

Warszawa, 17 lipca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **12 lipca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **24 czerwca 2024 r.**

przez wykonawcę: **Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M.K. z siedzibą w Stanicy** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Zabrze w sezonie zimowym 2024/2025 w podziale na części* (DR.260.19.2024.PG)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Zabrze – Miejski Zarząd Dróg z siedzibą w Zabrzu** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego: **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez niego wpisu od odwołania.**

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Miasto Zabrze – Miejski Zarząd Dróg z siedzibą w Zabrzu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Zabrze w sezonie zimowym 2024/2025 w podziale na części* (DR.260.19.2024.PG).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 czerwca 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 113 pod poz.34878.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

24 czerwca 2024 r. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M.K. z siedzibą w Stanicy {dalej: „Dromar” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści SW *Zw zakresie dotyczącym określenia przedmiotu zamówienia i zasad wypłaty wynagrodzenia wykonawcy za jego realizację (brak wynagrodzenia za gotowość).*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy pzp polegające na określeniu przedmiotu zamówienia wszystkich czterech części w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę w zakresie, w jakim za wykonanie przedmiotu umowy ma mieć zapłacone jedynie wynagrodzenie stanowiące iloczyn ilości rzeczywiście wykonanych prac oraz zaoferowanych ryczałtowych cen jednostkowych (z zastrzeżeniem zapłaty za minimum 25 dób Akcji Zima), przy jednoczesnym wymaganiu od wykonawcy utrzymania gotowości do świadczenia usług na określonym poziomie (sprzętu, zespołu, soli i piasku itp.) przez cały okres obowiązywania umowy, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że wynagrodzenie wykonawcy jest nieadekwatne do zakresu świadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę zasad wynagradzania wykonawcy we wszystkich czterech częściach zamówienia polegającą na określeniu wynagrodzenia ryczałtowego za utrzymanie gotowości do świadczenia prac na wymaganym poziomie, płatnego w okresach miesięcznych przez cały okres obowiązywania umowy, w wysokości nie niższej niż iloczyn: 1) kwoty stanowiącej 15% określonej w ofercie stawki za jedną dobę zimowego utrzymania dróg wraz z punktami niewrażliwymi według standardu II dla 1° oraz liczby dni kalendarzowych danego miesiąca, w których nie będzie realizowana Akcja Zima (czynna), ewentualnie 2) wycenianej przez wykonawcę i określonej w ofercie stawki za jedną dobę akcji biernej (gotowość) oraz liczby dni kalendarzowych danego miesiąca, w których nie będzie realizowana Akcja Zima (czynna).

Uzasadnienie odwołania zawiera w szczególności zacytowany poniżej wywód.

(...)

Oczywistym jest przy tym, że utrzymywanie określonego przez Zamawiającego standardu, czyli utrzymania gotowości do świadczenia prac na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, generuje po stronie wykonawcy realne, stałe koszty. Jednakże, zgodnie z SWZ, wykonawcy nie należy się wynagrodzenie z tytułu utrzymywania gotowości do świadczenia usług 24h na dobę.

Wprawdzie zgodnie z SWZ wykonawca ma obowiązek skalkulować część tych kosztów w cenach jednostkowych poszczególnych prac wymienionych w formularzu ofertowym, jednak po pierwsze ceny jednostkowe mają uwzględniać tylko część tych kosztów (punktu dyspozytorskiego), po drugie ceny jednostkowe dotyczą poszczególnych rodzajów prac, dla części których Zamawiający nie określił ilości gwarantowanej (zależne są od decyzji Zamawiającego), a ponadto zasady rozliczenia (w tym za ilość gwarantowaną) powodują że wykonawca nie jest w stanie racjonalnie skalkulować w cenach jednostkowych kosztów świadczenia gotowości (akcji biernej).

Zamawiający wskazał, że w cenach jednostkowych należy skalkulować koszty punktu dyspozytorskiego, jednak należy zwrócić uwagę, że koszty działania punktu dyspozytorskiego mogą dotyczyć akcji czynnej – jeżeli jest prowadzona, jak i akcji biernej – kiedy nie jest prowadzona akcja czynna. Koszty punktu powinny być więc przypisane do właściwej kategorii wymaganych usług, a nie – ujęte zbiorczo w cenach jednostkowych Akcji Zima, czy innych usług.

