymaga jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Przywołane postanowienie umowne nie spełnia ww. wymogów. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 in principio ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego

zakresu oferty. Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie cen.

Uzasadniając czwarty zarzut Odwołujący wskazał na wprowadzony § 8 ust. 3 lit. d wzoru umowy, podnosząc iż tak opisany przedmiot zamówienia dotyczący przedstawiania wydruków stacji pogodowej i skany Rejestru pogodowego, w sytuacji gdy stacje pogodowe wykorzystywane do realizacji usługi nie mają takiej funkcji, a zakup nowych stacji i wyposażenie w nie Wykonawcy wymaga czasu, który nie pozwala na dochowanie terminów rozpoczęcia realizacji usługi wg ustaleń z dokumentacji Postępowania. Dodatkowo tak ustalony parametr jako nadmierny i nieproporcjonalny w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczenia usługi. Zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia umowy zostały stworzone z naruszeniem art. 353¹ k.c., bowiem pozostają w niezgodności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc przekraczają dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów. Abstrahując więc od nieproporcjonalności i nadmierności zapisów umownych, Odwołujący podaje, iż szereg z nich prowadzi do zaburzenia zasady równości stron umowy, w sposób niesymetryczny kształtując ich prawa i obowiązki, bowiem pomimo, że świadczenie to jako niemożliwe z uwagi na zbyt krótki czas do jego wdrożenia, to jeszcze Zamawiający zastrzega sobie możliwość nałożenia na Wykonawcę kar umownych za jego niedochowanie, co zgodnie z utrwalonym zapatrywaniem judykatury (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt: II CK 739/04), narusza zasady współżycia społecznego.

Uzasadniając zarzut nr 5 Odwołujący wskazał na postanowienia ust. 6 i 8 rozdziału II załącznika nr 1 do umowy. Podniósł, iż zakup i montaż urządzeń do zastosowania tego rozwiązania nie tylko podroży wykonanie przedmiotu zamówienia, ale przede wszystkim z przyczyn obiektywnych nie jest możliwy w takim czasie, aby zapewnić jego posiadanie od następnego dnia po podpisaniu umowy. Z tych też powodów konieczne jest usunięcie zaskarżonego postanowienia dokumentacji. Dodatkowo tak ustalony parametr jako nadmierny i nieproporcjonalny w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczenia usługi. Zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia umowy zostały stworzone z naruszeniem art. 353¹ k.c., bowiem pozostają w niezgodności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc przekraczają dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów. Abstrahując więc od nieproporcjonalności i nadmierności zapisów umownych, Odwołujący podaje, iż szereg z nich prowadzi do zaburzenia zasady równości stron umowy, w sposób niesymetryczny kształtując ich prawa i obowiązki, bowiem pomimo, że świadczenie to jako niemożliwe z uwagi na zbyt krótki czas do jego wdrożenia, to jeszcze Zamawiający zastrzega sobie możliwość nałożenia na Wykonawcę kar umownych za jego niedochowanie, co zgodnie z utrwalonym zapatrywaniem judykatury (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt: II CK 739/04), narusza zasady współżycia społecznego.

Uzasadniając zarzut nr 6 Odwołujący wskazał na ust. 9, 10 i 11 rozdziału II załącznika nr 1 do umowy. Wyjaśnił, iż powyższe zastąpiło uprzednio obowiązującą regulację, zgodnie z którą: „liczniki kilometrowe w pojeździe podlegają okresowej legalizacji - uznaje się je za urządzenia wiarygodne. Odczyty licznika mają być zapisywane w kartach drogowych, wydawanych kierowcy przez Dyspozytora. Zamawiający uzna karty pracy Wykonawcy dla dokumentowania podstawowych informacji (przebieg kilometrowy, czas pracy sprzętu, ilość kursów, wykaz ulic, wykonywane czynności i inne), dotyczących pracy pługosolarek - sprzętu użytego do realizacji usługi”. Zdaniem Odwołującego ustalony na nowo sposób rozliczeń nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń, stanowi o nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego i realnie nie pozwala na złożenie Wykonawcy oferty z przekonaniem, że otrzyma on wynagrodzenie odpowiadające zrealizowanym usługom, w szczególności na drogach dojazdowych. Dodatkowo zmodyfikowanym sposobem ustalenia wysokości wynagrodzenia Zamawiający nakłada na wykonawcę szereg nadmiernych obowiązków formalnych, od których zrealizowania Zamawiający uzależnia wypłatę wynagrodzenia, nawet w przypadku prawidłowego wykonania umowy.

Na koniec Odwołujący wskazał, iż aby nie powtarzać argumentacji co do świadczenia niemożliwego, wszędzie tam, gdzie Odwołujący się na nie powołuje, wniósł o uznanie za wspólną następującą argumentację. Zdaniem Odwołującego w sprawie mamy do czynienia z niemożliwym do realizacji. W tym zakresie Odwołujący przywołuje w całości popiera stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt VCSK 379/09, zgodnie z którym: czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym - niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 k.c. odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu. Odwołujący dodał, że zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W tak opisanych realiach dot. zapobiegania śliskości nie ma możliwości wykonania świadczenia. Interpretacji tej normy dokonał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27 września 2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, wskazując, że w przepisie art. 387 § 1 k.c. chodzi o takie zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa lub z przedmiotem świadczenia (jego cechą). Nie dotyczy natomiast innych elementów kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego, jak sposób, miejsce, czy też termin spełnienia świadczenia. Należy zatem uznać, że zastrzeżenie w umowie terminu obiektywnie

niemożliwego do dochowania nie oznacza, że strony zawarły umowę o świadczenie niemożliwe, jednak zakres którego dotyczy niemożliwa do spełnienia część umowy, jest nieważna jako element świadczenia, który jest obiektywnie niemożliwy do zrealizowania.

Zamawiający w dniu 24 stycznia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołanie, a w pozostałym zakresie wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał na odwołanie, jakie w przedmiotowym postępowaniu wniesiono 22 grudnia 2022 r. W zarzucie pierwszym tego odwołania Odwołujący wskazał, że postanowienia załącznika nr 1 do projektu umowy pozostawiają „po stronie Zamawiającego decyzję kiedy Wykonawca ma przystąpić do realizacji usługi, przy jednoczesnym przeniesieniu na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za zdarzenia będące następstwem nieusunięcia śliskości wobec braku dyspozycji Zamawiającego o przystąpieniu do realizacji usługi”. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że „wskazany zakres temperatur, od których wystąpienia aktualizuje się obowiązek przystąpienia do realizacji usługi usunięcia śliskości jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bowiem jest tak ustalony, że nie zapewnia realnej możliwości zapobieżenia powstania śliskości, która może, co oczywiste, wystąpić także przy wyższych temperaturach”. Zamawiający uwzględnił częściowo pierwsze odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego i pismem z dnia 3.01.2023 r. dokonał zmiany SWZ – projektu umowy. Zamawiający wskazał na § 2 ust. 8 załącznika nr 1 do umowy pt. Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach oraz dodany w § 11 umowy ustęp 6.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż wówczas nie uwzględnił odwołania w zakresie zapisów dot. parametrów od wystąpienia których należy podjąć „akcję zima” i stwierdził, co następuje: „Wskazany przez Zamawiającego zakres temperatur i wilgotności powietrza od których uzależnione jest podjęcie przez Wykonawcę akcji utrzymania jezdni polegającego na ich posypywaniu, odplużaniu lub posypywaniu z odplużaniem oparte jest na doświadczeniu Zamawiającego oraz na zasadach obowiązujących u zarządców dróg; patrz: zarządzenie nr 31 Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 roku w sprawie wprowadzenia „Wytucznych zimowego utrzymania dróg” – rozdział 6 Zapobieganie powstawaniu i likwidacja śliskości, pkt 6.1, str. 21 i str. 22. Zamawiający wykazał, w jaki sposób w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg na terenie Wałbrzycha określił kryterium oceny ofert „Czas rozpoczęcia akcji utrzymania jezdni polegającego na ich posypywaniu, odplużaniu lub posypywaniu z odplużaniem” oraz jak określił je w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący wnioskował w pierwszym odwołaniu, jak i wnioskuje w niniejszym odwołaniu, o przywrócenie zapisów z

