

WYROK

Warszawa, dnia 5 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2024 r. przez wykonawcę KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez wykonawcę KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), poniesioną przez Zamawiającego – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
4. Zasądza od wykonawcy KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie na rzecz Zamawiającego – Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), stanowiącą uzasadnione koszty Zamawiającego – Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie, poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2085/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie, dalej: *Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: Zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym 2024/2025 na terenie miasta Olsztyna, dalej: „*Postępowanie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 czerwca 2024 r. pod numerem 330705-2024.

W dniu 13 czerwca 2024 r. wykonawca Koma Olsztyn Spółka z ograniczoną z siedzibą w Olsztynie, dalej: „*Odwołujący*” wniósł odwołanie od wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, sporządzonej przez Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym pn. Zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym 2024/2025 na terenie miasta Olsztyna.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia niżej wymienionych przepisów Pzp, tj.:

- 1) art. 91 ust. 1 PZP w związku z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez wprowadzenie ograniczenia w Rozdziale XX pkt 3 SWZ, że ofertę można złożyć tylko do jednej spośród 3 części zamówienia, co w sytuacji funkcjonowania na rynku co najmniej 4 podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia (wg. danych z otwarcia ofert tożsamego zamówienia udzielanego w 2023 r.), w tym Odwołującego, który zdolny jest zrealizować co najmniej 2 części zamówienia doprowadza do nieuzasadnionego żadnymi okolicznościami ograniczenia konkurencji;
- 2) art. 16 pkt 1-3 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 735 § 1 KC w związku z art. 750 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę wszystkie ryzyka związane z wystąpieniem warunków atmosferycznych, warunkujących realizację usług

wymienionych w formularzu cenowych, od których wystąpienia w całości jest uzależnione wynagrodzenie wykonawcy, a także nieprzewidzenie minimalnego zakresu zamówienia, które zamawiający przewiduje do realizacji, co jednocześnie co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty;

3) art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 433 pkt 4 PZP, poprzez wprowadzenie we wzorzec umowy (załącznik nr 6.1 i 6.2 do SWZ) w § 13 ust. 1 możliwości wypowiedzenia umowy o zamówienie publiczne bez podania przyczyny, co prowadzi do niedookreślonego czasu trwania umowy

o zamówienie publiczne utrudniającego prawidłowe skalkulowanie oferty a dodatkowo umożliwia zamawiającemu arbitralne i jednostronne ograniczenie zakresu zamówienia.

Ze względu na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu:

a) zmianę w SWZ w Rozdziale XX pkt 3 poprzez ustalenie, że Ofertę można złożyć

w odniesieniu do maksymalnie dwóch części zamówienia, względnie całkowite usunięcie pkt 3,

b) wprowadzenie postanowień w dokumentacji zamówienia przewidujących częściowo ryczałtowe rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, poprzez wprowadzenie w szczególności

w kosztorysie ofertowym pozycji związanej z pozostawaniem wykonawcy w gotowości do świadczenia usługi objętej zamówieniem, w okresie kiedy nie świadczy on czynności określonych szczegółowo w kosztorysie ofertowym,

c) usunięcie w § 13 ust. 1 we wzorach umów stanowiących załącznik nr 6.1. i 6.2 do SWZ,

3) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zamówienie podzielone zostało na 3 części:

1) Część 1: Rejon 1,

2) Część 2: Rejon 2,

3) Część 3: Rejon 3.

Przy czym Zamawiający zastrzegł, że ofertę można złożyć tylko do jednej części zamówienia (Rozdział XX pkt 3 SWZ).

Zgodnie z §1 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 6.1. oraz 6.2. do SWZ) Roboty objęte umową będą polegać na następujących pracach:

1) odśnieżanie jezdni, chodników, przejść, parkingów i terenów poza pasami drogowymi,

2) zwalczanie śliskości nawierzchni jezdni, chodników, przejść, parkingów i terenów poza pasami drogowymi,

3) zakup i magazynowanie piasku oraz chlorku magnezu,

4) zapewnienie dyspozycyjnych pracowników przez Wykonawcę, odpowiedzialnych za należyte wykonywanie usługi.