Ponadto koszty punktu dyspozytorskiego w zakresie akcji biernej, nie stanowią całości kosztów świadczenia gotowości, nie obejmują bowiem kosztów utrzymania pozostałego personelu (na umowę o pracę), bazy magazynowej i sprzętowej, kosztów zakup i magazynowania soli i innych materiałów, kosztów utrzymywania w gotowości wymaganego sprzętu, itp.

Należy też zwrócić uwagę, że Zamawiający wymaga, by uwzględnić koszty punktu dyspozytorskiego w cenach jednostkowych usług, które częściowo nie są objęte gwarantowanym zakresem. Powoduje to, że wykonawca może nie otrzymać wynagrodzenia obejmującego tę część kosztów, które poniósł, a które musiał skalkulować w cenie usług, ostatecznie niezleconych przez Zamawiającego.

Poza Akcją Zima, dla której Zamawiający określił minimalne gwarantowane wynagrodzenie, świadczenie pozostałych usług objętych przedmiotem zamówienia (usługi sprzątnięcia pozimowego oraz przy beśśnieżnej zimie) jest bowiem w całości uzależnione do arbitralnej decyzji Zamawiającego, a Zamawiający nie określił minimalnej ich gwarantowanej liczby, która na pewno zostanie zlecona wykonawcy.

Zgodnie z przytaczanymi postanowieniami dokumentów zamówienia, zlecenie wykonywania usług sprzątnięcia w okresie beśśnieżnej zimy zależy od indywidualnej decyzji Zamawiającego („w przypadku braku opadów śniegu, każdorazowo po uzyskaniu decyzji Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do mechanicznego oczyszczania, zamiatania, posprzątnięcia dróg, zgodnie z przekazaniem przez Zamawiającego odrębnym pismem lub e-mailem terminem realizacji usług”).

Z kolei sprzątnięcie pozimowe wykonywane po zakończeniu sezonu zimowego również uzależnione jest od pisemnego zlecenia Zamawiającego (Decyzja o podjęciu ww. działań należeć będzie wyłącznie do Zamawiającego i zostanie potwierdzona pisemnie). Brak pewności co do świadczenia tych usług powoduje, że wykonawca nie może w nich skalkulować kosztów gotowości, które z pewnością poniesie.

Z kolei tam gdzie wypełniając obowiązek wskazania minimalnego gwarantowanego zakresu świadczenia Zamawiający określił, że wykonawca otrzyma wyrównanie w przypadku nieotrzymania wynagrodzenia za wykonanie 25 dob Akcji Zima, wynagrodzenie to jest skonstruowane w sposób uniemożliwiający skalkulowanie w nim kosztów akcji biernej.

Wynika to przede wszystkim z tego, iż nie wiadomo w jakiej wysokości wynagrodzenie zostanie wypłacone. Wysokość wynagrodzenia zależy bowiem od czynników zewnętrznych nieprzewidywalnych, tj. warunków pogodowych. Jeżeli wykonawca wykona np. 22 doby Akcji Zima, to otrzyma wyrównanie w wysokości wynagrodzenia za trzy doby, jeżeli wykona 25 lub więcej dob Akcji Zima, to wyrównanie to nie będzie w ogóle wypłacone, itd. Taki sposób rozliczania powoduje, że nie wiadomo zatem na jakie jednostki czasu należałoby rozłożyć koszty akcji biernej, która musi być świadczona przez pełne 6 miesięcy obowiązywania umowy. Tym bardziej – co wymaga podkreślenia – że wyrównanie może nie być w ogóle wypłacone.

Uprowadzając ewentualną argumentację Zamawiającego, iż koszty akcji biernej należy skalkulować w kosztach gwarantowanych 25 dob Akcji Zima, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie uwzględnił możliwości odrębnej wyceny 25 pierwszych dob świadczenia Akcji Zima, by tylko w nich uwzględnić świadczenie gotowości. To oznacza, iż koszty gotowości trzeba byłoby rozłożyć na całość przewidywanych przez Zamawiającego Akcji Zima, choć nie wiadomo ile z nich zostanie faktycznie wykonanych, co uniemożliwia racjonalne skalkulowanie tych kosztów w cenie jednostkowej.

Nie mniej istotne jest, że nawet gdyby czysto teoretycznie założyć, że wykonawca miałby, przy tak określonych warunkach rozliczania jak to ujęto w SWZ, możliwość racjonalnego skalkulowania w cenach jednostkowych usług kosztów 6 miesięcy świadczenia gotowości (czemu Odwołujący stanowczo przeczy), to powodowałby to konieczność drastycznego podniesienia tychże cen.