poprzednich postępowań (w tym np. z postępowania DU.260.45.2022), tj. pozostawienie tylko dwóch parametrów w wielkościach tam określonych, posługując się ogólnikowymi zapisami dot. bezpieczeństwa na drodze, bez wykazania, że realizacja usługi zgodna z zapisami SWZ w niniejszym postępowaniu spowoduje wzrost zagrożenia dla bezpieczeństwa na drogach. Zamawiający na podstawie przedłożonego dowodu wykazał, że największy zarządca dróg publicznych w Polsce (GDDKA) stosuje trzy parametry pomiarów, tak jak to Zamawiający wprowadził w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazał także, iż w pierwszym odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 3447/22) oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego. Zamawiający jednocześnie wskazał, że do zapisów dot. przywrócenia poprzednich parametrów temperatury i wilgotności warunkujących rozpoczęcie świadczenia usługi Odwołujący odniósł się także w zarzucie dziewiątym pierwszego odwołania. W wyroku w sprawie KIO 3447/22 Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dziewiątego i nakazała zamawiającemu doprecyzowanie sposobu wykonania zamówienia poprzez jednoznaczne określenie w jakich sytuacjach i warunkach wykonawca ma przystąpić do akcji zapobiegania. Zamawiający oczekuje aktualnie na wyrok z uzasadnieniem.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż Odwołujący sformułował praktycznie taki sam zarzut pierwszy zarówno w pierwszym odwołaniu, jak i w niniejszym, z tym że w drugim odwołaniu w części pierwszej odniósł się do § 11 ust. 6 projektu umowy, który to ustęp został wprowadzony do umowy przez Zamawiającego w odpowiedzi na pierwsze odwołanie. Zamawiający, analizując treść drugiego odwołania w części pierwszej zarzutu pierwszego uwzględnił odwołanie i uszczegółowił zapisy § 11 ust. 6 projektu umowy i § 2 ust. 8.1-8.4. oraz dodał ust. 8.5. załącznika nr 1 do umowy. Uwzględniając powyższe, tj. zmiany projektu umowy dokonane 24.01.2023 r. przez Zamawiającego (w części dot. usuwania śliskości) oraz fakt, że Zamawiający ma wprowadzić zmiany do umowy zgodnie z wyrokiem KIO 3447/22 (w części dot. zapobieganiu śliskości), Zamawiający stwierdził, że wniosek nr 1 Odwołującego (strona 5 odwołania), aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu: wprowadzenia zmiany do § 11 ust. 6 projektu umowy, ustalenia procedury występowania przez Wykonawcę z wnioskiem o wyrażenie zgody na rozpoczęcie akcji, zasady, że obowiązek realizacji usługi ma nastąpić niezależnie od dyspozycji Zamawiającego w sytuacji gdy wystąpią opady śniegu lub inne zjawiska atmosferyczne przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2 stopnie C, jest bezzasadny. Zamawiający wniosł o oddalenie zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu drugiego Zamawiający wskazał, iż zgodnie z postanowieniami rozdziału II ust. 11 lit. e. Załącznika nr 1 do umowy pt. Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I, Wykonawca ma w codziennym meldunku wykazać m.in. ilość zużytej soli bądź

mieszanki z piaskiem z dokumentami potwierdzającymi ilość zużytej soli dla każdego pojazdu. Zamawiający nie określa organizacji pracy u Wykonawcy, ani też nie dookreśla wyposażenia bazy Wykonawcy, tak aby nie ograniczać konkurencji. Bezsprzeczny jest, że Wykonawca składający ofertę w przetargu musi być profesjonalistą (na co wskazuje postawiony warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – tzw. „doświadczenie w świadczeniu usług w ramach akcji zima”), dlatego to od organizacji pracy u danego Wykonawcy i posiadanego przez niego dodatkowego sprzętu zależy, w jaki sposób będzie on ważył sól i przy pomocy jakich dokumentów wykaże ilość zużytej soli dla każdego pojazdu. Może to być protokół z ważenia pojazdu przed wyjazdem z bazy i po powrocie na bazę, z podaniem danych dot. zużycia paliwa (co ma wpływ na wagę pojazdu). W przypadku korzystania z wagi powinna mieć ona aktualną legalizację, tak aby nie było wątpliwości co do danych zawartych w meldunku. Tym samym w zakresie części pierwszej zarzutu drugiego Zamawiający uznał zarzut za bezzasadny.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w części drugiej zarzutu drugiego i zmienił zapisy rozdziału II ust. 11 lit. g załącznika nr 1 do umowy, która otrzymała brzmienie: „g. Wykonawca powinien posiadać oznakowany sprzęt – z nazwą lub z logo firmy.”, - skreślił lit. h w rozdziale II ust. 11 załącznika nr 1 do umowy.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego, że zapis rozdziału II ust. 11 lit. g załącznika nr 1 do umowy w brzmieniu nadanym zmianą z 3.01.2023 r. tj., że Wykonawca winien posiadać sprzęt właściwie oznakowany - z nazwą firmy i dokładnym adresem na sprzącie i z nazwą firmy na kamizelkach ochronnych pracowników (odzież ochronna przystosowana do robót w pasie drogowym), nie dotyczy postępowania. Pojazdy np. firm transportowych, wywożących odpady komunalne, zajmujących się utrzymaniem czystości, akcją zima są oznakowane (poprzez umieszczenie na pojeździe nazwy lub logo przedsiębiorcy). Jest to powszechna praktyka, zapewniająca identyfikację przedsiębiorcy (w szczególności przez obywateli, którzy mogą mieć uwagi co do jakości świadczonych usług i dzięki logo mogą ustalić jaki przedsiębiorca wykonuje pracę w terenie, np. zgodnie z § 2 ust. 28 załącznika nr 1 do umowy należy wykonywać czynności tak, aby nie zarzucać chodników śniegiem z jezdni; oznakowanie pojazdu pozwala na identyfikację przedsiębiorcy, który odśnieża jezdnię), a także jest to forma reklamy. Tym samym niezrozumiały jest zarzut Odwołującego, że zapisy dot. oznakowania pojazdów i kamizelek ochronnych pracowników jest niezwiązany z postępowaniem. Uwzględniając fakt, że z uwagi na ukształtowanie dróg w Wałbrzychu i okolicy – w jednym miejscu np. w rejonie Ronda Niepodległości w Szczawnie-Zdroju (droga rozdzielająca dwa wałbrzyskie osiedla) mogą przejeżdżać dwie pługopiaskarki – świadczącej usługi na rzecz GDDKiA i świadczącej usługi na rzecz Gminy Wałbrzych, niezbędnym – chociażby dla innych uczestników ruchu drogowego jest - aby

sprzęt Wykonawcy był oznakowany. Uznając, że – z przyczyn nieznanych Zamawiającemu -umieszczenie adresu na sprzącie i nazwy firmy na kamizelkach ochronnych pracowników może być zbyt trudne dla Wykonawcy, Zamawiający zmienił zapis i ograniczył oznakowanie wyłącznie do sprzętu (poprzez podanie nazwy lub logo firmy).

Zamawiający wskazał ponadto, iż zgodnie z postanowieniami rozdziału II ust. 11 lit. g załącznika nr 1 do umowy w brzmieniu nadanym zmianą z 3.01.2023 r. Wykonawca winien również posiadać zestaw urządzeń zabezpieczających służących do oznakowania robót w pasie drogowym, zgodnie z przepisami Prawa o ruchu drogowym. Zapis ten należy powiązać z § 2 ust. 2 załącznika nr 1 do umowy, który stanowi, że zimowe utrzymanie jezdni obejmuje mechaniczne i uzupełniająco ręczne oczyszczanie jezdni. Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U.2022.988 ze zm.) jest przepisem powszechnie obowiązującym, w związku z tym Wykonawca świadczący usługi w pasie drogowym zobowiązany jest do jej przestrzegania (w szczególności w przypadku ręcznego oczyszczania jezdni). Tym samym brak zapisów w umowie w brzmieniu zapisanym w rozdziale II ust. 11 lit. h załącznika nr 1 do umowy nie zwalnia Odwołującego, jeżeli z nim byłaby zawarta umowa, ani żadnego innego wykonawcy, z przestrzegania przepisów w/w ustawy. W związku z tym, Zamawiający aby uproszczyć procedurę odwoławczą uwzględni odwołanie w tym zakresie.

Zamawiający stwierdził, że wniosek nr 2 Odwołującego (strona 5 odwołania) o nakazaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wprowadzenia zmian do umowy w zakresie wprowadzenia zapisów o posiadaniu przez wagę aktualnej legalizacji oraz wykreślenia zapisów rozdziału II ust. 11 lit. g załącznika nr 1 do umowy (z uwagi na jego zmianę przez Zamawiającego) jest bezzasadny. Wniósł o oddalenie zarzutu drugiego.