Zgodnie zaś z § 10 ust. 2 i 3 wzoru umowy:

2. Wysokość rzeczywistego wynagrodzenia, które otrzyma Wykonawca, będzie wynikać z rzeczywiście wykonanych ilości robót.

3. Wykonawca za wykonane prace będzie otrzymywał wynagrodzenie kosztorysowe według cen jednostkowych przedstawionych w ofercie (załącznik nr 1 do umowy).

4. Wszystkie zawarte w kosztorysie ofertowym pozycje mają charakter kosztorysowy i uzależnione są od wystąpienia odpadów śniegu lub śliskości zimowej.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego ograniczenia do jednej części zamówienia, na które można złożyć ofertę, Odwołujący wskazał, że uprawnieniem Zamawiającego przewidzianym w art. 91 Pzp jest podzielenie zamówienia na części a także wskazane, na ile części wykonawca może złożyć ofertę. Z uprawnienia tego Zamawiający skorzystał dzieląc zamówienia na 3 części (Rozdział XX pkt 1 SWZ) oraz ograniczając liczbę części, na które można złożyć ofertę do jednej (Rozdział XX pkt 3 SWZ) Zamawiający, podejmując decyzję

o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców.

Swoboda zatem zamawiającego o podziale zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do

podziału zamówienia, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 91.).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nałożył na uczestników postępowania ograniczenie, którego skutkiem będzie

ograniczenie konkurencji oraz pokrzywdzenie jednego lub większej liczby uczestników. W ocenie Odwoływającego brak jest racjonalnych przesłanek, które by w tym postępowaniu za tym przemawiały, aby Zamawiający mógł takie ograniczenie wprowadzić. Tego rodzaju ograniczenie nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego, ani biznesowego, a jego pozostawienie będzie w rzeczywistości skutkowało wprowadzeniem elementu losowości w wyborze wykonawców. Odwoływający składając ofertę, będzie musiał wybrać jedną z trzech części, w których chce wziąć udział, pomimo że zdolny jest wykonać co najmniej dwie z nich.

Części te zbliżone są do siebie zakresem świadczonych usług, realizowane są jedynie na innym terenie – Regionie Olsztyna. Uwzględniając okoliczności, że w prowadzonym przez Zamawiającego w 2023 r. postępowaniu pn. Zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie 2023/2024 podzielonym na 3 rejony (również z ograniczeniem możliwości złożenia oferty co do jednej części) oferty złożyło

4 wykonawców. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert (w załączeniu), zastosowanie się przez wykonawców do ograniczenia w zakresie możliwości złożenia oferty tylko na jedną część było

to, że w dwóch częściach zamówienia nie było konkurencji w ubieganiu się o zamówienie (wpłynęło tylko po jednej ofercie do każdego z nich). W konsekwencji zastrzeżenie, że oferty można składać w odniesieniu do tylko jednej części skutkowało będzie niekonkurencyjną metodą wyłonienia wykonawców, w której większe znaczenie od najkorzystniejszej treści oferty może mieć przypadek – wybór tej części zamówienia do której oferty nie złożą inni wykonawcy. W ocenie Odwoływającego zmiana postawionego ograniczenia przez zamawiającego poprzez zwiększenie do dwóch części, ilości części, do których ofertę może złożyć wykonawca, spełni zadanie zapobiegania monopolizacji zamówienia a jednocześnie

w pełni będzie realizować zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego przerzucenia w całości na wykonawcę ryzyka realizacji zamówienia związanego z wystąpieniem opadów śniegu lub śliskości zimowej, Odwoływający wskazał, że analiza dokumentacji zamówienia wskazywała, że warunki zamówienia

a w szczególności postanowienia umowne są ukształtowane tak, że otrzymanie wynagrodzenia za realizację zamówienia uzależnione jest od wystąpienia opadów śniegu lub śliskości zimowej i ich zwalczania przez wykonawcę na zasadach określonych w Standardach zimowego utrzymania ulic w Olsztynie w sezonie 2024/2025 r. Oznacza to dla wykonawcy, że musi w okresie świadczenia umowy tj. od 15 października 2024 r. do 15 maja 2025 r. pozostawać, co do zasady, w ciągłej gotowości w zakresie posiadanego sprzętu, materiałów do zwalczania śliskości a także osób do realizacji zamówienia. Oznacza to zatem, że wykonawca ponosi co najmniej powyższe istotne koszty bez względu na to czy faktycznie wykonuje usługę czy jedynie oczekuje na jej realizację (wystąpienie opadów lub śliskości).