Jednocześnie większość, racjonalnie działających w warunkach tak dużej konkurencji, jak w przypadku przedmiotowych

usług, wykonawców nie podejmie decyzji o znaczącym podwyższeniu cen. W konsekwencji wykonawcy zmuszeni będą przyjąć na siebie ogromne ryzyko, iż koszty gotowości im się nie zwrócą. Mając świadomość tego ryzyka, każdy wykonawca dokonuje innych założeń co do zakresu usług jakie będzie świadczył (choć może danych usług nie świadczyć w ogóle), inaczej ujmie koszty w cenie jednostkowe poszczególnych usług, co może oznaczać przykładowo, że każdy z wykonawców w cenach jednostkowych przyjmie odmienne koszty (w szczególności dotyczące gotowości), a nawet do niektórych w ogóle ich nie wliczy.

W efekcie ceny w ofertach będą zupełnie nieporównywalne.

Należy także bardzo wyraźnie podkreślić, że Zamawiający zastrzegł, że gotowość do świadczenia usług przez wykonawcę powinna uwzględniać również, że „zamawiający w każdym okresie i o każdym czasie ma prawo zażądać podjęcia lub zaprzestania działań przez Wykonawcę w zakresie przewidzianym opisem przedmiotu zamówienia”. A ponadto Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do jednostronnego dowolnego zmniejszenia lub zwiększania zakresu przedmiotu zamówienia w zależności od jego decyzji, co nie zostało wprowadzone jako przesłanka zmiany umowy (§ 1 ust. 12-14 PPU).

Oznacza to, że nawet gdyby wykonawca przyjął jakieś założenia w celu skalkulowania kosztów gotowości w cenach jednostkowych usług, to i tak założenia te mogą okazać się zupełnie chybione, w związku z tym iż Zamawiający przyznał sobie prawo do absolutnie arbitralnego wpływania na ilość działań wykonawcy. Może się to wyrażać zarówno w zmniejszeniu zakresu działań jak i w ich zwiększeniu, np. w ten sposób by wykonawca otrzymał wynagrodzenie wyłącznie w wysokości gwarantowanej, co spowoduje, że nie otrzyma wynagrodzenia pokrywającego koszty pozostawiania w gotowości przez cały okres obowiązywania umowy.

Przyjęty w warunkach zamówienia sposób wyliczenia cen jednostkowych, a następnie wykonywania usług i ich rozliczania powoduje więc, że wykonawca nie posiada żadnej gwarancji, że w ogóle otrzyma jakiekolwiek wynagrodzenie od Zamawiającego za gotowość oraz w jakiej będzie ono wysokości, pomimo konieczności ponoszenia stałych nakładów na zapewnienie gotowości do świadczenia usług.

Obowiązek skalkulowania kosztów utrzymania standardu prac na wymaganym przez Zamawiającego poziomie w cenach jednostkowych poszczególnych czynności, przy jednoczesnym przyjęciu, że realizacja tych czynności jest w rzeczywistości niepewna oraz przy braku możliwości wyodrębnienia ceny za gotowość, skutkuje tym, że:

- wliczenie ww. kosztów w cenie jednostkowe jest niemożliwe, bowiem wykonawca nie wie na jakie rodzaje prac i jaką liczbę jednostek poszczególnych rodzajów prac powinien rozłożyć owe koszty,
- wykonawca może nie otrzymać żadnego wynagrodzenia pokrywającego choćby częściowo koszty wymaganego przez Zamawiającego świadczenia, jakim jest pozostawianie na odpowiednim poziomie gotowości do realizacji prac.

(...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 11 lipca 2024 r. wniósł o jego oddalenie, i ustosunkował się merytorycznie do zarzutów i żądań odwołania, w tym wniósł o przeprowadzenie załączonych dowodów, oraz poinformował o wprowadzonych po wniesieniu odwołania zmianach treści SWZ.