Odnośząc się do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, iż w wyniku pierwszego odwołania i rozszerzenia zapisów załącznika nr 1 do umowy dot. sposobu realizacji usługi, w § 2 ust. 1 załącznika nr 1 do umowy dodano drugie zdanie Zapis ten nie nałożył na Wykonawcę żadnych nowych obowiązków, należy go rozpatrywać w kontekście pojęć słownikowych (słownicza do umowy), w celu uniknięcia długich opisów w kolejnych postanowieniach załącznika nr 1 do umowy. Zamawiający zauważył, iż Odwołujący wskazuje, że tak sformułowany zapis § 2 ust. 1 załącznika nr 1 do umowy zobowiązuje Wykonawcę „do realizacji świadczenia niemożliwego w kontekście ustalonego w tym Postępowaniu opisie przedmiotu zamówienia dla zapobiegania śliskości”. W części dot. wniosku o nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wprowadzenia zapisów do umowy, Odwołujący wnioskuje o nakazanie „zmiany postanowień § 2 ust. 5 - 7 załącznika nr 1 do umowy w taki sposób, aby obowiązek realizacji usługi aktywował się po stronie Wykonawcy niezależnie od decyzji Zamawiającego, w sytuacji gdy, wystąpią opady śniegu lub inne

zjawiska atmosferyczne przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2⁰ C.” Zamawiający wskazał, iż zapisy § 2 ust. 5 – 7 załącznika nr 1 do umowy odnoszą się do usuwania śliskości i usuwania śniegu. Zapobieganie śliskości uregulowane jest w § 2 ust. 21 załącznika nr 1 do umowy. W ocenie Zamawiającego brak jest spójności pomiędzy określonym przez Odwołującego zarzutem, a wnioskiem o nakazanie zmian w umowie. Być może jest to celowe mnożenie zarzutów przez Odwołującego, mające na celu skomplikowanie procedury odwoławczej.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż stanowisko w zakresie zapisów dot. „wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2⁰ C.” Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na zarzut pierwszy i w całości je podtrzymuje. Zasady realizacji usługi w zakresie zapobiegania śliskości Zamawiający doprecyzował dokonując zmiany SWZ - projektu umowy 3.01.2023 roku poprzez zmianę zapisów § 2 ust. 21 załącznika nr 1 do umowy. Ponadto wskazał, że w części zarzut trzeci niniejszego odwołania pokrywa się z zarzutem dziewiątym pierwszego odwołania, gdzie w wyroku w sprawie KIO 3447/22 Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dziewiątego i nakazała zamawiającemu doprecyzowanie sposobu wykonania zamówienia poprzez jednoznaczne określenie w jakich sytuacjach i warunkach wykonawca ma przystąpić do akcji zapobiegania. Zamawiający oczekuje na wyrok z uzasadnieniem, tak aby móc zmienić zapisy SWZ. Zamawiający stwierdził, iż wniosek nr 3 Odwołującego (strona 5 odwołania) o nakazaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wprowadzenia zmian do umowy w zakresie w nim określonym jest bezzasadny, gdyż zagadnienie to jest przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie KIO 3447/22. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Odnośząc się do zarzutu czwartego Zamawiający stwierdził, że warunek aby stacja pogodowa miała funkcję wydruku nie jest warunkiem nadmiarowym i niemożliwym do osiągnięcia. Jak wynika z rozeznania rynku dokonanego przez Zamawiającego takie stacje są dostępne na rynku. Z rozeznania rynku wynika także, że można dokupić programy zwiększające funkcjonalność stacji pogodowych. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 264 ustawy Pzp umowę będzie można zawrzeć po upływie 10 dni od dnia powiadomienia wykonawców o wyborze oferty i umieszczeniu informacji na Platformie zakupowej (stronie internetowej prowadzonego postępowania). Umowa będzie mogła być zawarta przed tym

terminem jeżeli w postępowaniu zostanie złożona tylko jedna oferta. Zamawiający wskazał, że określił szereg warunków zawarcia umowy, m.in. okazanie bazy i sprzętu, przedłożenie polisy OC, wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co oznacza, że umowa nie będzie mogła być zawarta „z dnia na dzień”, tym samym wybrany Wykonawca będzie mógł zaopatrzyć się w stację pogodową lub rozszerzyć funkcjonalność posiadanej stacji. Zamawiający stwierdził, iż wniosek Odwołującego o przywrócenie pierwotnego brzmienia § 8 ust. 3 lit. d projektu umowy jest bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie zaskarżył w ustawowym terminie warunków udziału w postępowaniu dotyczących systemu monitoringu satelitarne GPS. Podkreślił, że zmienione zapisy rozdziału II ust. 6 załącznika nr 1 do umowy są zgodne z warunkiem udziału w postępowaniu. Ponieważ system monitoringu satelitarne pozwala Zamawiającemu kontrolować czy Wykonawca świadczy usługi oraz czy świadczy je zgodnie z umową, wprowadzenie zapisu że system monitoringu ma być aktywny na następny dzień po podpisaniu umowy (w sytuacji, gdzie umowa miała rozpocząć się 1 lutego 2023 r., a więc w trakcie sezonu zimowego) jest jak najbardziej słuszne. W związku z postanowieniami rozdziału II ust. 8 załącznika nr 1 do umowy system monitoringu pozwala na prawidłowe rozliczenie umowy i wypłatę wynagrodzenia Wykonawcy za faktycznie zrealizowane usługi. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

W zakresie zarzutu 6 Zamawiający zwrócił uwagę, iż częściowo pokrywa się on z zarzutem drugim. Zamawiający wskazał, że nie zmienił sposobu rozliczenia realizacji umowy, ponieważ nie zmienił zapisów § 9 projektu umowy dot. wynagrodzenia. Natomiast w załączniku nr 1 do umowy uszczegółowił sposób dokumentowania wykonanych przez Wykonawcę kilometrów (co wynika m.in. z doświadczeń Zamawiającego z realizacji aktualnie obowiązującej umowy z 8.11.2022 r. przez Odwołującego w zakresie zimowego utrzymania dróg). W załączniku nr 1 do umowy pozostawione zostały zapisy dot. odczytu z liczników. Zgodnie z rozdziałem II ust. 9 załącznika nr 1 do umowy podstawą rozliczenia pracy sprzętu specjalistycznego są Karty Pracy Pojazdów Wykonawcy zawierające m.in. przebieg roboczy [km] sprzętu specjalistycznego (plugosolarki, ciągnik, plug wirnikowy), ustalony na podstawie odczytów z legalizowanego licznika kilometrowego, zamontowanego w tych pojazdach, jako różnica pomiędzy bezpośrednimi odczytami stanów końcowego i początkowego tego licznika. Zamawiający wskazał też na art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, podkreślając, że przepisy tej ustawy oraz zasady prawa zamówień publicznych, tj. osiągnięcia najlepszych efektów przy ponoszonych kosztach. Zamawiający wskazał ponadto, iż uszczegółowił zapisy załącznika nr 1 do projektu umowy. Dodał, iż w odpowiedzi na zarzut drugi Zamawiający uwzględnił odwołanie w części drugiej zarzutu drugiego i zmienił zapisy rozdziału II ust. 11 lit. g załącznika nr 1 do umowy oraz skreślił lit. h w rozdziale II ust. 11 załącznika nr 1 do umowy. Zamawiający stwierdził, że wniosek nr 6 Odwołującego (strona 6 odwołania) o nakazaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wprowadzenia zmian do umowy w zakresie w nim określonym jest bezzasadny.

Odwołujący w dniu 25 stycznia 2023 r. złożył pismo procesowe zawierające replikę na odpowiedź Zamawiającego na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż w ustawowym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot zainteresowany ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez sposób ukształtowania treści dokumentów zamówienia, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami i dokonane modyfikacje dokumentów zamówienia. Izba uwzględniła ponadto stanowiska procesowe Stron przedstawione podczas rozprawy oraz w złożonych pismach wraz z wnioskowanymi dowodami, a także akta sprawy odwoławczej o sygn. KIO 3447/22.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż zarzuty, w części jakiej postępowanie odwoławcze nie podlegało umorzeniu, nie zasługują na uwzględnienie.