W tej sytuacji zatem wobec niepewności opadów śniegu, w całości ryzyko ich niewystąpienia lub wystąpienia ich w nieznacznym zakresie spoczywa na wykonawcy. W sytuacji bowiem jeśli w przyszłym sezonie 2024/2025 nie będzie opadów śniegu lub będzie ich znikoma ilość wykonawca poniesie znaczące koszty pozostawania w gotowości a nie zrealizuje czynności, o których wyłącznie uzależnione jest jego wynagrodzenie. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18.05.2015 r., (sygn. akt: KIO 897/15) „obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. Co oczywiste dla Wykonawcy skala wystąpienia opadów śniegu i śliskości jest nie do przewidzenia i nie sposób, aby to Zamawiający w całości ponosił ryzyko ich wystąpienia lub nie jednakże obciążenie tym ryzykiem w całości wykonawcę jest nieuprawnione i powinno być oceniane jako nadużywanie pozycji zamawiającego jako gospodarza postępowania, który arbitralnie przygotowuje postanowienia warunków zamówienia, w tym postanowień umownych przerzucając całe ryzyko wystąpienia opadów lub śliskości ich w nieznacznym zakresie na wykonawcę, który bez względu na to jako dokładnie i starannie skalkuluje ofertę i tak poniesie stratę na realizacji zamówienia. Kwestionując zapisy dokumentacji zamówienia w/w zakresie Odwoływający nie zmierza także do wyrównania ryzyka realizacji zamówienia publicznego pomiędzy Zamawiającego i Odwoływającego ale jedynie zmierza do wprowadzenia rozwiązań które w pewnym stopniu ryzyko wykonawcy zmniejszą. Powszechnym jest, że zamawiający ogłaszając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego związane z zwalczaniem opadów śniegu i śliskości przewidują mechanizmy pozwalające wykonawcom pokryć przynajmniej część kosztów realizacji zamówienia związanych z pozostawaniem w gotowości do jego realizacji w okresie niewystępowania opadów lub śliskości. Wspomniane wyżej mechanizmy to w szczególności przewidywanie w kosztorysie ofertowym pozycji gotowości do realizacji zamówienia lub np. „Akcji Biernej”, płatnej ryczałtem, która polega na pozostawianiu w dyspozycji Zamawiającego poprzez utrzymywanie w gotowości sprzętu i transportu potrzebnego do wykonywania prac objętych zakresem zimowego utrzymania oraz pełnieniu dyżurów dyspozytorskich i patrolowaniu dróg poprzez przeprowadzanie systematycznych objazdów, monitorowaniu prognoz pogody, podejmowaniu

inicjatywy w celu ogłoszenia akcji czynnej lub interwencyjnej. W odróżnieniu od Akcji Czynnej i Interwencyjnej, w których wynagrodzenie jest kosztorysowe i zależy od faktycznie wykonanych poszczególnych czynności związanych z usuwaniem śniegu

i zwalczaniem śliskości (tytułem przykładu postępowanie pn. Zimowe utrzymanie miasta Białegostoku Publikacja ogłoszenia: 00775231-2023 Numer wydania Dz.U. S: 246/2023).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego możliwości wypowiedzenia umowy bez podania przyczyny, Odwołujący wskazał, że w § 13 ust. 1 załącznika nr 6.1. i 6.2. do SWZ zamawiający przewidział tożsame postanowienia:

„§ 13 Rozwiązanie umowy

1. Umowa może być rozwiązana za 4 – miesięcznym wypowiedzeniem dokonany przez każdą ze stron, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego.”