Zamawiający w ramach posumowania, wywiódł, co następuje:

Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w zakresie każdej z części zamówienia, w tym projektowane postanowienia zamówienia odrębne dla każdej z części zamówienia, umożliwia potencjalnym wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnia, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób rozumieją przedmiot zamówienia, co w konsekwencji pozwala im na sporządzenie rzetelnej kalkulacji cenowej tzn. uwzględniającej wszystkie nakłady, które wykonawca musi ponieść na ich realizację z uwzględnieniem ryzyk związanych z przedmiotem zamówienia oraz założeniem osiągnięcia zamierzonego zysku, a następnie złożenie ofert uwzględniających zakres przedmiotu zamówienia i wszystkie wchodzące w jego skład elementy i wymagania związane z jego realizacją.

Sporządzony przez Zamawiającego opis dostarcza wykonawcom kompletną i zrozumiałą informację o wszystkich aspektach danej części zamówienia, umożliwiając tym samym dokonanie pełnej i rzetelnej oceny ryzyk związanych z jego wykonaniem, a przy tym cała treść dokumentacji Postępowania jest zgodna z przepisami ustawy Pzp, w szczególności

z art. 99 ust. 1 i 4 oraz 433 pkt 4), jak również Kodeksem Cywilnym.

Żadne z zapisów opisu przedmiotu zamówienia nie prowadzą do pominięcia reguł uczciwej konkurencji, co zarzuca Zamawiającemu Odwołujący, a świadczą o tym podniesione w niniejszej odpowiedzi argumenty oraz dowody.

Wprowadzony w treści projektowanych postanowień umowy mechanizm jednostronnego zmniejszenia lub zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia dotyczy wyłącznie sytuacji nieprzewidzianych (np. zmniejszenia powierzchni utrzymania zimowego lub powierzchni do utrzymania przy bezśnieżnej zimie w przypadku realizacji robót budowlanych/prac remontowych na drodze lub odcinku drogi ujętej w Wykazie), co ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa użytkownikom ruchu drogowego, jak również zabezpieczenie pojazdów Wykonawcy i pracowników Wykonawcy obsługujących te pojazdy, a w przypadku zwiększenia powierzchni utrzymania zimowego dotyczy w szczególności np. zmiany kategorii

drogi z wewnętrznej na publiczną lub oddania nowej drogi do użytkowania). Powyższe zostało doprecyzowane w piśmie 6931w/2024 z dnia 10 lipca 2024 roku, opublikowanym w dniu 11 lipca 2024 roku.

Dowód nr 11: Pismo Zamawiającego nr 6931w/2024 z dnia 10 lipca 2024 roku – zmiana treści SWZ wraz z ogłoszeniem i zrzutami ekranu potwierdzającymi zamieszczenie dokumentów do publicznej wiadomości w dniu 11 lipca 2024 roku.

Izba ustaliła i zważyła jako istotne, co następuje:

Po pierwsze, brzmienie przepisów ustawy pzp, których naruszenie zarzucono Zamawiającemu w odwołaniu:

- 1.Art. 99 ust. 1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
- 2.Art. 99 ust. 4. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić 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 prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*
- 3.Art. 16. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny.*

Po drugie, tzw. zwięzłe przytoczenie zarzutu na wstępie odwołania [patrz powyżej] nie konstruuje normy prawnej, której hipoteza i dyspozycja obejmowałaby wszystkie powyżej przytoczone przepisy. Nie ulega to zmianie w uzasadnieniu odwołania, gdzie za reprezentatywny należy uznać akapit definiujący pod względem prawnym zachowanie oczekiwane od każdego zamawiającego: *Cytowane normy prawne ustanawiają reguły, zgodnie z którymi opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów i wymagań związanych z jego realizacją. Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia, tak by wykonawcy byli w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować zakres świadczenia i dokonać jego rzetelnej wyceny. Rzetelna wycena przedmiotu zamówienia to z kolei taka, która uwzględnia nakłady, które wykonawca musi ponieść na ich realizację z uwzględnieniem normalnych ryzyk związanych z przedmiotem zamówienia oraz zapewnia mu osiągnięcie zysku. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia (...) ma dostarczyć wykonawcom kompletną i zrozumiałą informację o wszystkich aspektach danego zamówienia, tak aby mieli możliwość dokonania pełnej i rzetelnej oceny ryzyk związanych z jego wykonaniem, a w konsekwencji także możliwość podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie danego zamówienia oraz należytej kalkulacji ceny oferty. Opłacalność realizacji przedmiotu zamówienia oraz osiągane zyski nie mogą być całkowicie uzależnione od arbitralnych decyzji Zamawiającego podejmowanych już na etapie realizacji zamówienia, gdyż takie skonstruowanie SWZ z łatwością prowadzi do pominięcia reguł uczciwej konkurencji* [patrz str. 11. odwołania]. Abstrahując od ostatniego zdania, które nie przystaje logicznie i treściowo do poprzednich, jest to wywód prawny odnośnie postulowanego rozumienia normy opartej wyłącznie o przepis art. 99 ust. 1 pzp. Potwierdzeniem tego jest kolejne zdanie opatrzone przypisem, w którym zacytowano i podkreślono zdania wprost wskazujące na art. 29 ust. 1 poprzedniej ustawy pzp (odpowiednika art. 99 ust. 1 ustawy pzp).