Przywołując brzmienie przepisów, których naruszenie zarzucono należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- zgodnie z art. 17 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów;

- 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;
- zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów;
- zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;
- zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony;
- zgodnie z art. 58 k.c. § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z

zasadami współzycia społecznego. § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana;

- zgodnie z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Zarzut nr 1

Przedmiotowy zarzut dotyczy § 11 ust. 6 projektowanych postanowień umowy, który został wprowadzony w dniu 3 stycznia 2023 r. w brzmieniu: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia, do których doszło, gdy Zamawiający nie wyraził zgody na wykonanie przez Wykonawcę - na jego wniosek - czynności w okolicznościach wynikających z § 2 ust. 5 lit. a załącznika nr 1 do umowy, w przypadkach, o których mowa w § 2 ust. 8.2

i ust. 8.3 załącznika nr 1 do umowy oraz wynikających z § 2 ust. 21.3. załącznika nr 1 do umowy”.

Izba na potrzeby rozpoznawanego zarzutu ustaliła ponadto, iż zgodnie z § 2 ust. 5 lit a Załącznika nr 1 „Prace w zakresie oczyszczania - posypywanie, odpluzanie i odpluzanie z posypywaniem jezdni dróg wg wyznaczonych tras w I kolejności utrzymania, prowadzone przy użyciu minimum 8 pługosolarek i 1 ciągnika z pługiem polegają na bezzwłocznym podjęciu akcji posypywania, odpluzania lub posypywania z odpluzaniem rozpoczętej nie później niż w ciągu minut od wystąpienia poniższych warunków: a) wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub złodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C; b) wystąpienia opadów śniegu.” Zgodnie z § 2 ust. 8.1 ww. Załącznika „W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. a) Wykonawca w godzinach 22:00-6:00 dokona jednego przejazdu tras I kolejności utrzymania w celu zrealizowania przedmiotu umowy”. W ust. 8.2 wskazano zaś, że „Ponadto Wykonawca wykona czynności w okolicznościach wynikających z ust. 5 lit. a) w godz. 22:00 - 6:00 (kolejne przejazdy ponad jeden obowiązkowy) na podstawie: - polecenia Zamawiającego, lub - na wniosek Wykonawcy o konieczności potrzeby podjęcia akcji potwierdzonego co do konieczności wyjazdu przez Zamawiającego. Zamawiający podejmie decyzję o konieczności wyjazdu na podstawie samodzielnej analizy warunków na drogach lub na podstawie dowodów przedstawionych przez Wykonawcę.” Z kolei w ust. 8.3 wskazano, iż „W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. a) w godzinach 6:00 - 22:00 decyzję o podjęciu akcji posypywania, odpluzania lub posypywania z odpluzaniem podejmuje przedstawiciel Zamawiającego na podstawie samodzielnej analizy warunków na drogach lub na wniosek Wykonawcy o konieczności potrzeby podjęcia akcji potwierdzonego co do konieczności wyjazdu przez Zamawiającego.”

W kontekście wskazanych postanowień SWZ Odwołujący wywodził, iż § 11 ust. 6 projektowanych postanowień umowy pozostawia bez ustalenia kwestię dotyczącą tego, kto ponosi odpowiedzialność za szkody powstałe na skutek braku realizacji umowy w czasie, gdy Wykonawca musi oczekiwać na decyzję Zamawiającego w okolicznościach takiego ustalenia zasad realizacji usługi, który uzależnia możliwość przystąpienia do realizacji usługi od wyraźnej dyspozycji ze strony Zamawiającego, że Wykonawca ma przystąpić do realizacji usługi. Wadliwość opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący upatrywał przede wszystkim w pozostawieniu w gestii Zamawiającego decyzji, kiedy ma nastąpić rozpoczęcie realizacji usług.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, iż kwestia pozostawienia po stronie Zamawiającego decyzji, czy wykonawca ma przystąpić do wykonania czynności (kolejnych

przejazdów ponad jeden obowiązkowy) w kontekście ustalonego zakresu odpowiedzialności wykonawcy, była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3447/22. Zarzut dotyczący ww. zagadnienia został już podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2022 r. (zarzut nr 1) i został przez Izbę oddalony. W ww. sprawie Izba stwierdziła:

„Zamawiający nie naruszył ustawy pzp w zakresie w jakim zamierza podejmować decyzję co do realizacji przez wykonawcę kolejnego objazdu w ramach akcji. Postanowienia takie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Zamawiający jest uprawniony kontrolować zasadność kolejnych objazdów w kontekście efektywnego i racjonalnego wydatkowania środków, szczególnie że Zamawiający przewidział w projekcie umowy rozliczenie kosztorysowe, za faktycznie wykonane km w ramach usługi.”

Co istotne, Izba wówczas oceniła kwestię uregulowania odpowiedzialności za realizację usług z uwzględnieniem dodanego w dniu 3 stycznia 2023 r. § 11 ust. 6 i pozostałych zmian wprowadzonych przez Zamawiającego – tym samym skarżone obecnie postanowienia zostały już poddane weryfikacji pod kątem zgodności z ustawą Pzp i Izba nie stwierdziła naruszenia w tym zakresie. Izba w wyroku z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3447/22 wprost wskazała, iż postanowienia SWZ w sposób dostatecznie precyzyjny regulują kwestię odpowiedzialności wykonawcy. Izba stwierdziła m.in., iż: „W ocenie Izby, mając na względzie sposób wykonania zamówienia opisany w załączniku nr 1 do projektu umowy oraz zmiany dokonane przez Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2023 r., nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego o przerzuceniu odpowiedzialności na wykonawcę za konsekwencje błędnej decyzji Zamawiającego co do odmowy realizacji kolejnego objazdu pomimo wniosku wykonawcy czy też wynikające z opóźnienia w decyzji Zamawiającego. Po pierwsze Zamawiający jednoznacznie wyłączył odpowiedzialność wykonawcy w par. 11 ust. 6 projektu umowy w sytuacji braku zgody na wykonanie czynności. Po drugie, w ocenie Izby, wyłączenie odpowiedzialności wynika z samej specyfiki wykonania zamówienia. Zauważyć należy, że wykonanie pierwszego objazdu w ramach akcji zostało określone jako obowiązek wykonawcy. Zlecenie zatem kolejnych objazdów jest zależne od decyzji Zamawiającego. Jeśli zatem wykonawca składając wniosek o konieczności wykonania dodatkowego objazdu pozostaje wyłącznie w gotowości do realizacji usługi to do momentu decyzji Zamawiającego nie można uznać aby wykonanie usługi zostało wykonawcy powierzone. Inaczej mówiąc, oczywistym jest, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia powstałe również w czasie podejmowania decyzji przez Zamawiającego, ponieważ do momentu podjęcia przez Zamawiającego decyzji usługa kolejnego objazdu nie została mu zlecona. Tym samym, postanowienia dotyczące

odpowiedzialności Stron nie wymagają doprecyzowania, gdyż rozkład odpowiedzialności wynika z samego sposobu realizacji usług w ramach umowy.”

W tym stanie rzeczy ponowne rozstrzygnięcie w tej samej sprawie należy uznać za nieuprawnione. Zgodnie z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Rozstrzygnięcie jakie zapadło w sprawie o sygn. akt KIO 3447/22 wiąże zarówno Odwołującego i Zamawiającego, jak i Izbę w przedmiotowej sprawie. Rozpoznanie zarzutu nr 1 prowadziłoby do sytuacji, w której Izba w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia poddałaby ponownej analizie te same postanowienia SWZ, które zostały już ocenione pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, iż Zamawiający w dniu 24 stycznia 2023 r., wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, częściowo uwzględnił przedmiotowy zarzut i doprecyzował postanowienia dotyczące odpowiedzialności wykonawcy oraz postanowienia dotyczące sposobu komunikacji w zakresie składania wniosków o podjęcie akcji i podejmowania decyzji przez Zamawiającego. Na skutek tych zmian § 11 ust. 6

projektowanych postanowień umowy otrzymał brzmienie: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia, do których doszło, gdy Zamawiający nie wyraził zgody na wykonanie przez Wykonawcę –na jego wniosek -czynności w okolicznościach wynikających z § 2 ust. 5 lit. a) załącznika nr 1 do umowy, w przypadkach, o których mowa w § 2 ust. 8.2. i ust. 8.4. załącznika nr 1 do umowy oraz wynikających z § 2 ust. 21.3. załącznika nr 1 do umowy. Wykonawca ponosi odpowiedzialność w przypadku akcji usuwania śliskości do 60 minut od zakończenia akcji, oraz w czasie do złożenia wniosku do Zamawiającego o wyrażeniu zgody na kolejny przejazd, jeżeli wystąpił z wnioskiem do Zamawiającego o powtórzeniu przejazdu, a Zamawiający nie wyraził zgody na kolejny przejazd. Jeżeli Wykonawca wystąpi z wnioskiem do Zamawiającego o powtórzeniu przejazdu i Zamawiający wyrazi zgodę na kolejny przejazd, Wykonawca ponosi odpowiedzialność w przypadku akcji usuwania śliskości do 60 minut od zakończenia akcji, a następnie od momentu otrzymania zgody Zamawiającego na powtórzenie przejazdu.” a § 2 ust. 8.1. - 8.5. otrzymał brzmienie: „8.1. W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. a) Wykonawca w godzinach 22:00 –6:00 dokona jednego przejazdu tras I kolejności utrzymania w celu zrealizowania przedmiotu umowy (akcja usuwania śliskości zimowej).