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenie na rzecz zamawiającego możliwości rozwiązania umowy bez wskazania konkretnych i zależnych od wykonawcy okoliczności przeczy idei trwałości zobowiązań stron nawiązanych w reżimie ustawy PZP. Przewidzenie możliwości jednostronnego rozwiązania umowy bez podania przyczyn z jednej strony powoduje naruszenie przez zamawiającego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 1 PzP)

a także narusza zakaz wprowadzenia do umowy o zamówienie publiczne możliwości zmniejszenia przez zamawiającego zakresu świadczenia usługi, bez podania minimalnego zakresu (art. 433 pkt 4 PZP).

„W ocenie Izby, zastrzeżenie bezwarunkowej możliwości 3 miesięcznego wypowiedzenia przez zamawiającego danego rodzaju umowy - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne przy założeniu 36 miesięcznego okresu realizacji umowy, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po 6-cio miesięcznym okresie jej obowiązywania. Izba uznała kwestionowane postanowienie za nadmierne, nie podyktowane racjonalnymi potrzebami - dające zamawiającemu możliwość podjęcia arbitralnej czynności wypowiedzenia przedmiotowej umowy, co może mieć wpływ

na kalkulację ceny oferty, ale przede wszystkim może zaważyć na decyzji wykonawców

w odniesieniu do uczestnictwa w takim przetargu.” (Wyrok KIO z 22.01.2014 r., KIO 24/14, LEX nr 1430593.)

„Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wprowadzona przesłanka wypowiedzenia umowy pozostawia w zasadzie dowolność stronom i możliwość rozwiązania umowy w każdym czasie. Niezrozumiałym jest stwierdzenie, że dalsza realizacja umowy będzie „ekonomicznie nieuzasadniona”. W ocenie Izby, w interesie wykonawcy jest aby umowa została zrealizowana w całości z uwagi na planowane zyski. Projekt umowy przewiduje klauzule waloryzacyjne wynagrodzenia wykonawcy, a więc nie jest jasne kiedy świadczenie miałoby stać się dla wykonawcy nieuzasadnione ekonomicznie. Podobnie z perspektywy zamawiającego, który ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi posiadać zabezpieczone środki na cały okres realizacji umowy.” (Wyrok KIO z 11.01.2023 r., KIO 3481/22, LEX nr 3481076.).

W piśmie z dnia 2 lipca 2024 roku - Odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu nr 1 oraz uwzględnił odwołanie w pozostałej części, tj. dotyczącej zarzutów nr 2 i nr 3 oraz wniósł również o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym wprowadzając ograniczenie możliwości złożenia oferty tylko co do jednej części spośród trzech części zamówienia, doprowadził do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że nie ulega wątpliwości, że Zamawiającemu przysługuje na mocy art. 91 ustęp 3 ustawy Pzp uprawnienie do ustanowienia limitu liczby części, na jakiej może być złożona oferta przez jednego wykonawcę. Podkreślił, iż powyższe uprawnienie nie podlega ograniczeniom, poza ogólnymi zasadami zamówień publicznych. Celem takiego działania Zamawiającego jest chęć pozyskania różnych wykonawców do wykonania poszczególnych części zamówienia, a wykonawca nie może skutecznie domagać zniesienia takiego ograniczenia. Powyższe znajduje potwierdzenie w doktrynie [M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 91).

Zamawiający wskazał, że jeżeli zamawiający zdecyduje się na podział zamówienia, może to zrobić w dwójnasób. Może udzielić zamówienia na wykonanie każdej z części w ramach odrębnych postępowań. Może także zdecydować się na przeprowadzenie jednego postępowania, w którym przewidzi możliwość składania ofert częściowych, określając zakres i przedmiot każdej z części. W takim wypadku zamawiający w dokumentach zamówienia winien również zdecydować, czy dany wykonawca może składać oferty na realizację zamówienia czy też takie prawo zostanie mu ograniczone do wskazania, że jest dopuszczalne składanie oferty wyłącznie na wybraną przez wykonawcę jedną część [E. Wiktorowska [w:]

A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 91].