Po trzecie, zestawienie we wspomnianym przypisie [którego brzmienie zostało poniżej zacytowane] pojedynczych zdań wyrwanych z kontekstu całości uzasadnień dwóch wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, a tym samym w oderwaniu od ustalonego w tamtych sprawach stanu faktycznego, nie tworzy jeszcze wyvodu prawnego, który mógłby być uznany za istotny w rozpoznawanej sprawie [KIO 2730/17: *Naruszenie art. 29 ust. 1 pzp następuje co do zasady w sytuacjach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia (w szerokim znaczeniu – a więc również np. warunków realizacji umowy) w sposób niekompletny, niedokładny, niezrozumiały czy wewnętrznie sprzeczny. KIO 1331/19: Stosownie do art. 29 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia opisuje się m.in. uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Bez wątpienia sposób obliczenia ceny jest istotnym elementem określającym wymagania dotyczące sporządzenia oferty i w tym znaczeniu składa się na opis przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wymagania w tym zakresie muszą być określone zgodnie z art. 29 pzp*]. Tym bardziej, że cytaty okazały się być dobrane tendencyjnie. Odwołujący skrzętnie przemilczał bowiem, że w sprawie sygn. akt KIO 2730/17 z następnego zdania wynika, że Izba uznała wskazywanie na art. 29 ust. 1 pzp za bezprzedmiotowe w kontekście podnoszonych zarzutów, więc nie zajmowała się interpretacją tego przepisu. Z kolei w sprawie sygn. akt KIO 1331/19 Izba nie dopatrzyła się naruszenia tego przepisu.

Po czwarte, treść przytoczonych *in extenso* postanowień SWZ odnośnie obowiązków wykonawcy dotyczących utrzymania gotowości do świadczenia prac na wymaganym poziomie [patrz str. 4.-10. odwołania], nie prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, dostatecznie dokładny i zrozumiały czy nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wręcz przeciwnie, jak zostało to podsumowane w innym miejscu odwołania: *W SWZ Zamawiający określił szereg szczegółowych wymagań co do wykonania przedmiotu zamówienia, dotyczących nie tylko samej realizacji czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg i ich sprzątnięciem w okresie bezśnieżnej zimy, czy po sezonie zimowym (tj. wykonywania czynności odśnieżania, posypywania nawierzchni piaskiem i solą, usuwania śliskości, sprzątnięcia itd.), ale także obowiązki wykonawcy związane z przygotowaniem do realizacji zamówienia i pozostawianiem wykonawcy w gotowości do świadczenia tychże usług na odpowiednim poziomie (tzn. na poziomie gwarantującym spełnienie wymagań Zamawiającego co do sposobu wykonania ww. czynności) w tym konieczności zapewnienia niezbędnych materiałów chemicznych i nie chemicznych, sprzętu, oprogramowania, personelu, w tym zatrudnionego na umowę o pracę, bazy magazynowej, całodobowego punktu dyspozytorskiego z określonymi całodobowymi obowiązkami, gotowości do pracy 24 godziny na dobę, przeszkolenia pracowników Zamawiającego itp. (Załącznik nr 1 do SWZ dla każdej części zamówienia) [patrz drugi akapit na str. 12. odwołania].*