8.2. Ponadto Wykonawca wykona czynności w okolicznościach wynikających z ust. 5 lit. a) w godz. 22:00 – 6:00 (kolejne przejazdy ponad jeden obowiązkowy) na podstawie: -

polecenia Zamawiającego, lub - na wniosek Wykonawcy o konieczności potrzeby podjęcia

akcji potwierdzonego co do konieczności wyjazdu przez Zamawiającego. Zamawiający podejmie decyzję o konieczności wyjazdu na podstawie samodzielnej analizy warunków na drogach lub na podstawie dowodów przedstawionych przez Wykonawcę. Wykonawca prześle wniosek Zamawiającemu na e-mail podany na piśmie w dniu podpisania umowy. Do wniosku Wykonawca załączy skany dowodów uzasadniających potrzebę podjęcia akcji. Email zostanie przesłany po upływie czasu, o którym mowa w ust. 8.3.

8.3. Analiza warunków na drogach dokonana zostanie przez Zamawiającego (samodzielnie lub na podstawie dowodów przedstawionych przez Wykonawcę) na podstawie warunków występujących po upływie 60 minut od zakończenia poprzedniego przejazdu przez Wykonawcę. Wykonawca na e-mail Zamawiającego o którym mowa w ust. 8.2. ma na bieżąco przekazywać informację o czasie zakończenia akcji usuwania śliskości zimowej. Odpowiedzi w zakresie potrzeby kolejnego przejazdu w ramach usuwania śliskości Zamawiający udzieli Wykonawcy do 60 minut od momentu otrzymania kompletnego e-maila z wnioskiem Wykonawcy.

8.4. W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. a) w godzinach 6:00 -22:00 decyzję o podjęciu akcji usuwania śliskości zimowej podejmuje przedstawiciel Zamawiającego na podstawie samodzielnej analizy warunków na drogach lub na wniosek Wykonawcy o konieczności podjęcia akcji potwierdzonego co do konieczności wyjazdu przez Zamawiającego.

8.5. Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy informację o zgodzie na podjęcie akcji usuwania śliskości, braku zgody na podjęcie akcji usuwania śliskości lub poleceniu podjęcia akcji na e-mail Wykonawcy podany na piśmie w dniu podpisania umowy."

Mając na uwadze powyższe oświadczenie Zamawiającego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 w części, w jakiej Zamawiający doprecyzował postanowienia § 11 ust. 6 oraz doprecyzował procedurę występowania z wnioskiem o wyrażenie zgody na podjęcie akcji i podejmowania decyzji o podjęciu akcji przez Zamawiającego w sposób opisany powyżej. Izba stwierdziła, iż wprowadzone przez Zamawiającego zmiany odpowiadały postulatowi Odwołującego związanym z koniecznością uszczegółowienia procedury w zakresie dotyczącym ponownienia akcji. Podnoszone podczas rozprawy twierdzenia Odwołującego, iż dalej nie wie on, kto będzie ponosił odpowiedzialność, jeśli Zamawiający nie udzieli odpowiedzi na wniosek w wyznaczonym czasie, należy uznać za bezprzedmiotowe - ponownie podkreślić należy, iż wyrokiem z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3447/22, stwierdzono, iż postanowienia dotyczące odpowiedzialności stron nie wymagają doprecyzowania, gdyż rozkład odpowiedzialności wynika z samego sposobu realizacji usług w ramach umowy. Izba za oczywiste uznała wówczas, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia powstałe również w

czasie podejmowania decyzji przez Zamawiającego, ponieważ do momentu podjęcia przez Zamawiającego decyzji usługa kolejnego objazdu nie została mu zlecona.

Następnie należy wskazać, iż zakresem zaskarżenia w ramach zarzutu nr 1 Odwołujący objął także nieprawidłowe opisanie przedziału temperatur i wilgotności powietrza, od których uzależnione zostało podjęcie usługi usunięcia śliskości (§ 2 ust. 5 lit. a załącznika nr 1 do umowy). Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu zmiany w powyższym zakresie w taki sposób, aby obowiązek realizacji usługi aktywował się niezależnie od decyzji Zamawiającego, w sytuacji gdy wystąpią opady śniegu lub inne zjawiska atmosferyczne przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2°C.

Powyższą argumentację Odwołującego należy uznać za spóźnioną, jako że już postanowienie § 2 ust. 5 lit. a) opublikowane pierwotnie, tj. w dniu 12 grudnia 2022 r., wskazywało, iż akcję należy rozpocząć w przypadku wystąpienia śliskości zimowej przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1°C i temperatury przy gruncie poniżej 0°C, i nie podlegało ono dalszym zmianom. Podobnie już wówczas w § 2 ust. 8 Załącznika nr 1 wprowadzona została zasada, że Wykonawca wykona czynności w okolicznościach wynikających z ust. 5 lit. a) w godz. 22:00 – 6:00 na zlecenie Zamawiającego (kolejne przejazdy ponad jeden obowiązkowy). W ramach zmian dokonanych w dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający uszczegółowił co prawda kwestię podejmowania decyzji o ponowieniu akcji, niemniej wciąż decyzja ta została pozostawiona w gestii Zamawiającego. Odwołujący zatem już w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2022 r. powinien był podnieść stosowne zarzuty, co zresztą uczynił. W konsekwencji obecnie omawiany zarzut nie tylko został podniesiony z uchybieniem terminu (art. 528 pkt 3 ustawy Pzp), ale ponadto z uchybieniem zasadzie res iudicata (art. 528 pkt 4 ustawy Pzp). Podkreślić bowiem należy, iż kwestia określenia warunków, w jakich wykonawca ma przystąpić do realizacji usługi usunięcia śliskości (tj. poziomu temperatury i wilgotności) była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 3447/22. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba wskazała, iż „Zamawiający jest uprawniony opisać warunki realizacji usługi w sposób, który spełnia jego uzasadnione potrzeby. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający ustalił parametry, których wystąpienie determinuje realizację usługi zgodnie z zarządzeniem nr 31 Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”. Jak wynika z postanowień pkt 6 (ZAPOBIEGANIE POWSTAWANIU I LIKWIDACJA ŚLISKOŚCI): „6.3.1. Zapobieganie powstawaniu śliskości. Zapobieganie powstawaniu gołedzi. Działalność należy rozpocząć po stwierdzeniu, że temperatura nawierzchni jest ujemna, temperatura powietrza wynosi od -6°C do +1°C a względna wilgotność powietrza osiągnęła

85% i nadal wzrasta.” Warunki jakie ustalił Zamawiający dla uruchomienia usługi posypywania, odplużania lub posypywania z odplużaniem: „przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1°C i temperatury przy gruncie poniżej 0°C” spełniają zasady działania mające na celu już zapobieganie powstawaniu śliskości. Zakres parametrów określony przez Zamawiającego spełnia więc wymogi zarówno dla usuwania śliskości jak i zapobiegania śliskości. Izba zauważa, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń, że właściwe dla należytej realizacji celu umowy będzie ustalenie rozpoczęcia akcji przy wyższej temperaturze i niższej wilgotności, powołując się ogólnikowo na specyfikę terenów górzystych czy bezpieczeństwo mieszkańców. Ponadto, wykonawca nie jest w takiej sytuacji obciążony ryzykiem, gdyż odpowiada wyłącznie za wykonanie usługi w warunkach opisanych przez Zamawiającego.” Tym samym przedmiotowe zagadnienie nie może podlegać ponownemu rozpoznaniu, ponieważ naruszałoby to zasadę powagi rzeczy osądzonej.