Zamawiający wskazał, że z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiotem zamówienia pozostaje wykonanie usług w postaci zimowego utrzymania chodników, przejść pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym 2024/2025 na terenie miasta Olsztyna. Mając na uwadze zakres i skalę zamówienia, miasto – śladem poprzednich lat – zostało podzielone na trzy rejony (3 części),

z zastrzeżeniem, że jeden wykonawca może złożyć ofertę tylko co do jednej – wybranej przez siebie – części. Powyższe w ocenie Zamawiającego pozwoli na usprawnienie prac

i osiągnięcie celów, jakie Zamawiający wiąże z przedmiotowym zamówieniem, tj. zapewnienie mieszkańcom należyte utrzymanie i przede wszystkim bezpiecznych (odśnieżonych, odrodzonych) chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym. Nie ulega wątpliwości, że realizacja wyłącznie jednej części zamówienia, jednego rejonu (co stanowi de facto i tak 1/3 powierzchni miasta) daje zdecydowanie większą gwarancję prawidłowego i należytego wykonania zamówienia przez danego wykonawcę, który może całą uwagę, a także posiadane zasoby osobowe i maszynowe skupić wyłącznie na jednym rejonie.

W przypadku zamówień o jednolitym charakterze, Zamawiający również powinien dokonać stosownej analizy w zakresie podziału zamówienia czy ograniczenia możliwości składania oferty tylko co do jednej części, biorąc pod uwagę skalę zamówienia. W sytuacji gdy zamawiający planuje udzielić zamówienia o znacznym zakresie, zasadne pozostanie zlecenie go kilku podmiotom, które niezależnie od siebie będą je wykonywać. Dzięki takiemu zabiegowi zamawiający zwiększy szanse na skuteczną realizację zamówienia, nie uzależniając jego powodzenia od jednego wykonawcy i nie generuje ryzyka wynikającego np. z jego ewentualnych problemów finansowych czy kadrowych [E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 91].

Zamawiający podkreślił, że należy pamiętać, iż zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym jest zamówieniem specyficznym, gdzie z uwagi na charakter wykonywanych usług od wykonawcy oczekuje się sprawnego podejmowania działań. Dopuszczenie możliwości składania ofert nawet na dwie

z trzech części, a co za tym idzie możliwość powierzenia zimowego utrzymania przeważającej części 2/3 miasta wojewódzkiego tylko jednemu wykonawcy, pociągałoby w ocenie Zamawiającego zbyt duże ryzyko na wypadek zaistnienia różnych przeszkód do prawidłowego i należytego wykonania zamówienia leżących po stronie wykonawcy.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że aktualne działania Zamawiającego opierają się m.in. na doświadczeniu zdobytym przy wykonaniu tożsamyh zamówień w latach ubiegłych. Przy prowadzeniu postępowania dotyczącego zimowego utrzymania chodników, przejść dla pieszych i terenów po zapasem drogowym wykonawcy mogli złożyć ofertę maksymalnie na dwie części zamówienia (również z podziałem zamówienia na 3 części).

Podmiot, który finalnie zawarł umowy dotyczące dwóch części zamówienia zmuszony był do korzystania z pomocy podwykonawcy w stosunku do jednej części zamówienia.

Podwykonawcy zostały zlecone prace: odśnieżenia chodników, przejść i terenów poza pasami drogowymi, zwalczania śliskości nawierzchni chodników, przejść i terenów poza pasami drogowymi, zakupu i magazynowania piasku, zapewnienia dyspozycji innych pracowników odpowiedzialnych za należyte wykonanie umowy, a więc roboty stanowiące samo sedno realizacji przedmiotowej umowy.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż w opisanym podmiocie był Koma Białystok Sp. z o.o., t.j. spółka, która działa w ramach jednej grupy kapitałowej z Odwołującym – Koma Olsztyn Sp.

z o.o.

Zamawiający wskazał, że powyższe utwierdza w przekonaniu o słuszności decyzji Zamawiającego w zakresie wprowadzenia stosownego ograniczenia.

Podział zamówienia na części z jednoczesnym zastosowaniem możliwości złożenia oferty wyłącznie na jedną część zwiększa potencjalną szansę otrzymania zamówienia przez danego wykonawcę i co istotne eliminuje zagrożenie, że jeden wykonawca wygra postępowanie we wszystkich lub w większości rejonów miał sięgnie swoisty monopol. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mających przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka wystąpienia na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego lub do wąskiego grona wykonawców. Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców [J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 91].