Po piąte, odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności podpadających pod normę prawną wynikającą z art. 99 ust. 4 pzp, pomimo wskazania tego przepisu na wstępie odwołania. Zawarte w nim uregulowanie stanowi uszczegółowienie w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zasad udzielania zamówień publicznych z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp, które nakazują każdemu zamawiającemu m.in. właśnie przygotowanie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (oraz równe traktowanie wykonawców) i proporcjonalny. Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbieżną regulację w art. 29 ust. 2 i 3, generalnie zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa co do interpretacji normy prawnej zakazującej opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przy czym *de lege lata* z końcowej części przepisu wprost wynika, że chodzi o wyeliminowanie zarówno uprzywilejowania, jak i wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Po szóste, w końcowej części uzasadnienia odwołania pojawia się na zasadzie *deus ex machina* następujący akapit: *Należy też zwrócić uwagę, że w myśl art. 353¹ Kodeksu cywilnego, postanowienia umowne nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ramach pojęcia zasad współżycia społecznego mieszczą się zaś zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym stoi w sprzeczności z wymienionymi zasadami i zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Wskazać również należy, że umowy w sprawie zamówienia publicznego są umowami wzajemnymi, które mają charakter odpłatny i powinny zapewniać ekwiwalentność świadczeń obu stron. W sytuacji, gdy wykonawca ponosi nakłady, pozostając w gotowości do świadczenia usługi, udostępnia Zamawiającemu niezbędne w okresie gotowości usługi nie otrzymując za to wynagrodzenia, dochodzi do naruszenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i braku ekwiwalentności świadczeń [patrz str. 15. odwołania]. O ile ostatnie z przywołanych niczego nie wykazuje w kontekście ze wszech miar słusznych acz generalnych poprzedzających je wywodów prawnych, o tyle uwidacznia wewnętrzną niespójność odwołania co do kwalifikacji prawnej zaskarżonej czynności.*

Po siódme, żadna z tych konkurencyjnych prawnych nie przystaje do podstawy faktycznej głównego (a *de facto* jedyne) zarzutu odwołania, który sprowadza się do braku akceptacji sytuacji, w której koszt pozostawania w gotowości do świadczenia usług trzeba uwzględnić w ramach wyceny ich świadczenia, a nie odrębnie. Tymczasem o ile takie oczekiwanie ma racjonalne podstawy i niewątpliwie byłoby dogodniejsze dla wykonawców, o tyle nieuczynienie mu zadość nie oznacza, że Zamawiający naruszył którekolwiek z przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności zupełnie nieprzekonujący jest argument o tzw. nieporównywalności ofert, który przewija się wielokrotnie w uzasadnieniu odwołania. Przy wyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia każdy z wykonawców jest tak samo traktowany i może adekwatnie wycenić jego realizację w ramach pozycji formularza oferty przewidzianych przez Zamawiającego. Najlepiej o tym świadczy niesporny fakt, że w uprzednio prowadzonych na analogicznych warunkach postępowaniach zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący wielokrotnie składali oferty, a nawet realizowali umowy na rzecz Zamawiającego.

Po ósme, jednocześnie Odwołujący nie wykazał choćby cienia inicjatywy dowodowej dla wykazania następująco sformułowanego w odwołaniu twierdzenia: *Odwołujący był wykonawcą wielu umów obejmujących usługi związane z zimowym utrzymaniem dróg w poprzednich sezonach, stąd posiada wiedzę o realnych kosztach jakie wiąże się z utrzymywaniem gotowości do świadczenia tych usług i aktualnych cenach rynkowych. Wstępna estymacja kosztów związanych z utrzymaniem gotowości do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, w oczekiwanym przez niego standardzie i dla pełnego zakresu świadczenia, wskazuje, że miesięczne koszty stałe związane z pozostawianiem wykonawcy w gotowości wynoszą od kilkudziesięciu tysięcy złotych i mogą przekroczyć kwotę 100.000 zł (koszty związane z zatrudnieniem personelu na umowę o pracę, szacowane koszty zakupu środków chemicznych, utrzymywaniem sprzętu, urządzeń, oprogramowania, dysponowaniem bazą dyspozytorską oraz magazynem), a łączne szacowane koszty przez okres realizacji umowy mogą przekroczyć kwotę kilkuset tysięcy złotych dla każdej z części. Z powyższego wynika, że Odwołujący poniesie znaczącą stratę jeżeli nie będzie otrzymywał gwarantowanego*

wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usług. Odwołujący nie może oczekiwać bezkrytycznego przyjęcia na wiarę przez Izbę tego typu twierdzeń, a żadnych danych, które pozwalałyby na ich zweryfikowanie nie przedstawił.