Zarzut nr 2

Zakresem zaskarżenia w zarzucie nr 2 Odwołujący objął postanowienia załącznika nr 1 do umowy Zasady wykonywania prac w zakresie odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – Zadanie 1 Rozdział II Postanowienia Ogólne pkt 11 lit. e, g i h, które w świetle zmian SWZ dokonanych w dniu 3 stycznia 2023 r. otrzymały brzmienie:

„11. Wykonawca zobowiązany jest składać Zamawiającemu 1 raz dziennie pisemny meldunek (e-mailem) z prowadzonej akcji zimowego utrzymania dróg nie później, niż do godz. 9:00. Wzór meldunku Zamawiający uzgodni z Wykonawcą po podpisaniu umowy, w ciągu 1 dnia od dnia zawarcia umowy. Meldunek winien zawierać: (...)

- e. ilość zużytej soli bądź mieszanki z piaskiem po prowadzonej akcji za poprzednią dobę (od godz. 6:00 do godz. 6:00) wraz z dokumentami potwierdzającymi ilość zużytej soli dla każdego pojazdu.
- g. Wykonawca winien posiadać sprzęt właściwie oznakowany - z nazwą firmy i dokładnym adresem na sprzęcie i z nazwą firmy na kamizelkach ochronnych pracowników (odzież ochronna przystosowana do robót w pasie drogowym).
- h. Wykonawca winien również posiadać zestaw urządzeń zabezpieczających służących do oznakowania robót w pasie drogowym, zgodnie z przepisami Prawa o ruchu drogowym.”

W odniesieniu do pkt 11 lit. e Odwołujący wskazywał na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na brak wskazania, czy dane dotyczące ilości zużytej soli pochodzić mają z wagi posiadającej odpowiednią legalizację. Izba stwierdziła, iż przedmiotowy zarzut w takim brzmieniu stanowi zarzut spóźniony. Izba ustaliła bowiem, iż w treści załącznika nr 1 do umowy analogiczne postanowienie znajdowało się już w chwili ogłoszenia przetargu i opublikowania dokumentów zamówienia na stronie internetowej

Zamawiającego, tj. w dniu 12 grudnia 2022 r., tyle że w Rozdziale II pkt 9 lit. e. Wskazano tam, iż „9. Wykonawca zobowiązany jest składać Zamawiającemu 1 raz dziennie pisemny meldunek (e-mailem) z prowadzonej akcji zimowego utrzymania dróg nie później, niż do godz. 10:00. Wzór meldunku Zamawiający uzgodni z Wykonawcą po podpisaniu umowy, w ciągu 3 dni od dnia zawarcia umowy. Meldunek winien zawierać: e. ilość zużytej soli bądź mieszanki z piaskiem po prowadzonej akcji za poprzednią dobę (od godz. 6:00 do godz. 6:00) wraz z dokumentami potwierdzającymi ilość zużytej soli dla każdego pojazdu.” Jakkolwiek w trakcie dokonywanych modyfikacji Zamawiający zmienił godzinę, do której należy złożyć meldunek oraz termin uzgodnienia wzoru takiego meldunku, to sam wymóg dotyczący tego, aby meldunek zawierał ilość zużytej soli pozostał niezmienny.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Odwołujący już w dniu 12 grudnia 2022 r. powziął wiedzę o wymaganiu przedstawienia w meldunku danych o ilości soli, dlatego też argumentacja odnośnie niewyczerpującego opisu sposobu ustalenia tej ilości soli powinna zostać podniesiona już w pierwszym odwołaniu, wniesionym 22 grudnia 2022 r. Na obecnym etapie jest ona spóźniona. Okoliczność, iż na skutek zmian SWZ dokonanych przez Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2023 r. kwestionowany wymóg został wskazany w innym niż wcześniej punkcie załącznika nr 1 do umowy nie otwiera wykonawcy terminu na wniesienie odwołania, ponieważ treść kwestionowanego wymagania nie została zmodyfikowana.

Analogiczne stanowisko należy zająć w odniesieniu do wymagań opisanych w pkt 11 lit. g i h, które znajdowały się w pkt 9 lit. g i h załącznika nr 1 do umowy Zasady wykonywania prac w zakresie odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – Zadanie 1 opublikowanego 12 grudnia 2022 r. Ich ówczesne brzmienie było tożsame z obecnym: „g. Wykonawca winien posiadać sprzęt właściwie oznakowany - z nazwą firmy i dokładnym adresem na sprzęcie i z nazwą firmy na kamizelkach ochronnych pracowników (odzież ochronna przystosowana do robót w pasie drogowym), h. Wykonawca winien również posiadać zestaw urządzeń zabezpieczających służących do oznakowania robót w pasie drogowym, zgodnie z przepisami Prawa o ruchu drogowym.”

W tym zakresie należy jednak wskazać, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił odwołanie w odniesieniu do tej części zarzutu i w dniu 24 stycznia 2023 r. dokonał zmian SWZ, w tym załącznika nr 1 do umowy Zasady wykonywania prac w zakresie odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – Zadanie 1 Rozdział II Postanowienia

Ogólne pkt 11 lit. g i h w ten sposób, że lit. g otrzymała brzmienie „g. Wykonawca powinien posiadać oznakowany sprzęt – z nazwą lub z logo firmy.” zaś lit. h została wykreślona. Mając to na uwadze Izba, w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, umorzyła postępowanie odwoławcze we wskazanym w odpowiedzi na odwołanie zakresie.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego zajętego na rozprawie, iż pomimo dokonanych w dniu 24 stycznia 2023 r. modyfikacji SWZ podtrzymuje on przedmiotowy zarzut w zakresie pkt 11 lit. g, ponieważ nie wiadomo jakiego sprzętu dotyczy konieczność oznakowania, Izba wskazuje, iż zarzut ten należy uznać za spóźniony z przyczyn omówionych powyżej, a ponadto argumentacja ta wykracza poza podstawy faktyczne odwołania, w którym wskazano jedynie, iż wymóg dotyczący oznakowania nie ma związku ze sposobem realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia i nie sygnalizowano wątpliwości co do tego, jaki sprzęt należy oznakować.

Zarzut nr 3

Przedmiotowy zarzut dotyczy § 2 ust. 1, ust. 12, ust. 21.2, załącznika nr 1 do umowy, które w świetle zmian dokonanych w dniu 3 stycznia 2023 r. miały brzmienie:

§ 2 ust. 1. „Zimowe utrzymanie jezdni ma za zadanie zmniejszenie lub ograniczenie zakłóceń ruchu drogowego, wywołanych takimi czynnikami atmosferycznymi jak śliskość zimowa oraz opady śniegu. Zimowe utrzymanie jezdni dzieli się na trzy grupy prac: -akcję zapobiegania śliskości zimowej (zwaną dalej także „akcją zapobiegania”), -akcję usuwania śliskości zimowej (zwaną dalej także „akcją usuwania”), -akcję po wystąpieniu opadów śniegu.”

§ 2 ust. 12. „Wykonawca ma obowiązek wpisywać wszelkie dane o pogodzie do Rejestru pogodowego. W Rejestrze pogodowym należy wskazać źródło pozyskania prognozy pogody, informację nt. wystąpienia opadów śniegu lub innych zjawisk atmosferycznych, wilgotności powietrza i temperatury, informacje Wykonawcy z komunikatów Regionalnego Systemu Ostrzegania, wpisać wszelkie dane zaistnienia warunków do rozpoczęcia akcji zapobiegania posypywania, odplużania lub posypywania z odplużaniem oraz do jej zakończenia. W Rejestrze należy także wpisywać imię i nazwisko odczytującego pogodę i komunikaty, dane wg których wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki do rozpoczęcia akcji likwidacji, akcji zapobiegania, akcji po wystąpieniu opadów śniegu zimowego utrzymania dróg. Do każdego wpisu Wykonawca zobowiązany jest zrobić wydruk z danych stacji pogodowej. Skan wydruku z danych stacji pogodowej oraz skan Rejestru pogodowego za każdą dobę Wykonawca zobowiązany jest przesyłać wraz z meldunkiem.”

§ 2 ust. 21.2. „Do decyzji wyjazdu i rozpoczęcia akcji zapobiegania, o której mowa w ust. 21.1. Wykonawca sporządzi każdorazowo Notatkę z opisem: warunków pogodowych (w oparciu o wpisy prowadzonego Rejestru pogodowego) i stanu nawierzchni jezdni z objazdów dróg, uprawniające do podjęcia decyzji wyjazdu.”

Ponadto zgodnie z § 2 ust. 5 lit a Załącznika nr 1 wskazano, iż „Prace w zakresie oczyszczania - posypywanie, odplużanie i odplużanie z posypywaniem jezdni dróg wg wyznaczonych tras w I kolejności utrzymania, prowadzone przy użyciu minimum 8 pługosolarek i 1 ciągnika z pługiem polegają na bezzwłocznym podjęciu akcji posypywania, odplużania lub posypywania z odplużaniem rozpoczętej nie później niż w ciągu minut od wystąpienia poniższych warunków: a) wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C.”