Zamawiający podkreślił, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, zasada uczciwej konkurencji została w niniejszym postępowaniu zachowana. Każdy wykonawca ma taką samą możliwość, każdy może złożyć ofertę tylko na jedną

(dowolną) część. Wykonawcy przed otwarciem ofert nie wiedzą, ile wykonawców złożyło ofertę na dany rejon. Wybór rejonu, na który dany wykonawca może złożyć ofertę, nie jest obwarowany żadnymi ograniczeniami.

W ocenie Zamawiającego liczba wykonawców, którzy złożyli ofertę w poprzednim roku, nie może stanowić decydującego argumentu przemawiającego za zastosowaniem bądź nie ograniczenia w zakresie możliwości złożenia ofert na jedną bądź kilka części zamówienia. Jest to wyłącznie informacja poglądowa. Co więcej, to zastosowanie przez Zamawiającego przedmiotowego ograniczenia powoduje, że większość liczba wykonawców może otrzymać zamówienie.

Zatem to ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego prowadzi do zapobiegania monopolizacji zamówienia, a jednocześnie w pełni realizuje zasadę przygotowania

i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, a także przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie argumentacja, prowadzi, w ocenie Zamawiającego, do wniosku, iż nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania w części dotyczącej zarzutu numer 1, określone w art. 554 ustawy Pzp, a tym samym nie zasługiwało ono na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów nr 2 i 3, zamawiający oświadczył, że stosownie do artykułu 522 ust. 4 uwzględnił wyżej wymienione zarzuty w całości i zmienił w tym zakresie zapisy zawarte w dokumentacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że modyfikuje treść dokumentacji zamówienia w sposób, który zapewni ekwiwalentność świadczeń stron umowy i będzie przewidywał gwarantowany zakres wynagrodzenia również za okresy, w których wykonawca nie będzie wykonywał czynności określonych szczegółowo w kosztorysie ofertowym z uwagi na panujące warunki atmosferyczne, t.j. Zamawiający zmienia treść załącznika nr 6 do SWZ – Wzory umów (Rejony 1-3) (Załącznik 6.1 Wzór umowy – rejon 1 oraz Załącznik 6.2 Wzór umowy – Rejon 2 i 3) w § 10 ust. 9, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy, który zostanie ustalony w trakcie jej realizacji z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego. Zmniejszenie zakresu nie stanowi podstaw do żadnych roszczeń wykonawcy. Łączne wynagrodzenie otrzymane przez wykonawcę nie może być niższe niż 15% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w ust. 1. W przypadku gdy wynagrodzenie otrzymane przez wykonawcę nie osiągnie ww. wartości, Zamawiający zobowiązany jest do stosownego wyrównania wynagrodzenia wykonawcy w tym zakresie”.

Zamawiający wskazał, że usuwa także zapis § 13 ust. 1 we wzorach umów stanowiących załączniki do SWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk Stron zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz złożone podczas rozprawy przez strony postępowania odwoławczego.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym 2024/2025 na terenie miasta Olsztyna.

Izba ustaliła, że zamówienie zostało podzielone na 3 części:

- 1) Część 1: Rejon 1,
- 2) Część 2: Rejon 2,
- 3) Część 3: Rejon 3.

Zamawiający zastrzegł, że ofertę można złożyć tylko do jednej części zamówienia (Rozdział XX pkt 3 SWZ).

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 6.1. oraz 6.2. do SWZ) Roboty objęte umową będą polegać na następujących pracach:

- 1) odśnieżanie jezdni, chodników, przejść, parkingów i terenów poza pasami drogowymi,
- 2) zwalczanie śliskości nawierzchni jezdni, chodników, przejść, parkingów i terenów poza pasami drogowymi,
- 3) zakup i magazynowanie piasku oraz chlorku magnezu,
- 4) zapewnienie dyspozycyjnych pracowników przez Wykonawcę, odpowiedzialnych za należyte wykonywanie usługi.