Po dziewiąte, stan rzeczy w sprawie jest taki, że z jednej strony Zamawiający wykreślił z SWZ kontrowersyjne i budzące wątpliwości postanowienie, o którym była mowa w uzasadnieniu odwołania (dotyczące części I i II), w brzmieniu: *Za usługi nie wykonane Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie. Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy za czas kiedy nie było wymagane prowadzenie prac z uwagi na nie zaistnienie przesłanek dla 1 lub 2 stopnia zagrożenia zimowego, w okresie bezśnieżnej zimy, oraz w przypadku kiedy faktycznie nie były prowadzone działania przypisane do 1 lub 2 stopnia zagrożenia zimowego.*

Z drugiej strony w odniesieniu do każdej z czterech części zmienił na korzyść wykonawcy wspomniane w uzasadnieniu odwołania warunki umowy określające wysokość wynagrodzenia gwarantowanego wykonawcy zamówienia [poniżej pominięto dane określające powierzchnię i standard odrębnie wyspecyfikowane dla każdej części]:

W przypadku, gdy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca nie uzyska wynagrodzenia za zimowe utrzymanie dróg wraz z punktami newralgicznymi (...) stanowiącego równowartość 37 [było 25] dób zimowego utrzymania dróg wraz z punktami newralgicznymi – utrzymanie wg standardu (...) (obliczonego jako suma wynagrodzenia netto za 28 [było 18] dób utrzymania zimowego dróg wraz z punktami newralgicznymi na powierzchni (...) według standardu (...) dla (...) według stawek wynikających z oferty Wykonawcy i 9 [było 7] dób utrzymania zimowego dób utrzymania zimowego dróg wraz z punktami newralgicznymi na powierzchni (...) według standardu (...) według stawek wynikających z oferty Wykonawcy), Zamawiający w terminie do 30 dni po podpisaniu ostatniego protokołu odbioru i zsumowaniu należnego Wykonawcy wynagrodzenia za przedmiot umowy sporządzi protokół wyrównania. Do wyliczonej w ten sposób kwoty Wykonawca wystawiając fakturę doliczy podatek od towarów i usług według obowiązującej stawki.

Jednocześnie Zamawiający poczytał powyższą regulację za uczynienie zadość wymaganiu określönemu w art. 433 pkt 4 ustawy, tj. za określenie minimalnej wielkości świadczenia stron, jak to wskazał w ramach dodatkowych informacji do opisu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych części.

Powyższe zmiany czynią bezprzedmiotowym zacytowany powyżej z uzasadnienia odwołanie wywód, abstrahując od tego, że nie zawiera on okoliczności podpadających pod hipotezę norm prawnych wynikających z art. 99 ust. 1 pzp, a tym bardziej art. 99 ust. 4 pzp. Okoliczność, że niektórzy inni zamawiający faktycznie stosują ryczałtowe wynagradzanie wykonawców za usługę pozostawania w gotowości w okresie zimowym nie oznacza, że odmienne rozwiązanie stosowane od lat przez Zamawiającego może być poczytane za naruszające którykolwiek z przepisów wskazywanych w odwołaniu, a więc również i art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Natomiast zawite wywody zawarte w odwołaniu świadczące o krytycznym stosunku Odwołującego do tego rozwiązania co najwyżej przekonują, że jest ono mniej dogodne dla wykonawców. Nie ma to jednak znaczenia w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia dostarcza potencjalnym wykonawcom kompletne i zrozumiałe informacje o wszystkich aspektach tego zamówienia, a zatem daje możliwość dokonania kompleksowej i rzetelnej oceny ryzyk związanych z jego wykonaniem przy kalkulacji ceny oferty, w tym uwzględnienia kosztów pozostawania w gotowości do wykonywania czynności w ramach pozycji formularza przewidzianych przez Zamawiającego.

Po dziesiąte, konieczne stało się także zaznaczenie, że okoliczności faktyczne i prawne podniesione przez Odwołujących dopiero na rozprawie, choćby w ramach odniesienia się do odpowiedzi na odwołanie, nie mogły być wzięte pod uwagę z uwagi na specyfikę postępowania odwoławczego wynikającą z uregulowania zawartego w art. 555 ustawy pzp (poprzednio w art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.), zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Innymi słowy niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp.

Jak to trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23]: *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww.*

przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść.

Takie stanowisko jest konsekwentnie prezentowane przez Izbę. Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [z uzasadnienia wyroku z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazania przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany [z uzasadnienia wyroku z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [z uzasadnienia wyroku z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp oraz § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437), obciążając nimi Odwołującego.