Izba ustaliła także, iż Zamawiający w dniu 3 stycznia 2023 r. skreślił § 2 ust. 16 i 17 o treści: „16. Mechaniczne oczyszczanie jezdni polega na usuwaniu śniegu, zabezpieczeniu przed śliskością zimową oraz likwidowaniu powstałej śliskości zimowej. 17. Nawierzchnie jezdni oczyszcza się ze śniegu przez zgarnianie zalegającej pokrywy śnieżnej na część przykrawężnikową lub pobocze przy użyciu pługów.”

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący wywodził, iż nie ma możliwości aby Wykonawca w tak określonych parametrach realizacji umowy mógł zapobiegać śliskości – tak uregulowany przedmiot umowy pozwala jedynie na jej likwidację. Innymi słowy nie ma możliwości, aby Wykonawca zapobiegał śliskości w sytuacji, gdy Zamawiający dopuszcza możliwość rozpoczęcia usługi od wystąpienia śliskości zimowej. Zdaniem Odwołującego w aktualnej treści dokumentacji postępowania brak jest regulacji dotyczącej sposobu realizacji zapobiegania śliskości.

Izba stwierdziła, iż tak określone podstawy faktyczne zarzutu były już przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 3447/22, zakończonej wydaniem wyroku w dniu 11 stycznia 2023 r. W uzasadnieniu ww. wyroku (w części dotyczącej zarzutu nr 9) Izba wskazała, na zasadność ww. zarzutu uznając, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny. Izba wskazała: „Pomimo, że określone przez Zamawiającego parametry spełniają w świetle postanowień ww. Zarządzenia warunki działania dla zapobiegania jak i dla usuwania śliskości to Zamawiający nie określił jednak jednoznacznie kiedy wykonawca powinien przystąpić do akcji zapobiegania. Izba uwzględniając zmiany SWZ dokonane 3 stycznia 2023 r. uznała zarzut za nadal aktualny, gdyż opis w tym zakresie pozostał niedoprecyzowany. Zauważyć należy, że w par. 2 ust. 5 załącznika nr 1 do projektu umowy Zamawiający ustala obowiązek uruchomienia akcji od wystąpienia śliskości zimowej „(w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C”. Natomiast w pkt 21.1. tak jak w pkt 21 przed zmianą SWZ, wskazuje na obowiązek wykonania akcji zapobiegania

przed wystąpieniem tej śliskości, a więc przed wystąpieniem gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej. Zamawiający nie określa jednak parametrów przy jakich wykonawca ma rozpocząć akcję zapobiegania i czy są one tożsame z określonymi w par. 2 ust. 5 lit. a), czyli „przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰C”. Nie wynika to również z kryterium oceny ofert, którego brzmienie jest w zasadzie tożsame z treścią par. 2 ust. 5 załącznika nr 1 do projektu umowy i wskazuje deklarowany czas rozpoczęcia akcji „od wystąpienia opadów śniegu lub od wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C.” Skoro wykonawca jest zobowiązany również do uruchomienia akcji zapobiegania śliskości, a więc zanim wystąpi śliskość zimowa opisana wyżej to opis sposobu realizacji tej akcji powinien określać parametry, których wystąpienie będzie determinowało wykonanie usługi przez wykonawcę. W ocenie Izby, doprecyzowanie powyższych postanowień ma istotne znaczenie dla prawidłowej kalkulacji oferty, a także określenia ryzyk przez wykonawcę w kontekście przewidzianych w projekcie umowy kar umownych za niewykonanie akcji zapobiegania. Wykonawca musi mieć pewność co do momentu, w którym będzie zobowiązany rozpocząć każdą z akcji. Izba nie będąc związana żądaniem odwołania, uznając zarzut niejednoznacznego opisu

wykonania zamówienia za zasadny, nakazała aby Zamawiający precyzyjnie określił sytuacje i warunki, w których Wykonawca będzie zobowiązany do rozpoczęcia akcji zapobiegania.”

Podkreślić należy, iż Izba wydając wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3447/22 wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w tym modyfikacje SWZ dokonane przez Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2023 r. To już na gruncie zmienionej treści SWZ Izba stwierdziła nieprecyzyjność i niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie akcji zapobiegania śliskości i nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie sposobu wykonania zamówienia poprzez jednoznaczne określenie w jakich sytuacjach i warunkach wykonawca ma przystąpić do akcji zapobiegania.

Tym samym powoływanie się przez Odwołującego obecnie na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia związaną z brakiem regulacji dotyczących sposobu realizacji zapobiegania śliskości jest nieuprawnione, ponieważ zagadnienie to zostało już przez Izbę rozstrzygnięte. Mając na uwadze, iż Izba nie może ponownie orzekać w tej samej sprawie (por. art. 528 pkt 4 ustawy Pzp), przedmiotowy zarzut nie mógł podlegać rozpoznaniu. Dodać należy, iż obawy Odwołującego mające uzasadnić podtrzymanie zarzutu, iż nie wie co zrobi Zamawiający i czy zmieni on SWZ, uznać należy za bezpodstawne, ponieważ wyrokiem z dnia 11 stycznia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3447/22 Izba nakazała Zamawiającemu

jednoznaczne określenie, w jakich sytuacjach i warunkach wykonawca ma przystąpić do akcji zapobiegania śliskości. Zamawiający zatem będzie musiał wprowadzić w SWZ stosowne zmiany, czego ma świadomość (Zamawiający wyjaśnił, iż wprowadzi takie zmiany po otrzymaniu pisemnego uzasadnienia ww. wyroku), a Odwołujący będzie mógł wobec tych zmian wnieść nowy środek ochrony prawnej, jeśli nie będą one w pełni czynić zadość obowiązkowi, jakie na Zamawiającego nałożyła Izba w ww. rozstrzygnięciu.

W odniesieniu do wskazanego w odwołaniu żądania, aby obowiązek realizacji usługi aktywował się po stronie Wykonawcy niezależnie od decyzji Zamawiającego, w sytuacji gdy, wystąpią opady śniegu lub inne zjawiska atmosferyczne przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2 stopnie Celsjusza, Izba wskazuje, iż pełną aktualność zachowuje tu stanowisko przedstawione przy zarzucie nr 1.

Zarzut nr 4

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Izba ustaliła, iż zakresem zaskarżenia objęto § 8 ust. 3 lit. d wzoru umowy, który w dniu 3 stycznia 2023 r. otrzymał brzmienie: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne gdy: (...) d. Wykonawca nie przedstawił meldunku ze skanem wydruku stacji pogodowej i skanem Rejestru pogodowego, o którym mowa w załączniku Nr 1 do umowy do godz. 09.00 każdego dnia roboczego, lub nie przedstawił dodatkowego meldunku żądanego przez Zamawiającego.” Uprzednio postanowienie to miało brzmienie „Wykonawca nie przedstawił meldunku, o którym mowa w załączniku Nr 1 do umowy do godz. 10:00 każdego dnia roboczego, lub nie przedstawił dodatkowego meldunku żądanego przez Zamawiającego.”

Uzasadniając zarzut Odwołujący wskazał na okoliczność, iż Zamawiający wymaga przedstawiania wydruków stacji pogodowej i skanów Rejestru pogodowego, w sytuacji gdy stacje pogodowe wykorzystywane do realizacji usługi nie mają takiej funkcji, a zakup nowych stacji i wyposażenie w nie Wykonawcy wymaga czasu, który nie pozwala na dochowanie terminów rozpoczęcia realizacji usługi wg ustaleń z dokumentacji postępowania. Dodatkowo tak ustalony parametr jako nadmierny i nieproporcjonalny, w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczenia usługi.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący jest dalece niekonsekwentny w swoich działaniach. Odwołujący skarży bowiem postanowienie umowne dotyczące możliwości obciążenia go karą umowną za brak przedstawienia wraz z meldunkiem wydruku stacji pogodowej, podczas gdy nie skarży postanowień załącznika nr 1 do umowy, które taki obowiązek na niego nakładają. Zgodnie z § 2 ust. 12 zdanie ostatnie Załącznika nr 1 do umowy „Skan wydruku z danych stacji pogodowej oraz skan Rejestru pogodowego za każdą dobę Wykonawca zobowiązany jest przesyłać wraz z meldunkiem.” Argumentacja Odwołującego