Zgodnie zaś z § 10 ust. 2 i 3 wzoru umowy:

2. Wysokość rzeczywistego wynagrodzenia, które otrzyma Wykonawca, będzie wynikać z rzeczywiście wykonanych ilości robót.
3. Wykonawca za wykonane prace będzie otrzymywał wynagrodzenie kosztorysowe według

cen jednostkowych przedstawionych w ofercie (załącznik nr 1 do umowy).

4. Wszystkie zawarte w kosztorysie ofertowym pozycje mają charakter kosztorysowy i uzależnione są od wystąpienia odpadów śniegu lub śliskości zimowej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, dokumentację postępowania oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w zakresie zarzutu nr 1 i 2 odwołania.

Postępowanie odwoławcze zostało przez Izbę umorzone w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.

Zarzut nr 3 odwołania

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania w związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Ponieważ Zamawiający oświadczył, że uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 i usuwa zapis § 13 ust. 1 we wzorach umów stanowiących załączniki do SWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut nr 1 odwołania

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Odnosząc się do zarzutu odwołania związanego z przewidzianym w postanowieniach SWZ– Rozdziale XX pkt 3 – ograniczeniem, które polegało na możliwości złożenia oferty tylko do jednej spośród 3 części zamówienia, które doprowadza do nieuzasadnionego żadnymi okolicznościami ograniczenia konkurencji, Izba wskazuje, że jak wynika z brzmienia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, konsekwencją dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych jest obowiązek zamawiającego określenia ilości części, w odniesieniu do których dopuszcza złożenie oferty przez jednego wykonawcę.

Wprowadzenie ograniczenia (do możliwości złożenia oferty do jednej części zamówienia

- tak jak miało miejsce w niniejszym Postępowaniu) nie może odbyć się w sposób dowolny, musi być oparte na racjonalnych przesłankach (podstawach).

W ocenie Izby, Zamawiający takie racjonalne przesłanki wykazał. Były to: większa gwarancja prawidłowego i należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który całą uwagę, posiadane zasoby osobowe i maszynowe skupić może wyłącznie na jednym rejonie, ryzyko

w wypadku zaistnienia przeszkód do prawidłowego i należytego wykonania zamówienia leżących po stronie wykonawcy.

Zamawiający wskazał również na swoje poprzednie doświadczenia w związku z realizacją zamówienia i koniecznością korzystania przez wykonawcę z usług podwykonawców.

Jak podkreślił Odwołujący konieczność skorzystania z usług podwykonawców była od wykonawcy niezależna, jednakże Izba dostrzegła, że sama konieczność skorzystania z usług podwykonawców z powodu okoliczności dotyczących wykonawcy w stanowić może przeszkodę w prawidłowym i należyтым wykonaniu zamówienia.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w powyższym przypadku nie zostanie naruszona zasada zachowania uczciwej konkurencji – większa liczba wykonawców może otrzymać zamówienia i ograniczyć swoistego rodzaju monopol.

W ocenie Izby, wprowadzenie możliwości ograniczenia ilości części, w których wykonawca może złożyć ofertę, musi być badana przez zamawiającego z uwagi na specyfikę danego zamówienia.

Zamawiający wskazał, że utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym jest zamówieniem specyficznym, gdzie z uwagi na charakter wykonywanych usług od wykonawcy oczekuje się sprawnego podejmowania działań.

Jak wskazał Zamawiający dopuszczenie możliwości składania ofert nawet na dwie z trzech części, a co za tym idzie możliwość powierzenia zimowego utrzymania przeważającej części 2/3 miasta wojewódzkiego tylko jednemu wykonawcy, stanowiłoby zbyt duże ryzyko na wypadek zaistnienia różnych przeszkód do prawidłowego i należytego wykonania zamówienia leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Izby powyższe stanowisko Zamawiającego skłoniło Izbę do uznania, że decyzja Zamawiającego w zakresie ograniczenia możliwości składania ofert tylko w jednej części zamówienia była prawidłowa.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego o tożsamym przedmiocie Zamawiający dopuścił możliwość złożenia ofert w 2 częściach zamówienia, która znajduje potwierdzenie

w dokumentach – Specyfikacjach Warunków Zamówienia w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, wskazanych przez Odwołującego, nie ma w ocenie Izby, znaczenia dla rozpoznania odwołania w zakresie zarzutu nr 1.

Zamawiając z uwagi na specyfikę zamówienia ograniczył możliwość składania ofert w więcej niż jedna część zamówienia i wskazał racjonalne przyczyny, które legły u podstaw takiej decyzji.

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego była prawidłowa, a zasada zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu nie została naruszona.

Wobec powyższego, odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 podlegało oddaleniu.

Zarzut nr 2 odwołania

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 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.

Stosowanie do art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Zgodnie z brzmieniem 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, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 735 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie.

Odwołujący w zakresie zarzutu nr 2 odwołania podniósł, że Zamawiający naruszył przepisy zarówno ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę wszystkie ryzyka związane z wystąpieniem warunków atmosferycznych, warunkujących realizację usług wymienionych w formularzu cenowym, od których wystąpienia w całości jest uzależnione wynagrodzenie wykonawcy, a także nieprzewidzenie minimalnego zakresu zamówienia, które zamawiający przewiduje do realizacji, co jednocześnie uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty.

Odwołujący w związku z powyższym zarzutem sformułował żądanie wprowadzenia postanowień w dokumentacji zamówienia przewidujących częściowo ryczałtowe rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, poprzez wprowadzenie w szczególności w kosztorysie ofertowym pozycji związanej z pozostawianiem wykonawcy w gotowości do świadczenia usługi objętej zamówieniem, w okresie kiedy nie świadczy on czynności określonych szczegółowo w kosztorysie ofertowym.

Zamawiający zmienił treść Załącznika nr 6 do SWZ Wzory umów (Rejony 1-3), który otrzymał brzmienie:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy, który zostanie ustalony w trakcie jej realizacji z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego. Zmniejszenie zakresu nie stanowi podstaw do żadnych roszczeń wykonawcy. Łączne wynagrodzenie otrzymane przez wykonawcę nie może być niższe niż 15% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w ust. 1. W przypadku gdy wynagrodzenie otrzymane przez wykonawcę nie osiągnie ww. wartości, Zamawiający zobowiązany jest do stosownego wyrównania wynagrodzenia wykonawcy w tym zakresie” i oświadczył, że modyfikuje treść dokumentacji zamówienia w sposób, który zapewni ekwiwalentność świadczeń stron umowy i będzie przewidywał gwarantowany zakres wynagrodzenia również za okresy, w których wykonawca nie będzie wykonywał czynności określonych szczegółowo w kosztorysie ofertowym z uwagi na panujące warunki atmosferyczne.

Odwołujący podtrzymał żądanie wprowadzenia postanowień w dokumentacji zamówienia przewidujących częściowo ryczałtowe rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, poprzez wprowadzenie w szczególności w kosztorysie ofertowym pozycji związanej z pozostawianiem wykonawcy w gotowości do świadczenia usługi objętej zamówieniem, w okresie

kiedy nie świadczy on czynności określonych szczegółowo w kosztorysie ofertowym.

Izba stwierdziła, że w związku powyższym zarzut nr 2 odwołania podlegał rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w trakcie postępowania odwoławczego, że Odwołujący nie wykazał konieczności wprowadzenia w kosztorysie ofertowym pozycji związanej z pozostawianiem wykonawcy w gotowości do świadczenia usługi objętej zamówieniem, w okresie kiedy nie świadczy on czynności określonych szczegółowo

w kosztorysie ofertowym, lecz kwestionował poziom wynagrodzenia określonego,

w § 10 ust. 9 w zmienionej treści SWZ - Załączniku nr 6 – Wzory umowy.

Izba wskazuje, że wykonawcom w związku ze zmianą treści SWZ przysługują środki ochrony prawnej.

Izby wskazuje, że zarzuty dotyczące poziomu wynagrodzenia związane z okresem pozostawiania wykonawcy w gotowości do świadczenia usługi objętej zamówieniem nie zostały przedstawione w odwołaniu.

Izba wskazuje, że wskazanie nowych faktów, nawet takich które wyczerpują dyspozycję tego samego przepisu Pzp, jest uznawane za nowy zarzut.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu.

W związku z przedstawionymi powyżej okolicznościami odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust.

2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.).

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszt w wysokości 3.600 zł, poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....