wskazuje, że nie zgadza się on nie tyle z samą karą umowną, co w ogóle z obowiązkiem pozyskiwania wydruków ze stacji pogodowej, Odwołujący nie odnosi się jednak do właściwych postanowień SWZ nakładających na niego kwestionowany obowiązek. Należy przy tym wskazać, iż przedmiotowy obowiązek wynikał już z pierwotnego brzmienia postanowień SWZ – w Rozdziale I załącznika nr 1 w § 2 ust. 12 wskazano, iż „(...) Do każdego wpisu [do Rejestru pogodowego] Wykonawca zobowiązany jest zrobić wydruk z danych stacji pogodowej. Skan wydruku z danych stacji pogodowej oraz skan Rejestru pogodowego Wykonawca zobowiązany jest przysyłać wraz z meldunkiem za daną dobę.” i nie został on przez Odwołującego zaskarżony w terminie. Skoro zaś wykonawca nie zaskarżył w terminie nałożonego na niego postanowieniami SWZ obowiązku, to obecna argumentacja wskazująca, że jest on nadmierny, czy też że czas na wyposażenie stacji pogodowej w funkcję wydruku jest zbyt krótki, stanowi argumentację spóźnioną. W konsekwencji za niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia uznać należy załączony do pisma procesowego Odwołującego dowód w postaci wyciągu z rejestru pogodowego.

W odniesieniu do samej kary umownej związanej z brakiem przedstawienia meldunku z wydrukiem stacji pogodowej i rejestru pogodowego, w odwołaniu nie przedstawiono żadnej argumentacji. Odwołujący nawet nie wyjaśnił dlaczego uważa obciążenie wykonawcy w takiej sytuacji karą umowną za niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Z kolei argumentacja prezentowana przez Odwołującego w zakresie omawianego zarzutu w piśmie procesowym oraz na rozprawie, w szczególności dotycząca częstotliwości archiwizacji oraz dobrania odpowiedniej wielkości serwera, wykraczała ponad zakres odwołania podstawy faktyczne zarzutu. Ponadto nie tyle odnosiła się do kary umownej, co zmierzała do wykazania, iż nałożony na wykonawcę obowiązek jest nadmierny, co uznać należy za działanie spóźnione w świetle wskazanego już faktu, iż obowiązek załączania wydruków stacji pogodowej do meldunku został

wyartykułowany już w treści SWZ opublikowanej 12 grudnia 2022 r.

Zarzut nr 5

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron oświadczył, iż cofa zarzut nr 5 odwołania (dotyczący wprowadzenia obowiązku użycia systemu satelitarnego). Mając to na względzie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji.

Zarzut nr 6

Zarzut nr 6 odwołania odnosił się do postanowień zawartych w Rozdziale II załącznika nr 1 do umowy w pkt 9 i 10, które w świetle zmiany SWZ dokonanej 3 stycznia 2023 r. otrzymały brzmienie:

„9. Podstawą rozliczenia pracy sprzętu specjalistycznego (plugosolarki, ciągnik, plugowirnikowy) użytego przez Wykonawcę przy prowadzeniu działań związanych z realizacją usługi (usuwanie śniegu, usuwanie śliskości, usuwania gołoledzi) są prowadzone na bieżąco przez kierowców/operatorów wskazanych jednostek - Karty Pracy Pojazdów Wykonawcy (zwane dalej KPPW), które winny zawierać następujące dane:

- przebieg roboczy [km] sprzętu specjalistycznego (plugosolarki, ciągnik, plugowirnikowy), ustalony na podstawie odczytów z legalizowanego licznika kilometrowego, zamontowanego w tych pojazdach, jako różnica pomiędzy bezpośrednimi odczytami stanów końcowego i początkowego tego licznika,
- przebieg kilometrów dojazdowych pomiędzy bazą Wykonawcy i miejscem rozpoczęcia świadczenia usługi i z powrotem (ustalone i przejechane wg najkrótszej trasy dojazdu możliwej z uwagi na parametry dróg i rodzaj sprzętu) wg taret 4,
- czas pracy sprzętu, ze szczególnym wykazaniem czasu - godziny wyjazdu sprzętu z bazy.
- ilość kursów (nr tras, krotność prowadzenia akcji na danej trasie),
- wykaz ulic – miejsc (odcinków ulic) w przypadku prowadzenia akcji wybiórczo z danej trasy, bądź zgłaszanych do Wykonawcy wg dyspozycji, na wniosek Zamawiającego lub CSR w przypadku wystąpienia lokalnie na terenie miasta zjawisk określonych w ust. 5 lit. a), - wykonywane przez kierowcę /operatora jednostek czynności w trasie (odpływanie, posypywanie, odpływanie z posypywaniem).

10. Dla udokumentowania zrealizowanych usług w danych miesiącu wg danych (z ust. 9), mających wpływ na wynik finansowy, Zamawiający uzna KPPW sprawdzone i zatwierdzone przez Dyspozytora i przekazane do Zamawiającego po zakończeniu danego miesiąca – przed wystawianiem faktur.”

Izba ustaliła, iż przed dokonaniem ww. zmian SWZ w załączniku nr 1 do umowy Zasady wykonywania prac w zakresie odśnieżania i likwidowania śliskości jezdni na drogach – Zadanie 1 Rozdział II wskazano następujące regulacje dotyczące rozliczania pracy sprzętu:

„7. (...) Podstawą rozliczeniu pracy sprzętu specjalistycznego (plugosolarki), użytego przez Wykonawcę przy prowadzeniu działań związanych z realizacją usługi (usuwanie śniegu, usuwanie śliskości, usuwania gołoledzi) jest przebieg roboczy [km], ustalony na podstawie odczytów z licznika kilometrowego, zamontowanego w tych pojazdach, jako różnica pomiędzy bezpośrednimi odczytami stanów końcowego i początkowego tego licznika.

8. Liczniki kilometrowe w pojeździe podlegają okresowej legalizacji - uznaje się je za urządzenia wiarygodne. Odczyty licznika mają być zapisywane w kartach drogowych, wydawanych kierowcy przez Dyspozytora. Zamawiający uzna karty pracy Wykonawcy dla dokumentowania podstawowych informacji (przebieg kilometrowy, czas pracy sprzętu, ilość

kursów, wykaz ulic, wykonywane czynności i inne), dotyczących pracy plugosolarek -sprzętu użytego do realizacji usługi.”

Izba stwierdziła, iż argumentacja Odwołującego na poparcie omawianego zarzutu ograniczona została do hasłowego wskazania, iż ustalony na nowo sposób rozliczeń nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń, stanowi o nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego i realnie nie pozwala na złożenie Wykonawcy oferty z przekonaniem, że otrzyma on wynagrodzenie odpowiadające zrealizowanym usługom, w szczególności na drogach dojazdowych. Odwołujący nawet nie wyjaśnił, na jakiej podstawie wywiódł taki wniosek. W treści odwołania, poza postawieniem ww. tezy, nie przedstawiono żadnego uzasadnienia, co już samo w sobie przesądza o bezzasadności zarzutu. W tym stanie rzeczy zarzucanie przez Odwołującego w piśmie procesowym z 25 stycznia 2023 r., że Zamawiający merytorycznie nie odniósł się do ww. zarzutu uznać należy za nieuprawnione, ponieważ Zamawiający w istocie nie miał się do czego odnieść. Izba zgodziła się ponadto z Zamawiającym, że nie tyle zmienił on sposób rozliczeń, co uszczegółowił sposób dokumentowania pracy pojazdu, nakładając obowiązek prowadzenia kart pracy pojazdu. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie powyższe miałyby świadczyć o nadużyciu pozycji dominującej przez Zamawiającego, czy o braku gwarancji, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie za zrealizowane usługi. Z kolei stwierdzenie, iż Zamawiający w zmodyfikowanym postanowieniu nakłada na wykonawcę szereg nadmiernych obowiązków formalnych, od których realizowania Zamawiający uzależnia wypłatę wynagrodzenia, nic za sobą nie niesie, Odwołujący jedynie przywołał treść pkt 9-11 Rozdziału II Załącznika nr 1 i nawet nie sprecyzował, które konkretnie obowiązki formalne ma na myśli. Trudno uznać za nadmiernie formalistyczny wymóg prowadzenia karty pracy pojazdu. Wymóg taki może być co najwyżej

niewygodny dla wykonawcy, ale nie świadczy o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. Ewentualny wzrost czasochłonności związany z prowadzeniem kart pracy pojazdu wykonawca może odpowiednio wycenić w ofercie.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: