Sygn. akt: KIO 1357/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 roku przez *wykonawcę Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Konserwacja Terenów Zielonych J.W.*
z siedzibą w Bytomiu
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Bytom, Miejski Zarząd Dróg i Mostów

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
   - zarzutu nr 5 tj. naruszenia art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z określeniem kryteriów poza cenowych w sposób nie odnoszący się do jakości oraz w sposób niejednoznaczny i nie pozwalający na porównanie poziomu oferowanego zamówienia,
   - zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustaw Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego
   w odniesieniu do określenia gwarantowanego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie min. 80% zakresu prac lub wykreślenia z postanowień specyfikacji warunków zamówienia obowiązków wykonawcy w zakresie opisanym
   w SOPZ – załącznik nr 1 do SWZ jako Podstawowe obowiązki Wykonawcy – punkt III – polegające na zapewnieniu na wyłączność Zamawiającego stałego i całodobowego kontaktu telefonicznego osoby odpowiedzialnej za realizację zamówienia z ramienia wykonawcy, a także utrzymanie w gotowości technicznej sprzętu, a także wykreślenie zastrzeżenia zawartego w SOPZ – Załącznik nr 1 do SWZ polegającego
   na możliwości zlecenia prac interwencyjnych, które nie będą wliczone do wydajności w ramach złożonej oferty poprzez zlecenie, które winno być realizowane nie później niż w terminie 3 godzin od otrzymania zgłoszenia w dowolnym momencie.
2. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu:
   - w zakresie zarzutu 2 uzupełnienie postanowień SWZ w zakresie prawa opcji,
   w Rozdział IV SWZ - opis przedmiotu zamówienia, o określenie okoliczności skorzystania z prawa opcji,
   - w zakresie zarzutu 3 uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o jednoznaczne, precyzyjne wskazanie terenów objętych przedmiotem zamówienia.
   W pozostałym zakresie zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.
2. Kosztami postępowania obciąża *wykonawcę Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu i Zamawiającego Gminę Bytom, Miejski Zarząd Dróg i Mostów*:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu* tytułem wpisu od odwołania,
   kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę *Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego *Gminę Bytom, Miejski Zarząd Dróg i Mostów* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2 zasądza od wykonawcy *Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu* na rzecz Zamawiającego *Gminy Bytom, Miejski Zarząd Dróg i Mostów* kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego *Gminę Bytom, Miejski Zarząd Dróg i Mostów* stosownie do wyniku postępowania,
   2.3 zasądza od Zamawiającego *Gminy Bytom, Miejski Zarząd Dróg i Mostów* na rzecz wykonawcy *Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Konserwacja Terenów*

Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: wykonawcę *Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą*

w Bytomiu stosownie do wyniku postępowania.

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.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1357/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą ***Letnie***
i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni poza pasem drogowym na terenie miasta Bytomia na okres 12 miesięcy w podziale na zadania"
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
Pod numerem 13561-2024; Numer wydania Dz.U. S: 72/2024; Data publikacji: 11/04/2024.
.

W dniu 22 kwietnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie
art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i pkt. 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt. 1 ustawy ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605
ze zm.; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu polegających niezgodnym z obowiązującymi przepisami prawa ukształtowaniu postanowień SWZ.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 1 w związku z art. 242 ust. 1 ustawy , oraz art. 226 ustawy przez wskazanie w treści SWZ, że Zamawiający nie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta może przedstawiać najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny w związku z regulacją w rozdziału XXIV pkt. 3 i 4 SWZ,

2)naruszenia art. 441 ustawy w związku z brakiem precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych w zakresie okoliczności skorzystania z prawa opcji,

3)naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to poprzez brak podania informacji co do miejsca wykonywanych usług

i sprecyzowania zakresu wykonywanych usług – tj. przekazanie jedynie map obszaru, bez podania konkretnych ilości i wielkości zakresu dla poszczególnych lokalizacji,

a zatem w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także wprowadzenia postanowień, które dają Zamawiającemu nieograniczone możliwości i dowolność zmiany zakresu, ilości

i miejsca wykonywania usług bez sprecyzowania okoliczności w tym zakresie,

4)naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) KC w zw.

z art. 5 KC przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy

i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z realizacją zamówienia, wobec takiego ukształtowania postanowień projektu Umowy oraz SOPZ, który pozostawia po stronie Zamawiającego dowolność decydowania o zlecaniu usług w ramach przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym postawieniu wymagań dot. gotowości zarówno personelu jak i sprzętu do działania bez uzyskiwania wynagrodzenia za czas gotowości, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353(1) kodeksu cywilnego,

5)naruszenie art. 240 ust. 1 i ust. 2 uPzp w związku z określeniem kryteriów poza cenowych w sposób nie odnoszący się do jakości oraz w sposób niejednoznaczny

i nie pozwalający na porównanie poziomu oferowanego zamówienia,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

-nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz dokumentów zamówienia,

w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, tj.:

1) nakazanie wykreślenia postanowień pkt. 3 i 4 rozdziału XXIV SWZ,

2) nakazanie sprecyzowania postanowień swz i projektu umowy co do okoliczności skorzystania z prawa opcji,

3) nakazania uzupełnienia i doprecyzowania postanowień swz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (SOPZ) w zakresie wskazania konkretnych informacji

nt. lokalizacji poszczególnych obiektów, na których mają być wykonywane usługi,

a także zakresu, w jakim mają być te usługi wykonywane na poszczególnych obiektach. Wykazanie zakresu w odniesieniu do zaplanowanych czynności poprzez podział na chodniki z uwzględnieniem harmonogramu, podwórza, prześwity

z uwzględnieniem harmonogramu, trawniki, żywopłoty, krzewy, karpiny

do karczowania, rabaty mieszane, drogi osiedlowe z uwzględnieniem harmonogramu i inne elementy, które należy wycenić i uwzględnić w późniejszej realizacji umowy.

4) określenie gwarantowanego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia

na poziomie min. 80% zakresu prac lub wykreślenie z postanowień SWZ obowiązków wykonawcy w zakresie opisanym w SOPZ – załącznik nr 1 do SWZ jako Podstawowe obowiązki Wykonawcy – punkt III – polegające na zapewnieniu na wyłączność Zamawiającego stałego i całodobowego kontaktu telefonicznego osoby odpowiedzialnej za realizację zamówienia z ramienia wykonawcy, a także utrzymanie w gotowości technicznej sprzętu, a także wykreślenie zastrzeżenia zawartego

w SOPZ – Załącznik nr 1 do SWZ, strona 2 polegającego na możliwości zlecenia prac interwencyjnych, które nie będą wliczone do wydajności w ramach złożonej oferty poprzez zlecenie, które winno być realizowane nie później niż w terminie 3 godzin od otrzymania zgłoszenia w dowolnym momencie.

5) zmiany w zakresie kryterium ceny i ustalenie jej na poziomie 60% przy jednoczesnej zmianie kryterium opisanego jako „Wydajność koszenia" i „Wydajność grabienia" na kryterium jakościowe oparte na sztuce ogrodniczej.

6) orzeczenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika. Zwrotu na rzecz Odwołujących kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione przez Odwołujących z tytułu wpisu od niniejszego odwołania.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący planuje wziąć udział w postępowaniu, w przedmiocie którego składa odwołanie. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO biorąc pod uwagę brzmienie art. 505 ust. 1 ustawy, chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy. Przesłanką legitymacji do wniesienia odwołania jest również możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jednocześnie w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy szkoda po stronie odwołującego może polegać na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty zgodnej ze wszystkimi postanowieniami swz. W rezultacie odwołujący nie będzie mógł uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku.

<u>W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:</u>

Odwołujący podał, że w efekcie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz publikacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania SWZ oraz pozostałych dokumentów zamówienia, Odwołujący po zapoznaniu się z ich treścią wskazuje na niezgodność postanowień z zasadami prowadzenia postępowania oraz przepisami prawa.

W odniesieniu do sformułowanych zarzutów, Odwołujący wskazał jak niżej:

1. Wprowadzenie dodatkowego kryterium oraz ustanowienie prawa do odrzucenia oferty pomimo, że jest to oferta najkorzystniejsza w rozumieniu art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w rozdziale XVIII opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie oceniał oferty na podstawie dwóch kryterium ceny oraz dwóch kryteriów poza cenowych tj. „wydajność koszenia" i „wydajność wygrabiania liści".

Jednocześnie w pkt. 4 rozdziału XXIV wskazał:

W tym samym rozdziale SWZ dopuścił składanie ofert w każdym z 5-ciu zadań stanowiących przedmiot zamówienia (pkt. 1 i 2). Jednakże już w pkt. 3 wskazuje, że:

W pkt. 4 wprowadził postanowienia, za pomocą których zamierza wyeliminować, oferty, pomimo że mogą to być oferty najkorzystniejsze, wprowadzając nieznane w ustawie kryterium szacunkowej wartości zamówienia. Według takiego kryterium będzie ustalany końcowy ranking ofert. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji, w której np. wykonawca składając zgodnie z postanowieniami SWZ oferty na 5 zadań we wszystkich pięciu zadaniach złoży ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ, po czym w dwóch zadaniach na skutek postanowień pkt. 3 i 4

rozdziału XXIV SWZ zostanie wybrana oferta wykonawcy, którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a ponadto w rankingu ofert zajmuje drugą pozycję (a więc nie jest ofertą najwyżej ocenioną).
W związku z tak ukształtowanymi postanowieniami SWZ nie wiadomo co zamawiający zamierza zrobić z ofertą najkorzystniejszą – Czy zamierza ją odrzucić ?, a jeśli tak to
na jakiej podstawie ?
Ponadto nie jest możliwe, aby wybrać ofertę z drugiego miejsca, podczas gdy
w postępowaniu jest oferta innego wykonawcy, niepodlegająca odrzuceniu, uzyskująca najwyższą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Trudno odnaleźć w przepisach ustawy jakiekolwiek regulacje pozwalające na dokonywanie rankingu ofert w oparciu
o szacunkową wartość zamówienia. Skoro oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans
i nie ma powodów do jej odrzucenia to jest ofertą najkorzystniejszą i z wykonawcą, który złożył taką ofertę powinna zostać zawarta umowa. W konsekwencji zdaniem Odwołującego wadliwych postanowień SWZ wynik postępowania nie doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty. Ranking jaki „wymyślił sobie Zamawiający" jest sprzeczny z ustawą i nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji może prowadzić
do sytuacji, w której z wykonawcą, który złoży ofertę najkorzystniejszą (wykonawca X),
nie zostanie podpisana umowa (bowiem zamawiający zgodnie z własnym rankingiem podpisze ją z ofertą skalsyfikowaną na drugim miejscu- wykonawca Y) – co zdaniem Odwołującego jest sprzeczne z prawem, prowadzi do wyboru oferty drugiej w klasyfikacji.
Ponadto mając na uwadze postanowienia SWZ o swobodnym i niemalże nieograniczonym ustalaniu zakresu jakie będą zlecane na etapie realizacji umowy, to obiektywnie „gorszy wykonawca" może „zarobić więcej", a więc uzyskać lepszy kontrakt niż wykonawca X
(nie wybrany w oparciu o ranking Zamawiającego). Zdaniem Odwołującego obecne postanowienia SWZ zmierzają do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych oraz naruszenia przepisów prawa, nie gwarantują uczciwego wyboru Wykonawcy, a także naruszają dyscyplinę finansów publicznych przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.
W związku z czym wnosimy o wykreślenie postanowień pkt. 3 i 4 z rozdziału XXIV.

3.Naruszenie przepisów prawa co do braku określenia okoliczności skorzystania
z prawa opcji.

Warunkiem skorzystania z opcji jest sformułowanie zrozumiałych, precyzyjnych
i jednoznacznych postanowień umownych, które w szczególności będą określać rodzaj
i maksymalną wartość opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji (art. 441 uPzp). Warunek sformułowania zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych wymaga od Zamawiającego „przewidzenia" skorzystania z możliwości prawa opcji przez zawarcie właśnie takich jednoznacznych i zgodnych z prawem postanowień w treści umowy. Postanowienia umowne muszą zatem m.in. określać okoliczności skorzystania z opcji.
Są to informacje niezbędne dla możliwości skorzystania z takiego prawa. Postanowienia umowne muszą zawierać informację co do okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z opcji, w tym m.in. o tym pod jakimi warunkami Zamawiający może skorzystać
z prawa opcji. W SWZ i projekcie umowy brak jest jakichkolwiek postanowień w tym zakresie, Zamawiający nie podał żadnych okoliczności, które Wykonawca dokonując składania oferty i podpisania umowy może brać pod uwagę lub przewidywać,
że ich zaistnienie spowoduje zlecenie usług w ramach prawa opcji. Zamawiający zatem może dowolnie bez żadnej kontroli nie zlecać usług w ramach prawa opcji lub wręcz przeciwnie nie wykorzystując zakresu usług w ramach zamówienia podstawowego w sposób dowolny korzystać z prawa opcji. Tym samym wykonawca jako strona umowy nie ma żadnych możliwości kontrolowania decyzji i działań Zamawiającego.
W treści SWZ w części dot. „Prawo opcji" Zamawiający wskazuje, że ewentualne skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji będzie polegało na przekazaniu przez Zamawiającego wykonawcy pisemnego oświadczenia w przedmiocie z korzystania z tego prawa z podaniem zakresu wielkości prac na warunkach określonych w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ. Załącznik nr 2 do SWZ projektowane postanowienia umowy, co do prawa opcji zawiera dokładnie te same postanowienia co postanowienia zawarte w SWZ, a zatem nie definiuje żadnych okoliczności, które mogłyby być przyczyną zlecenia usług w ramach prawa opcji. W związku z tym działania zamawiającego są niekontrolowane, co narusza zasady równowagi stron umowy, a przede wszystkim stanowi

naruszenie przepisów prawa poprzez brak określenia okoliczności jaki zaistnienie uruchomi prawo opcji. W szczególności brak doprecyzowania okoliczności, w której będzie możliwe skorzystanie z prawa opcji budzi dodatkowe wątpliwości w obliczu postanowień projektowanych umowy związanych z ograniczeniem przez zamawiającego możliwości wykonania zamówienia podstawowego aż o 40%. Z jednej strony ograniczenie zakresu podstawowego sugeruje, że być może zamawiający nie będzie miał tak dużych potrzeb, a jednocześnie określa możliwość korzystania z prawa opcji, co jest działaniem wzajemnie wykluczającym się. Przy czym prawo opcji to w rzeczywistości powtórzenie zamówienia podstawowego o 100%. Biorąc pod uwagę zapowiadane ograniczenie wykonania zamówienia podstawowego to tak naprawdę planowane zamówienie w 2/3 to prawo opcji. Mając na uwadze powyższe wnosimy o nakazanie doprecyzowania przez Zamawiającego okoliczności jakich zaistnienie spowoduje skorzystania z prawa opcji.

3. Naruszenie art. 99 ust. 1 w zakresie niejednoznaczności Opis Przedmiotu Zamówienia i innych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie braku zagwarantowania minimalnego zakresu pracy przy jednoczesnym nałożeniu

na wykonawcę szeregu wymagań, których spełnienie generuje koszty.

W niniejszym postępowaniu zamawiający w treści SWZ wskazał, że:

Odwołujący podał, że po zapoznaniu się z treścią dokumentów stanowiących OPZ wskazać należy, że jest on opisany lakonicznie, nie zawiera wszystkich elementów, które w sposób realny umożliwiają zapoznanie się z zakresem obowiązków przyszłego wykonawcy,

co w konsekwencji powoduje, brak możliwości należytego wyszacowania wartości oferty.

Zamawiający do SWZ w ramach określenia zakresu terytorialnego świadczonych usług dołączył jedynie poglądowe mapy rejonów bez załączenia wykazu terenów, lokalizacji skwerów, zieleńców, wspólnot mieszkaniowych, podwórek, chodników, prześwitów, skupin krzewów i żywopłotów, a więc de facto nie wskazując ani konkretnych lokalizacji ani rodzajów terenów na danym rejonie, co ma wpływ na wycenę przyszłych usług. Według doświadczenia Wykonawcy takich lokalizacji w rejonie jest kilkaset. Co ważne większość lokalizacji na wspólnotach mieszkaniowych ma ograniczony dostęp z uwagi na brak dojazdu i ewentualne wykonywanie na nich usług wiąże się z utrudnieniami i koniecznością wynoszenia odpadów np. skoszonej trawy czy odpadów komunalnych przez klatki schodowe czy prześwity. Odpady takie muszą być pakowane i przenoszone przez pracowników. Część trawników jest trudno dostępna, nachylona, wymaga innej wyceny prac. Podobnie w okresie zimowym zabezpieczenie przed śliskością np. piasek musi być donoszony wiadrami z uwagi na niemożliwość dojazdu. Wnioskowane więc informacje mają istotne i kluczowe znaczenie dla określenia ceny oferty.

Zamawiający zadeklarował jedynie, że:

Bez wątpienia zatem brak jest istotnych informacji dot. opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zgodnie z ww. postanowieniami będzie miał prawo do nieograniczonego

w zakresie ilości jak i częstotliwości zmian w zakresie zlecania wykonywanych robót.

W treści SWZ oprócz wyżej wskazanych postanowień znajdują się także takie postanowienia jak:

Jest to kolejne postanowienie w żaden sposób nie ograniczające możliwych zmian przez Zamawiającego, co do rodzaju i krotności wykonywanych prac. Harmonogram nie zawiera żadnych lokalizacji, trudno go więc uznać za harmonogram.

Jeśli jeszcze do tego dodać, że formularze odnoszą się do szacowanych ilości prac dla poszczególnych zadań to należy stwierdzić, że brak jest w zakresie tego zamówienia jakichkolwiek prac, które są zagwarantowane czy to do rodzaju czy ilości.

Całość tego przedmiotu zamówienia została sprowadzona do tzw. prac wywołaniowych,

a więc absolutnie nieprzewidywalnych, nie dających się ustalić w ramach jakiegokolwiek stałego harmonogramu co do miejsca ich wykonywania, czy rodzaju. Wykonawca zatem

na etapie składania ofert nie jest w stanie zaplanować żadnych działań związanych

z realizacją przedmiotu zamówienia. Jeśli dodatkowo wziąć pod uwagę obowiązki jakie nakłada na wykonawcę zamawiający, w tym obowiązki związane z terminowością wykonywania prac, podjęcia działań, czy sposobem informowania np.:

(rozdz. IV. SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia)

- zastrzeżenia prawa do zlecania prac po godzinach pracy zamawiającego także za pomocą sms,
- zobowiązania wykonawcy do podjęcia działań tak zleconych prac nie później niże terminie do 3 godzin od otrzymania zlecenia, a w okresie zimowych do 1 godziny.

W SOPZ zawarto również zastrzeżenie na stronie 2 w „Uwagach", że zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia prac interwencyjnych, które nie będą wliczane

do wydajności w ramach złożonej oferty. Wykonawca w celu realizacji prac interwencyjnych zobowiązany będzie do zaangażowania dodatkowej liczby pracowników i sprzętu. Wykonawca zobowiązany jest podjąć działania niezwłocznie, jednak nie później niż w czasie do 3 godzin od otrzymania zlecenia, zgłoszenia zamawiającego". Taki zapis oznacza,

że w przeciągu 3 godzin Wykonawca powinien zatrudnić dodatkowych pracowników,
a następnie podjąć prace bez względu na czas, dzień tygodnia w tym również w niedziele
i święta, w pełnej całorocznej dyspozycyjności.
To oznacza to, że wykonawca ma obowiązek utrzymywania w gotowości pracowników tych, do których jest zobowiązany tj. 10 osób na zadanie, a także dodatkowych pracowników
w bliżej nie określonej ilości jak i sprzęt bez ograniczeń ilościowych. Odnosząc to do całego przedmiotu zamówienia należy mieć świadomość, że zamawiający oczekuje, że grupa nawet kilkudziesięciu osób plus osoby dyżurujące, kierowcy na jego telefon po jednej godzinie
od wywołania stawi się do pracy, o każdej porze dnia w dowolnym momencie tygodnia
i roku.
- Ponadto Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę minimum 10 pracowników w zakresie jednego zadania. (m.in. Rozdz. IV ust. 7 SWZ). Wymóg taki jest nieadekwatny
i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jeśli bowiem Zamawiający stawia wymagania dot. zatrudnienia minimalnej ilości osób to musi zagwarantować pracę tym osobom. Formuła zamówienia, które zostało przedstawione w SWZ to zamówienie
o charakterze wywołaniowym (zleceń). Takie zamówienie nie gwarantuje więc możliwości zatrudnienia pracowników w określonym czasie i ustalonym normatywie czasu pracy,
a jedynie inne zapisy umowne zobowiązują tych pracowników do pozostawania w gotowości czuwania, by po godzinie od decyzji zamawiającego wykonywać swoje obowiązki w terenie, który dopiero w przyszłości zostanie określony i może w każdej chwili być zmieniany
w sposób dowolny kształtowany.
O opisywanej wyżej formule zlecania świadczą inne postanowienia SWZ:
- treść postanowienia „UWAGA" po pkt. 1.11 SOPZ oraz pkt. IV. 2 na str. 6 SOPZ , w którym Zamawiający wskazuje, że zlecenia, które będzie przekazywał raz w miesiącu lub zlecenia prace interwencyjne, należy podjąć niezwłocznie, nie później niż w czasie do 3 godzin
od otrzymania zlecenia: Zlecenia będą przekazywane za pośrednictwem poczty elektronicznej lub telefonicznie np. za pomocą sms, email, na numer telefonu. W przypadku czynności związanych z zimowym odśnieżaniem lub usuwaniem śliskości czas wymaganej interwencji jest skrócony do 1 godziny.
Wszystkie więc czynności muszą być podejmowane w czasie od jednej godziny w okresie zimowym do trzech godzin w okresie letnim. Oznacza to, że Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia gotowości pracowników na podjęcie tych czynności. W zakresie standardu jednogodzinnego oznacza to przebywanie na terenie zakładu pracy, a postanowienia swz nie przewidują wynagrodzenia za utrzymywanie gotowości.
Gotowość dotyczy również jak już wskazano osób zarządzających kontraktem. W Dziale VI SOPZ w punkcie III – podstawowe obowiązki Wykonawcy - wskazano, że wykonawca jest zobowiązany zapewnić stały i całodobowy kontakt telefoniczny. Taka formuła wymaga dyżurowania i gotowości na przyjęcie zlecenia, co oznacza realne obowiązki, za które należy się wynagrodzenie pracownikowi. Ponadto w obowiązkach wskazano utrzymanie gotowości sprzętu, który biorąc pod uwagę czas reakcji jedna godzina lub trzy godziny w okresie letnim nie może być wykorzystywany do żadnych innej czynności np. z powodu możliwości wywołania nie sposób go wynająć. Osoba dyżurująca nie jest w stanie jednoosobowo wykonywać czynność dyżurowania, co powoduje, że jest to stanowisko wieloosobowe.
Co ważne osoba dyżurująca jest zobowiązana również do udziału w objazdach, do których Wykonawca musi zapewnić samochód. W okresie zimowym, który sezonowo trwa
5 miesięcy od listopada do marca takie objazdy są konieczne codziennie, a nawet kilka razy w ciągu dnia by monitorować teren, czy też wykrywanie zagrożeń lub zanieczyszczeń. Zamawiający wymaga więc do swojej całodobowej dyspozycji samochodu z kierowcą.
Koszty dyżurowania, koszt zapewnienia dyspozycyjności w wyznaczonym czasie, koszt dyspozycyjności technicznej sprzętu, koszty transportu przedstawicieli Zamawiającego
na ich wezwanie nie są możliwe do rozliczenia, ponieważ nie przewidziano takiej możliwości w Formularzu cenowym, a bez wątpienia w sposób istotny obciążają wykonawcę w okresie całorocznym. Te wszystkie wymagania prowadzą do wniosku, że Wykonawca bez otrzymywania wynagrodzenia (bowiem swz nie przewiduje wynagrodzenia za tzw. gotowość), ale przede wszystkim nie mając pewności realizacji zakresu przedmiotu zamówienia musi ponosić koszty, których nie uzyska i mają one charakter kosztów utraconych.
O niejednoznaczności postanowień swz mających wpływ na wycenę i realizację przedmiotu zamówienia zdaniem Odwołującego mają również lakoniczne postanowienia odnośnie zlecania czynności Wykonawcom. Jak już wskazano wyżej Zamawiający podzielił
w Formularzach cenowych prace na zakres podstawowy (Tabela Podstawowa) i zakres opcjonalny (Tabela Opcjonalna).

Przy czym w SOPZ - załącznik nr 1 do SWZ
nie sprecyzowano w jaki sposób te szczególne zakresy będą realizowane tzn. czy realizacja zakresu podstawowego będzie realizowana w pierwszej kolejności i po jego zakończeniu uruchomiony zostanie zakres opcjonalny czy też wybór zakresu jest wyłącznie wolą zamawiającego. W SOPZ w dziale ”Definicje pojęć” nie zdefiniowano nawet pojęcia „prace podstawowe” wprowadzając natomiast pojęcie „prac planowanych”, które jednak nie wydaje się być tożsame.
Zamawiający ponadto w „Projekcie umowy” §4 ust. 4 wskazał, że minimalny zakres zamówienia wykonywany przez Wykonawcę obejmie co najmniej 60% zakresu podstawowego. To postanowienie jednak nie jest zgodne z innymi postanowieniami zawartymi w „Projekcie umowy” i tak w §7 ust. 18 mowa jest, że wartość tego świadczenia będzie wynosić 60%, ale wartości umownej. W § 7 ust. 1. Istotne znaczenie ma to czy ograniczenie dotyczy zakresu czy wartości, bowiem ten dwa pojęcia nie są tożsame.
O niejednoznaczności sporządzenia postanowień SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia świadczą też postanowienia pkt. 10 rozdziału IV :
Niejednoznaczność polega na tym, że w swz jest mowa o możliwości uznania jakiekolwiek zakresu jako działania „na wskazanie” uznawanego jak zagrożenie bezpieczeństwa, a przecież w ramach czynności objętych przedmiotem zamówienia nie wszystkie działania należy kwalifikować jako takie działania. Ponadto niejednoznaczność odnosi się do samego nazewnictwa, w żadnym z pozostałych postanowień swz, nie ma sformułowania „działań na wezwanie” a więc jest to kolejne postanowienie swz powalające na dowolność interpretacyjną przez Zamawiającego, a nałożone obowiązki na wykonawcę są niemożliwe do zidentyfikowania w ramach swz.
Bez wątpienia wszelkie przywołane powyżej postanowienia oraz wskazane braki prowadzą do stwierdzenia, że opis zamówienia jest nie jednoznaczny, chaotyczny, a przekazane przez niego dane są jedynie szacunkowe i dotyczą bliżej nieokreślonych czynności i zadań.
Zamawiający zdaniem Odwołującego ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę (tak KIO w wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r. KIO 24/14).
Reasumując, w SWZ znajduje się szereg niejednoznaczności i mało precyzyjnych zapisów, które mogą prowadzić do nieuczciwej konkurencji i naruszania zasad udzielania zamówień publicznych.
Podkreślić należy również, iż dyspozycja art. 99 ustawy determinuje, aby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny
i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem
to na zamawiającym spoczywa ciężar sformułowania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez ustawodawcę, tak aby możliwe było jednoznaczne zidentyfikowanie z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe. Treść dokumentacji postępowania winna więc być podstawą do umożliwienia wykonawcy pełnego i rzetelnego oszacowania zakresu zamówienia, a tym samym złożenia oferty zapewniającej właściwe wykonanie przedmiotu umowy.
Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności Zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
Z uwagi na powyższe odwołujący wnosi o uzupełnienie dokumentacji postępowania o:
 Zakres z podaniem lokalizacji, ich odniesienia w terenie z podziałem na chodniki, alejki, drogi osiedlowe, prześwity, trawniki, wybiegi, kosze uliczne, skupiny krzewów, żywopłoty, rabaty mieszane i inne elementy, które będą zlecane.
 Mapy poglądowe poszczególnych lokalizacji z oznaczenim granic nieruchomości,
co umożliwi ich rozpoznanie w terenie
 Ustalenie jednoznacznych standardów ogrodniczych, sprzątających w odniesieniu
do przedmiotu zamówienia.
Zamawiający w tym zakresie w wydanych dokumentach całkowicie nie dopełnił swoich obowiązków próbując przerzucić je na wykonawcę. W treści SOPZ wskazał w dziale VI – zlecanie prac, punkt 3 cyt. „ustalenie obmiaru musi nastąpić jeszcze przed dokonaniem przez wykonawcę rozliczenia rzeczowo-finansowego. W przeciwnym razie w rozliczeniu będą brane pod uwagę tylko i wyłącznie obmiary podane przez PZ”. Zapis ten pokazuje arbitralne działanie Zamawiającego i próbę manipulowania rzeczywistym zakresem prac, który nie jest do ustalenia przed złożeniem oferty i dalej przed podpisaniem umowy, a nawet przed rozpoczęciem prac. Potencjalny wykonawca obmiary pozna dopiero po wykonaniu prac, zostaną mu one podane przez PZ (Przedstawiciel Zamawiającego).

Ponadto Zamawiający w związku z brakiem zapłaty wynagrodzenia za gotowość winien wykreślić z postanowień swz obowiązki wykonawcy związane z gotowością, bowiem
w przeciwnym razie ustalone warunki zamówienia naruszają równowagę stron umowy
i nie zapewniają ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z realizacją zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany do całorocznej 24-godzinnej dyspozycyjności i dyżurowania nie otrzymując za to zapłaty.
Pozostawienie po stronie Zamawiającego dowolności decydowania o zlecaniu usług
w ramach przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym postawieniu wymagań dot. gotowości zarówno personelu jak i sprzętu do działania bez uzyskiwania wynagrodzenia za czas gotowości narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353(1) kodeksu cywilnego.
W związku z czym Zamawiający winien zostać zobowiązany do wykreślenia z postanowień SWZ i SOPZ wymagań w zakresie:
1) Obowiązku zapewnienia transportu Zamawiającego podczas czynności odbiorowych. – str. 14 pkt. II ppkt. 3 SOPZ,
2) Obowiązku przyjmowania zgłoszeń poza godzinami pracy Zamawiającego przez 24 h
w okresie letnim.
3) Wprowadzenie do formularza cenowego pozycji wynagrodzenia za gotowość co najmniej w okresie zimowym dla 10 pracowników dla zadania i konsekwentnie wprowadzenie postanowień regulujących wypłatę wynagrodzenia w projektowanych postanowieniach umowy.
W obecnym brzmieniu postanowienia umowy w tym w szczególności § 1 ust. 2, które odwołują się do obowiązku wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SOPZ, odnoszące się do zakresu § 10 w zakresie kar umownych związanych z nie osiąganiem efektu
lub standardu zostały ukształtowane w sposób, który narusza równowagę stron umowy,
nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił, że mając
na uwadze wady opisu przedmiotu zamówienia dokumentacja postępowania nie zawiera innych regulacji określających minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron.
Możliwość ograniczenia zamówienia do 60% (nie wiadomo czego zakresu czy wartości) przy jednoczesnym prawie zamawiającego do nieograniczonych zmian w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, nałożeniu szeregu obowiązków na wykonawcę, w szczególności
w zakresie gotowości, terminów podjęcia działań i wykonania zadań oznacza, że minimalna wielkość zamówienia została określona w sposób pozorny. Jak wcześniej wskazano
co najmniej 2/3 zamówienia to bliżej nie określona „wizja" prac, zaś obowiązek dyżurowania tj. pilnowania interesu zamawiającego jest stały, 24-godzinny i całoroczny. Tym samym postanowienia umowne są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszczają dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona
i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy,
aby zmiana umowa była dopuszczalna musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian.
Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmian co do przedmiotu zamówienia są zależne wyłącznie od woli Zamawiającego, co więcej na ten moment trudno nawet odgadnąć jakiekolwiek zasady tych zmian. Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, jaki zakres zamówienia wykona, jak zostanie ustalony zakres rzeczowy i ilościowy, gdzie będzie realizował przedmiot zamówienia. Jedynym jego pewnym działaniem jest nieodpłatne dyżurowanie i pozostanie w gotowości.

4. Naruszenie przepisów w związku z określeniem kryterium „wydajność koszenia"
i „wydajność grabienia liści" i które nie jest kryterium jakościowym w tym
w szczególności na gruncie niniejszej swz staje się kryterium pozornym.

Zdaniem odwołującego Zamawiający w sposób nieprawidłowy i nieprecyzyjny skonstruował kryterium „wydajność koszenia" i „wydajności wygrabienia liści" .
Po pierwsze wadliwość dotyczy samego skonstruowania kryteriów za pomocą przedziałów.
Przedziały takie powodują, że oferenci mogą składać oferty, które się mieszczą w przedziałach o wielkości 3 000 m2. I tak taką samą ilość punktów otrzyma wykonawca deklarujący 14 010 m2 na dobę, co Wykonawca, który wskaże wydajność na poziomie 17 000 m2.
W konsekwencji oferta o powierzchni wydajności 14 010 m2 nie przedstawia zwiększonej wydajności, podczas gdy 17

000 m2 już tak, a zostaną one identycznie ocenione.
Jest to więc kryterium iluzoryczne, a określone przedziały nie premiują w żaden sposób wydajności, a przede wszystkim nie odnoszą się one do jakości prac. De facto ocena ofert sprowadza się do jednego kryterium – ceny.
Ponadto Zamawiający nie określił w jaki sposób Wykonawca ma zadeklarować ową wydajność w formularzu ofertowym – załącznik nr 3a do SWZ deklaracja w zakresie wydajności odnosi się do przedziału i nie wiadomo, czy Wykonawca ma wpisać deklarowaną wydajność w zakresie powierzchni odnosząc to do konkretnej deklarowanej wydajności czy zaznaczyć zakres wpisany w treści formularza np. wpisać „x". Przy tym drugim wariancie jeszcze bardziej widoczna jest iluzoryczność i pozorność tego kryterium.
Ponadto w treści formularza oferty w zakresie „wydajności grabienia" wskazano odmienny od punktowanego w kryteriach przedział. W Formularzu podano przedział „powyżej 15 000 m2 – 17 000m2", co stanowi sprzeczność.
Sprzeczność polega także na wprowadzeniu „myślnika" do wszystkich zakresów formularza ofertowego. Symbol „myślnika" ma inne znaczenie niż słowo „do", co powoduje, że mamy odmienne sformułowanie postanowień dot. kryterium.
W obecnym brzmieniu postanowienia swz naruszają przepisy prawa, uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny ofert, powodują, że wykonawca przystępujący do postępowania nie ma żadnej pewności realizacji przyszłej umowy. Umowa nakłada jedynie na Wykonawcę obowiązki, stanowi o odpowiedzialności w postaci kar umownych nie nakładając jednocześnie na Zamawiającego żadnych obowiązków. Pozostawienie zatem postanowień SWZ w obecnym brzmieniu prowadzi do sytuacji, w której każdorazowo przy ujawnieniu się jakichkolwiek wątpliwości co do niejasnych, nieprecyzyjnych lub wręcz niespójnych czy sprzecznych postanowień umowy, Zamawiający będzie używał argumentów o braku dochodzenia prawa przez Wykonawcę na etapie prowadzonego postępowania.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,
co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa", „Pzp") skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 kwietnia 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.
Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia
9 maja 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie".
Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z dnia
9 maja 2024 roku „Pismo procesowe Odwołującego wraz z wnioskami dowodowymi".
Ww. piśmie Odwołującego z dnia 9 maja 2024 roku wymienia w swej treści dowody (dowody 1-6).
Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła w poczet materiału dowodowego
te dowody zawnioskowane przy piśmie i na rozprawie przez Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

I.

W odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania Izba ustalając stan faktyczny stwierdziła, że w dniu 26 kwietnia 2024 roku Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ i SOPZ.

Izba postanowieniem wydanym w punkcie 1 tenoru wyroku umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:
- zarzutu nr 5 tj. naruszenia art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych
w związku z określeniem kryteriów poza cenowych w sposób nie odnoszący się do jakości oraz w sposób niejednoznaczny i nie pozwalający na porównanie poziomu oferowanego zamówienia,
- zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustaw Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do określenia gwarantowanego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie min. 80% zakresu prac lub wykreślenia z postanowień specyfikacji warunków zamówienia

obowiązków wykonawcy w zakresie opisanym w SOPZ – załącznik nr 1 do SWZ jako Podstawowe obowiązki Wykonawcy – punkt III – polegające na zapewnieniu na wyłączność Zamawiającego stałego i całodobowego kontaktu telefonicznego osoby odpowiedzialnej za realizację zamówienia z ramienia wykonawcy, a także utrzymanie w gotowości technicznej sprzętu, a także wykreślenie zastrzeżenia zawartego w SOPZ – Załącznik nr 1 do SWZ polegającego na możliwości zlecenia prac interwencyjnych, które nie będą wliczone do wydajności w ramach złożonej oferty poprzez zlecenie, które winno być realizowane nie później niż w terminie 3 godzin od otrzymania zgłoszenia w dowolnym momencie.

II.

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 8 ust. 1 ustawy - 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.
- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie
o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty,
3) proporcjonalny.
- art. 91 ust 1 ustawy - 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.
- art. 91 ust. 3 ustawy - Zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia - w zaproszeniu do negocjacji.
- art. 91 ust. 4 ustawy - W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający określa
w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie
w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie.
- art. 99 ust. 1 ustawy – 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.
- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

(…)

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
- art. 239 ust. 2 ustawy - Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.
- art. 242 ust. 1 ustawy - Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;

2) ceny lub kosztu.

- art. 441 ust. 1 ustawy - Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję
w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:
1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.
- art. 441 ust. 2 ustawy - Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (dalej: KC):

- art. 5 KC - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony,
- art. 3531 KC - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

III.

Izba w zakresie rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania skierowanych do rozpoznania na rozprawie, na wstępie wskazuje, że Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie zarzutów odwołania, co jednoznacznie wynika z treści art. 555 ustawy. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione zarzuty odwołania Izba wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego, w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a które w zarzucie podnosi Odwołujący.

Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia." W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu." (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienie faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obwiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Jedynie w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie

z zasadą orzekania w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika to również z tego, że jakiekolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu argumentację / stanowisko Odwołującego,
z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej, a poddanie takiego stanowiska ocenie stanowiłoby naruszenie obowiązujących regulacji prawnych. O ile Izba, tak jak i sądy powszechne, może dokonać subsumpcji podanego stanu faktycznego i wywodzonych naruszeń do odpowiedniej normy prawnej, to nie może brać pod uwagę argumentacji faktycznej wykraczającej poza przedstawione w uzasadnieniu stanowiska.
IV.

W zakresie zarzutu 1 odwołania - naruszeni art. 239 ust. 1 i ust. 1 w związku
z art. 242 ust. 1 ustawy , oraz art. 226 ustawy przez wskazanie w treści SWZ,
że Zamawiający nie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta może przedstawiać najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny w związku z regulacją w rozdziału XXIV pkt. 3 i 4 SWZ.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

W Rozdziale XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił kryteria oceny ofert *opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert:*

(…)

3. Punktacja przyznana ofertom w poszczególnych kryteriach będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

4. Za najkorzystniejszą ofertę w każdym Zadaniu zostanie uznana oferta niepodlegająca odrzuceniu, która otrzyma największą ilość punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert.

5. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w każdym Zadaniu, w terminie związania ofertą określonym w SWZ.

W Rozdziale XXIII - *opis części zamówienia*

1. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych na następujące zadania:
Zadanie 1: „Rejon 1 czyli Centrum, Śródmieście Północ, Śródmieście Zachód"
Zadanie 2: „Rejon 2 czyli Łagiewniki, Rozbark"
Zadanie 3:: Rejon 3 czyli Szombierki, Bobrek"
Zadanie 4: Rejon 4 czyli Miechowice, Karb"
Zadanie 5: Rejon 5 czyli Stroszek, Sucha Góra, Stolarzowice, Górniki"

W Rozdział XXIV SWZ *liczba części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części*

1. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych w odniesieniu do 5 zadań postępowania.
2. Ofertę można składać na 5 zadań.
Zamawiający - Gmina Bytom – Miejski Z
3. Zamawiający wskazuje, że może udzielić jednemu Wykonawcy maksymalnie 3 zadania.
4. Zamawiający ustali, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu Wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części wg następujących obiektywnych zasadach:
1) Wykonawca otrzyma większe wartościowo zadania zamówienia, natomiast mniejsze wartościowo zadania zostaną przyznane drugiemu w kolejności Wykonawcy;
2) Kolejność zadań wg wartości szacunkowej poszczególnych zadań, gdzie 1 to zadanie o największej wartości szacunkowej, a 5 to zadanie o najmniejszej wartości szacunkowej Zamawiający ustala następująco:
1 – Zadanie 2
2 – Zadanie 3
3 – Zadanie 1
4 – Zadanie 5
5 – Zadanie 4

Pismem z dnia 26 kwietnia 2024 roku Zamawiający powiadomił, że wprowadził następujące zmiany w SWZ:
W zakresie Rozdziału XVIII SWZ - *opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert:*
3. Punktacja przyznana ofertom w poszczególnych kryteriach będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
4. Za najkorzystniejszą ofertę w każdym Zadaniu zostanie uznana oferta niepodlegająca odrzuceniu, najkorzystniejsza cenowo, która otrzyma największą ilość punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert oraz spełni obiektywne zasady wskazane w Rozdziale XXIV SWZ ust.4.
5. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w każdym Zadaniu, w terminie związania ofertą określonym w SWZ. Złożenie najkorzystniejszej oferty w każdym zadaniu nie będzie oznaczało, że Wykonawca, który ją złożył automatycznie uzyska zamówienie we wszystkich zadaniach.

W zakresie Rozdziału XXIV SWZ *liczba części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części:*
„4. Zamawiający ustali, które zadania zamówienia zostaną udzielone jednemu Wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie zadań wg następujących obiektywnych zasad:
1) Wykonawca otrzyma większe wartościowo zadania zamówienia, natomiast mniejsze wartościowo zadania zostaną przyznane drugiemu w kolejności Wykonawcy;
2) Kolejność zadań wg wartości poszczególnych zadań, gdzie 1 to zadanie o największej wartości zadania, a 5 to zadanie o najmniejszej wartości zadania; Zamawiający ustala następująco ranking zakresów:
1 – Zadanie 2
2 – Zadanie 3
3 – Zadanie 1
4 – Zadanie 5
5 – Zadanie 4
Uwaga: Wykonawca, który złoży najkorzystniejszą ofertę w każdym zadaniu, pozyska trzy zamówienia wg rankingu zakresów, natomiast pozostałe oferty złożone w kolejnych zadaniach będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.5 ustawy PZP, jako niezgodna z warunkami zamówienia."
W zakresie rozpoznania zarzutu 1 Izba podkreśla w pierwszej kolejności,
że w odwołanie oparte jest na argumentacji odnoszącej się do wprowadzenia do SWZ „kryterium" nieznanego ustawie, a odnoszącego się do szacunkowej wartości zamówienia.
Izba zaznacza w tym miejscu, że pomimo zmian jakie zostały wprowadzone w dniu 26 kwietnia 2024 roku do SWZ Izba postanowiła o skierowaniu tego zarzutu do rozpoznania na rozprawie, mając na uwadze argumentację Odwołującego, że zmiana dokonana przez Zamawiającego w zakresie wykreślenia „szacunkowa" jest zmiana jedynie pozorną.
Izba za niezasadną uznaje argumentację w ramach tego postępowania, a odnoszącą się
do niemożliwości wyboru innej niż uzyskująca najwyższą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert oferty. Za niezasadne Izba uznała również stanowisko Odwołującego odnoszące się do braku regulacji prawnych odnoszących się do „dokonania rankingu ofert w oparciu
o szacunkową wartość zamówienia", bowiem w stanowisku Odwołującego jest błąd
w rozumieniu poszczególnych instytucji prawa tj. możliwości określenia kryteriów oceny ofert (art. 239 ust. 1 ustawy) oraz instytucji uprawniającej Zamawiającego do ograniczenia liczby części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 91 ust. 3 ustawy). Izba podkreśla, że ranking ofert do jakiego referuje w swoim stanowisku Odwołujący jest wynikiem oceny oferty w ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert, natomiast przy zastosowaniu prawa Zamawiającego do ograniczenia liczby udzielonych zamówień w określonej liczbie części mamy do czynienia z inną, można rzec kolejną czynnością Zamawiającego. Tym samym należy podkreślić, że Zamawiający określając ilość części w jakich może zostać złożona oferta oraz ilość części w jakich udzieli zamówienia jednemu wykonawcy – limit części – przewiduje w dokumentach zamówienia procedurę, dodatkowe zasady w oparciu o które wybierze ofertę najkorzystniejszą,
w przypadku, gdy okaże się, że dany wykonawca uzyskałby zamówienie na większą liczbę części niż dopuścił to Zamawiający. Zasadą jednakże jest, że w pierwszej kolejności dokonuje się oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert.
Wymaga wskazania, że zasady wyboru części, która zostanie udzielona wykonawcy, powinny przybrać postać obiektywnych i niedyskryminujących.
W ramach przedmiotowego odwołania podnoszone było, że przyjęta w ramach zasad wyboru wykonawcy w zakresie

limitu części zamówienia udzielanych wykonawcy „wartość szacunkowa zadań", po zmianie z dnia 26 kwietnia br. „wg wartości poszczególnych zadań", którą Odwołujący utożsamiał i wskazywał, że zmiana jest pozorna, stanowi zasadę oceny, która została uznana za poprawną w doktrynie przedmiotu. *Według art. 91 ust. 4 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje ograniczenie części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, określa w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie, w przypadku gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie. Warunek stosowania obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad oznacza, że kryteria lub zasady muszą być uzasadnione przedmiotem zamówienia i nie mogą prowadzić do faworyzowania lub dyskryminacji wykonawcy, jeżeli nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Obiektywnym i niedyskryminującym jest np. przyznawanie wykonawcy części według kryterium wartości części, na które złożył ofertę – wykonawca otrzyma większe części, natomiast mniejsze zostaną przyznane drugiemu w kolejności wykonawcy. (*Komentarz. Prawo zamówień publicznych red. H. Nowak, M. Winiarz, str. 304 i 305, Warszawa 2021r.)

Zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r.,
w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2005/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), motyw 79 dyrektywy klasycznej wyjaśniono, że *W przypadku podziału zamówienia na części, instytucjom zamawiającym należy, na przykład w celu ochrony konkurencji lub zagwarantowania niezawodności dostaw, zezwolić na ograniczenie liczby części, o które może się ubiegać wykonawca; należy im również zezwolić na ograniczenie liczby części, które mogą zostać przyznane jednemu oferentowi.*

Tym samym, Zamawiający uprawniony jest do podziału zamówienia na części, wskazania liczby części, na które wykonawca może złożyć ofertę jak również ograniczenie liczby części w jakich zamówienia wykonawcy udzieli. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadniła jak doszłoby do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych oraz ustawy o finansach publicznych w obliczu wykorzystania przez Zamawiającego mechanizmów ustawowych, które wprowadzone zostały do polskiego porządku prawnego przez implementację przepisów dyrektywy klasycznej. Jednoznacznie również wynika z wykładni Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (H.N.) zawartej w komentarzu, że właściwym jest przyjęcie zasady oceny (kryterium) w ramach kwalifikacji w limicie części przez odniesienie
do „wartości części". Słusznie dostrzegł również Zamawiający, że Odwołujący nie wyjaśnia na czym miałaby polegać nieobiektywność oraz dyskryminacja w zasadach określających limitowanie udzielonych zamówień.

Izba nie stwierdziła niezgodności określonych zasad kwalifikacji w ramach limitów przyjętych przez Zamawiającego przez odniesienie do wartości poszczególnych zadań. Izba
za niezasadne natomiast uznała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, a wskazujące, że przez te wartości należy rozumieć „wielkość powierzchniową obejmującą zakres zadania". Takie stanowisko wydaje się być ukute jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego i przedstawione ad hock, a jednocześnie sprzeczne ze stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym. Izba stwierdziła niezasadność tego stanowiska również
z tego powodu, że użycie określenia (słowa) „wartość" w żaden sposób nie odnosi się
do powierzchni, bowiem zgodnie z Słownikiem j. polskiego PWN «to, ile coś jest warte pod względem materialnym». Gdyby natomiast Zamawiający chciała posługiwać się „wartością" w znaczeniu «liczba określająca, ile jednostek zawiera dana wielkość fizyczna lub wielkość mogąca zastąpić wyrażenie algebraiczne, jego zmienne» (zgodnie z Słownikiem j. polskiego PWN) to powinien podać liczby jakie tą wartość by określały - w tym przypadku
to nie nastąpiło.

W odniesieniu natomiast do wskazania argumentacji odnoszącej się do braku podania
co stanie się z ofertą najkorzystniejszą, czyli tą która uzyska najkorzystniejszy bilans
w ramach oceny w kryteriach oceny ofert (art. 239 ustawy) wymaga wskazania, że w tym zakresie Zamawiający zmienił SWZ i wprowadził pismem z dnia 26 kwietnia 2024 roku postanowienia, których Izba nie poddaje ocenie, bowiem nie były objęte zarzutami rozpoznawanego odwołania. Przy czym Izba podkreśla, że w żaden sposób Odwołujący stawiając pytanie w tym zakresie w treści odwołania nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej, która pozwoliłaby poddać się ocenie, a która świadczyłaby o tym, że bądź to kryteria oceny ofert z rozdziału XXIII lub zasady limitowania udzielenia zamówienia wykonawcy w maksymalnej przewidzianej przez Zamawiającego liczbie obarczone są z tego powodu jakimikolwiek defektem skutkującym niezgodnością tych postanowień SWZ-
z obowiązującymi przepisami ustawy w zakresie art. 239 czy też art. 91 ustawy.

Co do argumentacji dotyczącej odnoszącej się do zlecania czynności na etapie realizacji zamówienia to nie uzasadnił w żaden sposób Odwołujący, że ma to odniesienie
do niezgodnego z prawem wykorzystania instytucji limitowania ilości części jakie zostaną udzielone danemu wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła zasadności zarzutu 1 odwołania.

W zakresie zarzutu 2 odwołania - naruszenia art. 441 ustawy w związku z brakiem precyzyjnych i

jednoznacznych postanowień umownych w zakresie okoliczności skorzystania z prawa opcji .

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

W Rozdział IV SWZ - *opis przedmiotu zamówienia*

1. Przedmiotem zamówienia jest letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz na terenach zieleni osiedlowej, w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w podziale na zadania z możliwością zastosowania opcji.

(…)

Prawo opcji

15. Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w zakresie letniego i zimowego utrzymania czystości i konserwacji zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz

na terenach zieleni osiedlowej w każdym zadaniu.

16. Zamawiający przewiduje, że korzystanie z opcji będzie polegało na zwiększeniu ilości prac związanych z utrzymaniem czystości i konserwacji zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz na terenach zieleni osiedlowej, w stosunku do zamówienia podstawowego.

17. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy.

18. Realizacja prac w ramach prawa opcji może być zlecona w trakcie trwania umowy

w całości lub w części.

19. Wykonawcy nie przysługuje prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji, jeżeli Zamawiający nie skorzysta z przedmiotowego prawa w odniesieniu

do całości lub jego części.

20. Nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji w odniesieniu do całości lub jego części nie wymaga podania przyczyny i nie stanowi podstawy do dochodzenia względem niego odpowiedzialności z tytułu niewykonania umowy.

21. Zlecanie realizacji prac w ramach zakresu opcjonalnego może, ale nie musi nastąpić,

w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego oraz dostępnych środków finansowych.

22. Ewentualne skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji będzie polegało

na przekazaniu przez Zamawiającego Wykonawcy pisemnego oświadczenia w przedmiocie skorzystania z tego prawa z podaniem zakresu i wartości prac, na warunkach określonych

w projektowanych postanowieniach umowy (stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ).

23. Maksymalna wartość opcji została określona w par. 7 ust. 2 Umowy.

W Rozdział VI - termin wykonania zamówienia

Termin realizacji zamówienia dla Zadania 1, Zadania 2, Zadania 3, Zadania 4, Zadania 5:

1) w zakresie podstawowym: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej

niż od dnia 01.08.2024 r. z zastrzeżeniem, że umowę uznaje się również za wykonaną

z chwilą wyczerpania kwoty wynagrodzenia Wykonawcy określonego w umowie.

2) w zakresie opcjonalnym (w przypadku jego uruchomienia): od daty złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji do dnia wskazanego w tym oświadczeniu, jednak nie później niż terminie określonym w pkt. 1).

Szczegółowe zagadnienia dotyczące terminu realizacji umowy uregulowane są

w projektowanych postanowieniach umowy, które zostaną wprowadzone do treści umowy

w sprawie zamówienia stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ.

Zamawiający w Załączniku nr 2 do SWZ - *projektowane postanowienia umowne przedmiot umowy*

§ 1

(…)

5. Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w zakresie usług stanowiących przedmiot zamówienia w Zadaniu …….

6. Zamawiający przewiduje, że korzystanie z opcji będzie polegało na zwiększeniu ilości prac

związanych z realizacją umowy, wymienionych w Załączniku nr 2 do niniejszej umowy (SOPZ), w stosunku do zamówienia podstawowego.

7. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy.

8. Realizacja prac w ramach prawa opcji może być zlecona w trakcie trwania umowy w całości lub w części.

9. Wykonawcy nie przysługuje prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji, jeżeli Zamawiający nie skorzysta z przedmiotowego prawa w odniesieniu do całości lub w części.

10. Nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji w odniesieniu do całości lub części nie wymaga podania

przyczyny i nie stanowi podstawy do dochodzenia względem niego odpowiedzialności z tytułu niewykonania umowy.
11. Zlecanie realizacji prac w ramach zakresu opcjonalnego może, ale nie musi nastąpić,
w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego oraz dostępnych środków finansowych.
12. Ewentualne skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji będzie polegało
na przekazaniu przez Zamawiającego Wykonawcy pisemnego oświadczenia w przedmiocie skorzystania z tego prawa wraz z podaniem zakresu i wartości prac.
13. Każde zlecenie na podstawie oświadczenia, o którym mowa w ust.12 powyżej będzie odbywało się w takiej samej formie i na takich samych zasadach, jak zlecanie prac
w zakresie podstawowym na warunkach określonych w niniejszej umowie.
14. Maksymalna wartość opcji została określona w § 7 ust.2 umowy.
TERMIN WYKONANIA UMOWY
§ 2
Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy określony w § 1 ust. 1 umowy,
a) w zakresie podstawowym w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy
(z zastrzeżeniem, że umowę uznaje się również za wykonaną z chwilą wyczerpania środków finansowych, określonych w § 7 ust.1 umowy w terminie,
b) w zakresie opcjonalnym (w przypadku jego uruchomienia): od daty złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, jednak nie później niż terminie określonym
w lit. a) powyżej.
WYNAGRODZENIE UMOWNE
§ 7
1. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy za zakres podstawowy zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 1 umowy, nie może przekroczyć kwoty ..... zł
(słownie: .....) brutto, w tym …….. zł netto oraz VAT 8% – zgodnie z ofertą, która stanowi załącznik nr 1 do niniejszej umowy.
2. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, za wykonanie całego przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji, Wykonawca poza wynagrodzeniem określonym w ust. 1 powyżej nie może przekroczyć kwoty ..... zł (słownie: .....) brutto, w tym …….. zł netto oraz VAT 8% określonej w ofercie, która stanowi załącznik nr 1 do niniejszej umowy.
3. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i zlecenia wykonania tylko części przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji, Zamawiający ustali jego zakres
i wynagrodzenie Wykonawcy w złożonym przez Zamawiającego oświadczeniu woli zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do niniejszej.
4. Wynagrodzenie za wykonane prace w zakresie podstawowym zamówienia oraz
w zakresie opcjonalnym zamówienia (w przypadku uruchomienia opcji w całości lub części przez Zamawiającego) objęte umową przysługuje za faktycznie wykonany zakres prac odebrany bez zastrzeżeń, którą stanowi iloczyn cen jednostkowych określonych
w formularzu ofertowym oraz formularzu cenowym Wykonawcy powiększonych o należny podatek VAT i faktycznej ilości (obmiaru) i krotności wykonanych prac.
5. Zastrzega się, iż zawarcie niniejszej umowy nie powoduje powstania po stronie Zamawiającego zobowiązania do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 2 powyżej. Zobowiązanie do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 2 powyżej (tj. zaciągnięcie przez Zamawiającego zobowiązania finansowego w tym zakresie) powstaje dopiero w momencie złożenia Wykonawcy przez Zamawiającego oświadczenia
o skorzystaniu z prawa opcji (zgodnie z zapisami niniejszej umowy) i jest ograniczone jedynie do wysokości wynikającej z zakresu prac wskazanych w tym oświadczeniu.
(…)
10. Na fakturze winny być wyszczególnione osobno pozycje oraz kwoty dotyczące letniego/ zimowego utrzymania i konserwacji zieleni osobno dla zakresu podstawowego oraz zakresu opcjonalnego.

W zakresie rozpoznania zarzutu 2 Izba wskazuje, że zgodnie z art. 441 ustawy Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy. Natomiast czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu – zgodnie

z art. 441 ust. 2 ustawy.
Wymaga podkreślenia, że zgodnie z postanowieniami ustawy prawo opcji stanowi uprawnienie Zamawiającego do domagania się od wykonawcy realizacji zamówienia
nie tylko w zakresie podstawowym ale też w zakresie poszerzonym. Uprawnienie
to przysługuje Zamawiającemu jedynie w okolicznościach spełnienia ustawowo określonych w art. 441 ust. 1 ustawy wymagań co do określenia wskazanych elementów. Aby prawo opcji było skuteczne muszą postanowienia umowne odpowiadać kumulatywnie wszystkim
ww. wymaganiom i spełniać określone w art. 441 ust. 1 ustawy przesłanki. Brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek niweczy skuteczność postanowienia odnośnie opcji.
Zamawiający wskazując zakres opcjonalny zamówienia obowiązany jest również
do enumeratywnego wymieniania okoliczności mogących mieć wpływ na realizację prawa opcji. W zakresie zarzutu odwołania i argumentacji podnoszonej w odwołaniu Odwołujący wskazał na brak zdefiniowania okoliczności, które mogłyby być przyczyną zlecenia usług
w ramach prawa opcji (art. 441 ust. 1 pkt 2 ustawy - okoliczności skorzystania z opcji). Wskazanie przez Zamawiającego na § 1 pkt 12 i 13 projektu umowy nie stanowią w ocenie Izby zdefiniowania okoliczności w jakich Zamawiający może skorzystać z prawa opcji. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że możliwość skorzystania z prawa opcji stanowi jednostronne uprawnienie Zamawiającego, co skutkuje tym, że okoliczności skorzystania
z tego prawa nie mogą być dorozumiane. Ustawodawca jednoznacznie wymaga
od Zamawiającego podania określenia okoliczności skorzystania z opcji, natomiast informacje zawarte § 1 pkt 12 i 13 projektu umowy stanowią o sposobie zlecenia realizacji
w zakresie opcji, a nie o okolicznościach w jakich to prawo będzie realizowane.
W ramach argumentacji zawartej w piśmie procesowym Zamawiającego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dowodzącego, że w ramach projektowanych postanowień umowy, jak również w postanowieniach SWZ odnoszących się do prawa opcji została zawarta jakakolwiek informacja odnosząca się do określenia okoliczności skorzystania
z prawa opcji. Całość argumentacji jaka została przedstawiona nie odnosi się bowiem
do tego obowiązku ustawowego z art. 441 ust. 1 ustawy. Odwołanie się do uzasadnienia możliwości skorzystania z prawa opcji uzasadnionego koniecznością wykonywania zadań publicznych zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach również nie stanowi uzasadnienia określenia okoliczności skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego. Brak wskazania w postanowieniach projektu umowy jak i w tym przypadku w SWZ – bowiem Zamawiający opisał prawo opcji w SWZ co wynika z ustaleń Izby – okoliczności skorzystania z opcji powoduje, że postanowienia te są wadliwe.
W konsekwencji, w przypadku pozostawienia ich w tym kształcie postanowienia umowne będą podlegać unieważnieniu zgodnie z art. 441 ust. 2 ustawy. Taka konstrukcja przepisów podyktowana jest ochroną wykonawców przed skutkami jednostronnych działań Zamawiającego w okolicznościach, gdy tak jak w tym przypadku, nieznane są okoliczności
w jakich Zamawiający może skorzystać z prawa opcji.

Mając powyższe ustalenia i rozważania na uwadze, przy tym wniosek Odwołującego
o *nakazanie sprecyzowania postanowień swz i projektu umowy co do okoliczności skorzystania z prawa opcji,* Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy oraz w przypadku uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c ustawy, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne
z przepisami ustawy. Na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy, Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści, co w ocenie Izby oznacza,
że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień, a tym samym wnioski strony o nakazanie wprowadzenia postanowień określonej treści nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Izba nie może przypisywać sobie uprawnień jakich ustawa
jej nie daje, bowiem nie może działać poza granicami ustawy (art. 7 Konstytucji).
Izba, jeśli ustali, że dane postanowienie umowne jest niezgodne z ustawą może jedynie nakazać wykreślenie postanowienia albo jego zmianę wskazując w uzasadnieniu, na czym polegało naruszenie, ale konkretna treść zmiany pozostaje w wyłącznej gestii Zamawiającego i to on za jej brzmienie ponosi wyłączną odpowiedzialność (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2022 roku sygn. akt KIO 2592/22, wyrok
z dnia 13 listopada 2023 roku sygn. akt KIO 3135/23, KIO 3136/23, KIO 3179/23). Poza zakresem kognicji Izby jest kształtowanie określonych postanowień umowy oraz nakazywanie określonej treści umowy (tak też: wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia
18 marca 2022 roku sygn. akt KIO 622/22).
Jednocześnie Izba podkreśla, że zgodnie z art. 555 ustawy związana jest jedynie zarzutami odwołania a nie jego wnioskami. Izba uznała, że w zakresie zarzutu 2, że w treści zarzutu Odwołujący odnosił się do braku precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umowy
w zakresie okoliczności skorzystania z prawa opcji, a w uzasadnieniu odwołania odnosił się również do treści SWZ, której to cześć stanowią postanowienia projektowanej umowy zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 (SWZ zawiera).
Izba w zakresie zarzutu 2 odwołania:
- nakazała Zamawiającemu uzupełnienie postanowień SWZ w zakresie prawa opcji,
w Rozdział IV SWZ - opis przedmiotu zamówienia, o określenie okoliczności skorzystania
z prawa opcji.
Konsekwencją wprowadzenia postanowień do SWZ Rozdział IV powinno być uzupełnienie Załącznika nr 2 do SWZ projektowanych postanowień umownych w powyższym zakresie odnoszącym się do okoliczności skorzystania z prawa opcji (Izba zgodnie z powyższą argumentacją nie mogła nakazać ich wprowadzenia). W przeciwnym wypadku,
w okolicznościach dokonania jakichkolwiek czynności na podstawie postanowień umowy (zawartej już umowy), zgodnie z art. 441 ust. 2 ustawy przewidujących opcje z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegać będą unieważnieniu. Izba nie odnosi się do treści postanowień umowy dotyczących prawa opcji wprowadzonych do projektowanych postanowień umowy, bowiem nie były one objęte zakresem zarzutu odwołania, tym samym nie mogła nakazać
ich wykreślenia jako tych niespełniających kumulatywnie przesłanek z art. 441 ust. 1 ustawy.

W zakresie zarzutu 3 odwołania - naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to poprzez brak podania informacji co do miejsca wykonywanych usług i sprecyzowania zakresu wykonywanych usług – tj. przekazanie jedynie map obszaru, bez podania konkretnych ilości i wielkości zakresu dla poszczególnych lokalizacji, a zatem w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także wprowadzenia postanowień, które dają Zamawiającemu nieograniczone możliwości i dowolność zmiany zakresu, ilości
i miejsca wykonywania usług bez sprecyzowania okoliczności w tym zakresie

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.
Izba ustaliła, że:
W SWZ w Rozdziale IV Opis przedmiotu zamówienia na moment wniesienia odwołania podano:
4. Przedmiot zamówienia oraz sposób jego realizacji w każdym zadaniu określa:
a) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia z Mapami Rejonów (dalej SOPZ) - Załącznik nr 1 do SWZ
b) Szacunkowe ilości - Załącznik nr 1.1 – 1.5 do SWZ
c) Projektowane postanowienia umowy - Załącznik nr 2 do SWZ.
(…)
8. Harmonogram prac planowych zawiera Załącznik nr 1 SOPZ wraz z załącznikami. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i krotności oczyszczania poszczególnych terenów. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany
ww. harmonogramu na wniosek Wykonawcy.
9. Wykazy terenów dla każdego zadania Zamawiający przekaże Wykonawcy wybranemu
do realizacji danego zadania drogą mailową w następujący sposób:
a)pierwszy wykaz terenów i lokalizacje koszy – w dniu zawarcia umowy,
b)kolejne wykazy terenów – cyklicznie do 25 dnia każdego miesiąca do realizacji prac
w następnym miesiącu, (w przypadku braku otrzymania wykazu Wykonawcę obowiązywać będzie wykaz z poprzedniego miesiąca),
c)Zamawiający zastrzega sobie możliwość aktualizacji wykazu terenów w trakcie trwania miesiąca

Pismem z dnia 26 kwietnia 2024 roku Zamawiający dokonał modyfikacji
4. Przedmiot zamówienia oraz sposób jego realizacji w każdym zadaniu określa:
a) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia z Mapami Rejonów i Wykazami ulic (dalej SOPZ) - Załącznik nr 1 do SWZ
b) Szacunkowe ilości - Załącznik nr 1.1 – 1.5 do SWZ
c) Projektowane postanowienia umowy - Załącznik nr 2 do SWZ.

Załącznik nr 1 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ)
DZIAŁ I

I. Wstęp

1. Przedmiot zamówienia dla zadania 1, 2, 3, 4, 5:

1.1. Przedmiotem niniejszego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia są wymagania dotyczące wykonania i odbioru prac w zakresie:

- letniego i zimowego utrzymanie czystości oraz konserwacji zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym (Dział II i III SOPZ)

- letniego i zimowego utrzymania czystości oraz konserwacji zieleni na terenach zieleni osiedlowej (Dział IV i V SOPZ).

1.2. Zamawiający w trakcie trwania umowy przewiduje: Okres letni – od 16 kwietnia do 31 października, Okres zimowy – od 1 listopada do 15 kwietnia, jednakże są to założenia służące jedynie do kalkulacji przez Wykonawcę ceny ofertowej. Faktyczny okres zimowy będzie powołany i odwołany przez Zamawiającego w zależności od prognozowanych i występujących warunków pogodowych.

1.3. Wykazy terenów dla każdego zadania Zamawiający przekaże Wykonawcy drogą mailową w następujący sposób:

- pierwszy wykaz terenów i lokalizacje koszy – w dniu zawarcia umowy,

- kolejne wykazy terenów – cyklicznie do 25 dnia każdego miesiąca do realizacji prac w następnym miesiącu, (w przypadku braku otrzymania wykazu Wykonawcę obowiązywać będzie wykaz z poprzedniego miesiąca),

- Zamawiający zastrzega sobie możliwość aktualizacji wykazu terenów w trakcie trwania miesiąca.

1.4. Zakres rzeczowy, obowiązki Wykonawcy i terminy wykonywania prac zostały określone poniżej.

(…)

DZIAŁ II

Wykonanie i jakość prac związanych z letnim i zimowym utrzymaniem terenów poza pasem drogowym Miasta Bytomia w zakresie podstawowym i opcjonalnym dla zadania 1, 2, 3, 4, 5.

I. Oczyszczanie mechaniczne i ręczne ciągów pieszych z wszelkich zanieczyszczeń:

Prace obejmują wszystkie czynności jakie winien wykonywać właściciel terenu zgodnie z art. 5 ust.5. ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w tym:

1. Oczyszczanie ciągów pieszych w okresie letnim odbywać się będzie na podstawie nw. harmonogramu, różnego w zależności od zadania.

1.1. Systematyczne oczyszczanie - mechaniczne i/lub ręczne:

- *1 raz w tygodniu tj. w piątek;*
- *2 razy w tygodniu tj. w poniedziałek i w czwartek;*
- *3 razy w tygodniu tj. w poniedziałek, środę, piątek;*
- *4 razy w tygodniu tj. w poniedziałek, wtorek, czwartek i piątek;*
- *5 razy w tygodniu tj. w poniedziałek, wtorek, środę, czwartek i piątek;*
- *6 razy w tygodniu tj. w poniedziałek, wtorek, środę, czwartek, piątek i sobotę*

do godziny 12.00 nawierzchni ciągów pieszych z użyciem wody. Użycie wody nie dotyczy oczyszczania ręcznego.

W ramach oczyszczania wykonawca winien usunąć wszelkie zanieczyszczenia z całej oczyszczanej powierzchni, a także usunąć w dowolnej technologii trawę i chwasty wyrastające z nawierzchni ciągu pieszego oraz przy słupach oświetleniowych, murach, wzdłuż ścian budowli lub budynków, studzienek wodościekowych, rynien odpływowych itp.

W przypadku niesystematycznego usuwania roślinności i jej występowania na oczyszczanych chodnikach podstawą do niezaliczenia wykonanych prac w ciągu całego miesiąca, wystarczającymi do uznania za prace wykonane niezgodnie z niniejszym opisem, są dwa protokoły wykazujące te same uchybienia.

1.2. Usuwanie zanieczyszczeń winno się odbywać na całej szerokości i długości w taki sposób, aby nawierzchnia miała widoczną strukturę, a przy krawężnikach woda deszczowa miała swobodny przepływ zgodnie za spadkiem do studzienek wodościekowych, rynien odpływowych. Krawędź chodnika musi być odsłonięta, a krawężnik wyraźnie odznaczać się.

1.3. Szczególną uwagę należy zwrócić na oczyszczanie znajdujących się w ciągach pieszych – nawierzchni wzdłuż ścian budowli lub budynków, miejsc pod ławkami i koszami na śmieci, studzienkami wodościekowymi, rynnami odpływowymi oraz innymi elementami znajdującymi się w ciągach pieszych.

1.4. Przez oczyszczanie należy rozumieć sprzątanie ciągów pieszych w taki sposób, aby nie zamiatać kurzu i zanieczyszczeń na pobocze, jezdnię, inne chodniki i tereny zieleni.

1.5. W technologii zamiatania mechanicznego należy dokonać zraszania, polewania wodą w celu zmniejszenia wydzielania kurzu.

N a w i e r z c h n i a m u s i b y ć c z y s t a.

Na godzinę zakończenia prac teren winien być oczyszczony.

2. Zamawiający przewiduje możliwość zlecania prac w ramach zakresu opcjonalnego oczyszczania ciągów pieszych, które będzie odbywało się wg standardu opisanego powyżej z określeniem obmiaru, miejsca i czasu wykonania.

II. Oczyszczanie terenów zieleni poza pasem drogowym, w tym wybiegów dla psów

1. Oczyszczanie terenów zieleni w okresie letnim, poza pasem drogowym odbywać się będzie na podstawie nw. harmonogramu, różnego w zależności od zadania.

 polega na systematycznym usuwaniu wszelkich zanieczyszczeń:

- 1 raz w tygodniu tj. w piątek;

- 2 razy w tygodniu tj. w poniedziałek i w czwartek;

- 3 razy w tygodniu tj. w poniedziałek, środę, piątek;

- 4 razy w tygodniu tj. w poniedziałek, wtorek, czwartek i piątek;

- 6 razy w tygodniu tj. w poniedziałek, wtorek, środę, czwartek, piątek i sobotę - usuwaniu wszelkich zanieczyszczeń do godziny 12.00 (również w święta), w tym usunięciu powalonych drzew o średnicy do 24 cm, wywozie złamanych konarów oraz innych zanieczyszczeń, które zostaną naniesione w wyniku różnych zjawisk pogodowych, ruchu samochodowego i pieszego, zdarzeń losowych, usuwaniu zwierzęcych odchodów itp.; 2. Oczyszczanie wybiegów dla psów (występuje w rejonie 3):

 6 razy w tygodniu – od poniedziałku do soboty (również w święta); do godziny 12.00 - usuwaniu wszelkich zanieczyszczeń w szczególności psich odchodów, ponadto usunięciu oraz wywozie złamanych konarów oraz innych zanieczyszczeń, które zostaną naniesione w wyniku różnych zjawisk pogodowych itp.;

 Zamawiający przewiduje zlecenie oczyszczania wybiegu dla psów w zakresie opcjonalnym.

3. Zamawiający przewiduje możliwość zlecania prac w zakresie opcjonalnym oczyszczania terenów zieleni, które będzie odbywało się wg standardu opisanego powyżej z określeniem obmiaru, miejsca i czasu wykonania.

Po zmiennie w dniu 26 kwietnia 2024 roku - Załącznik nr 1 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ)

DZIAŁ I

I. Wstęp

1. Przedmiot zamówienia dla zadania 1, 2, 3, 4, 5:

1.1. Przedmiotem niniejszego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia są wymagania dotyczące wykonania i odbioru prac w zakresie:

- letniego i zimowego utrzymanie czystości oraz konserwacji zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym (Dział II i III SOPZ)

- letniego i zimowego utrzymania czystości oraz konserwacji zieleni na terenach zieleni osiedlowej (Dział IV i V SOPZ).

1.2. Zamawiający w trakcie trwania umowy przewiduje: Okres letni – od 16 kwietnia do 31 października, Okres zimowy – od 1 listopada do 15 kwietnia, jednakże są to założenia służące jedynie do kalkulacji przez Wykonawcę ceny ofertowej. Faktyczny okres zimowy będzie powołany i odwołany przez Zamawiającego w zależności od prognozowanych i występujących warunków pogodowych.

1.3. Wykazy terenów dla każdego zadania Zamawiający przekaże Wykonawcy drogą mailową w następujący sposób:

- pierwszy wykaz terenów i lokalizacje koszy – w dniu zawarcia umowy,

- kolejne wykazy terenów – cyklicznie do 25 dnia każdego miesiąca do realizacji prac w następnym miesiącu, (w przypadku braku otrzymania wykazu Wykonawcę obowiązywać będzie wykaz z poprzedniego miesiąca),

- Zamawiający zastrzega sobie możliwość aktualizacji wykazu terenów w trakcie trwania miesiąca.

1.4. Na każdym zadaniu może wystąpić do 5% terenów z ograniczonym dostępem z uwagi na brak dojazdu lub pochylonym terenem. Wykonywanie na nich usług może się wiązać z utrudnieniami i koniecznością wynoszenia odpadów np. skoszonej trawy czy odpadów komunalnych przez klatki schodowe czy prześwity, jak również w okresie zimowym w związku z zabezpieczeniem przed śliskością może wymagać donoszenia piasku wiadrami przez pracowników.

1.5. Wykaz ulic dla każdego zadania stanowi załącznik nr 5 do SOPZ.

1.6. Rodzaj terenów takich jak: chodniki, alejki, drogi osiedlowe, prześwity, trawniki, wybiegi, kosze uliczne, skupiny krzewów, żywopłoty, rabaty mieszane i inne elementy zostały określone w Załącznikach od 1.1 do 1.5 do SWZ - Szacunkowe ilości.

1.7. Zakres rzeczowy, obowiązki Wykonawcy i terminy wykonywania prac zostały określone poniżej.

Izba wskazuje, że zgonie z art. 99 ust. 1 ustawy 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. W ust. 2 ww. przepisu prawodawca podał, że Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług

lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości
i celów.
Zarzut odwołania w powiązaniu z wnioskiem odwołania sprowadza się w zasadzie do braku wskazania lokalizacji tj. wykazu terenów w jakich mają być prowadzone określone prace opisane w Załączniku nr 1 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) oraz określone co do jednostek obmiaru załącznikach 1.1 – 1.5 szacunkowe ilości przez brak wskazania precyzyjnego wykazu terenów na których ma być świadczona usługa. Odwołujący podał również w swoim stanowisku pisemnym, że uzupełnione za pismem z dnia 26 kwietnia 2024 roku wykazy ulic dla poszczególnych zadań nie stanowi doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia. Swoje stanowisko Odwołujący uzasadniał doświadczeniem oraz podnosił, że opis przedmiotu zamówienia nie określa konkretnych lokalizacji co ma wpływ
na wycenę, bowiem w rejonach i na ulicach wskazanych przez Zamawiającego istnieją obszary, które wchodzą w przedmiot zamówienia oraz takie, które nie będą obsługiwane.
W pisemnym stanowisku Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie podał tego numerów posesji oraz czynności jakie mają być na nich wykonywane.
W ramach tego zarzutu odwołania wskazane zostały również okoliczności odnoszące się
do nieograniczonych ilości dokonywania zmian zakresu, ilości i miejsca wykonywania usług bez sprecyzowania okoliczności w tym zakresie. Odwołujący wskazując na pkt 8 Rozdziału IVSWZ.
Izba wyjaśnia w tym miejscu, że zgodnie z obowiązującą ustawą obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia.
W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Odwołujący podnosił, w tym argumentował
na rozprawie, że brak jednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia skutkuje problemem w realizacji zamówienia na okoliczność czego przedstawił dowód pisma z dnia 9 maja 2024 roku oraz załączone dokumenty do pisma procesowego. Odwołujący podnosił, że braki w opisie przedmiotu zamówienia, niepełny opis przedmiotu nie pozwala na identyfikacje terenów objętych przedmiotem zamówienia, na tle czego dochodzi do sporów sądowych, między Zamawiającym a Odwołującym, w ramach bieżącej obecnie realizacji zamówienia. Wynika to z tego, że Odwołujący otrzymuje zlecenie wykonania określonych czynności
na wskazanej w zleceniu ulicy wraz ze wskazaniem ilości jednak nie ma wskazanego, które dokładnie obszary na określonej ulicy wchodzą w zleconą ilość.
Co istotne, Odwołujący wyjaśniał w kontekście podniesionego zarzutu odwołania,
że szczegółowy w poprzednim postępowaniu opis przedmiotu zamówienia był dużo bardziej szczegółowy (w wykazie znajdowały się numery działek na ulicach czy krotności wykonywania usługi) ale i tak nie zniwelowało to problemów realizacyjnych.
Odwołujący wyjaśniał, że doświadczenie to prowadzi do wniosku, że niezbędne jest wnioskowane uszczegółowienie opisu przedmiotu, tak aby nie następowały problemy
ze zleceniami wykonania usługi co do faktycznego terenu, obszaru na którym ma być realizowana usługa.
Wymaga podkreślenia, że opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący,
co oznacza m.in., że powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy.
Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu oferty w tym kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji
w SWZ w odniesieniu do elementów opisu przedmiotu zamówienia. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, Zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne – począwszy od nieporównywalności ofert, zawyżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania przedmiotu zamówienia, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla Zamawiającego wyniku postępowań sądowych. W rozpoznawanym przypadku Odwołujący wskazywał
na prowadzone postępowania sądowe o zapłatę – wyrok SR w Bytomiu z dnia 14 lipca 2022 roku sygn. akt I C 509/21 w wyniku realizacji tożsamego zamówienia u tego Zamawiającego, których właśnie podwaliną był opis przedmiotu zamówienia i sposób realizacji zamówienia. W wyroku tym wskazano, że orzeczeniem SA w Warszawie z dnia 23 grudnia 2019 roku sygn. akt VII Aga 215/19, że ryzyko gospodarcze wynikające z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia obciąża Zamawiającego, który nie może go przerzucać
na wykonawcę. Sąd Rejonowy w Bytomiu zwrócił również uwagę, że Zamawiający nadal posługiwał się jedynie nazwami ulic oraz obmiarem, który nie wiadomo jakich terenów dotyczy. Izba podkreśla w tym miejscu, że opis przedmiotu zamówienia nieuwzgledniający wszystkich okoliczności i wymagań narusza art. 99 ust. 1 ustawy oraz narusza zasady

prawa zamówień publicznych w tym zasadę uczciwej konkurencji, a także przejrzystości postępowania o zamówienie. Izba podkreśla również, że zgonie z orzeczeniem Sądu Rejonowego w Bytomiu wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia ulic i powierzchni nie było wystarczające dla ustalenia terenów wchodzących w skład zlecenia.
W orzecznictwie Izby podkreśla się obowiązywanie generalnej zasady, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności zawarte w dokumentach zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, co wynika z paremii *in dubio contra proferentem*, („wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi"). Postanowienia SWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma
na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Wspomniana już powyżej wyrażona w ustawie zasada przejrzystości oznacza zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie
z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (sygn. akt KIO 1905/19).
W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby, niezbędnym jest uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia, niezależnie od wskazanych wykazów ulic oraz szacunkowych ilości (obmiarów
i krotności), a także załączonych map rejonów (które w żaden sposób nie odnoszą się
do terenów objętych przedmiotem zamówienia) o informację odnoszące się do precyzyjnego i jednoznacznego wykazania terenów, na których wykonawca będzie miał świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia. Z wyroku Sądu Rejonowego w Bytomiu wynika jednoznacznie, że problem poddany pod rozpoznanie sądu dotyczył rozwiania wątpliwości odnoszących się do stwierdzenia czy powierzchnia danej skarpy jest ujęta w obmiarze danej ulicy – ale to jak zauważył sąd możliwe było do rozstrzygnięcia w oparciu o mapy obrazujące powierzchnię wskazanych terenów, zaiste terenów, które zaiste objęte przedmiotem zamówienia. Dodatkowo należy zaznaczyć, że możliwe jest jednoznaczne i precyzyjne podanie terenów objętych zamówieniem, czego dowodzi przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja pochodząca z innego zamówienia (mapy i zdjęcia z oznaczonymi terenami świadczenia usługi).
Izba podkreśla, że szczegółowy, pełny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia wymaga odniesienia między innymi do takich elementów, przez odniesienia wskazanych obszarów
w terenie z uwzględnienie chodników, alejek, dróg osiedlowych, prześwitów, trawników, wybiegów, koszy ulicznych, skupin krzewów, żywopłotów, rabat mieszanych i innych objętych przedmiotem zamówienia (jak np. skarpa); wskazania map poglądowych
z poszczególnych lokalizacji z oznaczeniem granic nieruchomości umożliwiające w ten sposób rozpoznanie w terenie. Katalog ten jest otwarty i może zawierać inne elementy, jednakże skutkiem uzupełninia opisu przedmiotu zamówienia ma być możliwość identyfikacji terenów objętych przedmiotem zamówienia.

Izba nakazała uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o jednoznaczne, precyzyjne wskazanie terenów objętych przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do stwierdzenia z odwołania, ze wskazaniem na Rozdział IV pkt8 i 9 SWZ, Izba uznała, że w zakresie tego stanowiska Odwołującego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia. Poprzestanie na stwierdzeniu, że Zamawiający będzie miał prawo
do nieograniczonego w zakresie ilości i częstotliwości zmian w zakresie zlecenia wykonywanych robót w żadne sposób nie zostało przez Odwołującego uzasadnione. Izba nie ma możliwości poddania ocenie stwierdzenia Odwołującego, które w żaden sposób nie jest uzasadniane, nie jest wyjaśniane w kontekście naruszeń przepisów ustawy. Izba
nie domyśla się za wykonawcę argumentacji. Tym samym w tym zakresie zarzut odwołania jest niezasadny.
Mając na uwadze powyższe, w granicach zarzutu odwołania, Izba nakazała uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o jednoznaczne, precyzyjne wskazanie terenów objętych przedmiotem zamówienia.

W zakresie zarzutu 4 odwołania - naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 5 KC przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z realizacją zamówienia, wobec takiego ukształtowania postanowień projektu Umowy oraz SOPZ, który pozostawia po stronie Zamawiającego dowolność decydowania o zlecaniu usług w ramach przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym postawieniu wymagań dot. gotowości zarówno personelu jak i sprzętu do działania bez uzyskiwania wynagrodzenia za czas gotowości, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353(1) kodeksu cywilnego.

Izba postanowieniem wydanym w punkcie 1 tenoru wyroku umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:
- zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustaw Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do określenia gwarantowanego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie min. 80% zakresu prac lub wykreślenia z postanowień specyfikacji warunków zamówienia

obowiązków wykonawcy w zakresie opisanym w SOPZ – załącznik nr 1 do SWZ jako Podstawowe obowiązki Wykonawcy – punkt III – polegające na zapewnieniu na wyłączność Zamawiającego stałego i całodobowego kontaktu telefonicznego osoby odpowiedzialnej
za realizację zamówienia z ramienia wykonawcy, a także utrzymanie w gotowości technicznej sprzętu, a także wykreślenie zastrzeżenia zawartego w SOPZ – Załącznik nr 1 do SWZ polegającego na możliwości zlecenia prac interwencyjnych, które nie będą wliczone do wydajności w ramach złożonej oferty poprzez zlecenie, które winno być realizowane nie później niż w terminie 3 godzin od otrzymania zgłoszenia w dowolnym momencie.

Zarzut został skierowany do rozpoznania w zakresie odnoszącym się
do wnioskowanego wykreślenia – obowiązku zapewnienia transportu Zamawiającego podczas czynności odbiorowych (str. 14 pkt II ppkt 3 SOPZ) oraz wprowadzenia
do Formularza cenowego pozycji wynagrodzenia za gotowość co najmniej w okresie zimowym dla 10 pracowników dla zadania i konsekwentnie wprowadzenia postanowień regulujących wypłatę wynagrodzenia w projektowanych postanowieniach umowy.

W odniesieniu do wnioskowanego wykreślenia – obowiązku zapewnienia transportu Zamawiającego podczas czynności odbiorowych (str. 14 pkt II ppkt 3 SOPZ)
Izba ustaliła:
Rozdział XVII - *sposób obliczenia ceny*
1. Wykonawca podaje łączną cenę brutto w Formularzu Ofertowym dla danego Zadania,
stanowiącym Załącznik nr 3a oraz poszczególne ceny jednostkowe ryczałtowe
w Formularzu cenowym netto:
- *dla Zadania 1 stanowiącego Załącznik nr 3.1 do SWZ,*
- *dla Zadania 2 stanowiącego Załącznik nr 3.2 do SWZ,*
- *dla Zadania 3 stanowiącego Załącznik nr 3.3 do SWZ,*
- *dla Zadania 4 stanowiącego Załącznik nr 3.4 do SWZ,*
- *dla Zadania 5 stanowiącego Załącznik nr 3.5 do SWZ.*

2. Wykonawca winien skalkulować łączną cenę oferty z podziałem na zakres podstawowy oraz zakres opcjonalny, z uwzględnieniem obowiązującego podatku VAT
3. Wykonawca oblicza cenę oferty (z VAT) z uwzględnieniem zapisów zawartych w SWZ
i załącznikach. Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SOPZ oraz postanowieniami umowy w szczególności koszt pracy sprzętu i urządzeń, zakupu materiałów, koszty wynagrodzenia osób wykonujących usługę itp. Cena oferty winna uwzględniać ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, w szczególności związane ze zmianą cen czy wynagrodzeń za świadczone usługi.
Załącznik nr 1 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ)
3.Odbiór prac następuje podczas objazdu w terenie, w którym powinna uczestniczyć osoba odpowiedzialna za realizację zamówienia z ramienia Wykonawcy wpisana do umowy oraz PZ.
Transport samochodem osobowym zapewnia Wykonawca (miejsce spotkania siedziba MZDiM Bytom ul. Smolenia 35).

Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania nie sposób dopatrzeć się jakiejkolwiek argumentacji faktycznej odnoszącej się
do tego postanowienia SOPZ. W uzasadnieniu w jednym zdaniu wymienione zostały koszty transportu przedstawiciela Zamawiającego na wezwanie, obok innych kosztów, w kontekście niemożliwości rozliczenia, bowiem nie ma takiej podziałki w Formularzu cenowym.
W zasadzie jedynym uzasadnieniem Odwołującego jest to, że nie została przewidziana określona podziałka dla takich kosztów w Formularzu cenowym. W ocenie Izby
to stanowisko nie jest wystarczające do uwzględnienia zarzutu w tym zakresie. W ocenie Izby Odwołujący pominął w zupełności przytoczony powyżej sposób obliczenia ceny zawarty w Rozdziale XVII SWZ i wskazany tam punkt 3, że c*ena oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SOPZ oraz postanowieniami umowy w szczególności koszt pracy sprzętu i urządzeń, zakupu materiałów, koszty wynagrodzenia osób wykonujących usługę itp.*
Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego uważa, że ten właśnie koszt nie może zostać rozliczony (wydaje się, że chodziło o skalkulowanie), skoro Zamawiający przewidział skalkulowanie kosztów sprzętu i urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił też dlaczego niemożliwe było skalkulowanie kosztów obowiązku transportu Zamawiającego podczas czynności odbiorowych. Żadna argumentacja w tym zakresie nie została przedstawiona w odwołaniu. W ocenie Izby zarzut odwołania w tym zakresie, z uwagi na brak jego argumentacji faktycznej jest niezasadny.

W tym zakresie Izba powołuje w całości stanowisko wyrażone na wstępie rozpoznania tego odwołania, a odnoszące się do konstrukcji zarzutu odwołania.

W odniesieniu do powiązania zarzutu z wnioskiem o wprowadzenie do Formularza cenowego pozycji wynagrodzenia za gotowość co najmniej w okresie zimowym dla
10 pracowników dla zadania i konsekwentnie wprowadzenia postanowień regulujących wypłatę wynagrodzenia w projektowanych postanowieniach umowy.

Izba ustaliła

Rozdział IV SWZ - *opis przedmiotu zamówienia*

7. Zamawiający wymaga min. 10 pracowników do realizacji prac w zakresie letniego i zimowego utrzymania czystości dla każdego zadania odrębnie.

W Załączniku nr 2 do SWZ - *projektowane postanowienia umowne przedmiot umowy*

OBOWIĄZEK ZATRUDNIENIA NA PODSTAWIE UMOWY O PRACĘ

§ 9

1. Na podstawie z art. 95 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający wymaga, aby osoba/ osoby które wykonywać będą czynności polegające na koordynacji prac polegających

na koszeniu, usuwaniu oblodzeń, opróżnianiu koszy, sprzątaniu i zamiataniu była/y zatrudniona/e przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę

Izba w zakresie podniesionego zarzutu odwołania podzieliła argumentację Zamawiającego. Postanowienie zawarte w projektowanych postanowienia umowy w § 9 ust. 1 w swoim literalnym brzmieniu odnosi się jednoznacznie w ocenie Izby do osób zatrudnionych na stanowisku koordynatorów prac, które zostały wymienione przez Zamawiającego. Jednocześnie zgodnie z Rozdziałem IV SWZ Zamawiający określił jedynie, że do „realizacji prac" w ramach każdego zadania wymaga 10 pracowników, co oznacza
w ocenie Izby w sposób jednoznaczny i oczywisty, że te 10 osób nie muszą być zatrudnione na umowę o pracę, bowiem takie wymagania nie wyartykułował Zamawiający. Nie sposób w oparciu o interpretację opartą na użyciu określenia „pracowników" domniemywać, że wymaganie Zamawiającego odnosi się do obowiązku zatrudnienia tych osób na podstawie umowy o pracę. Należy podkreślić, że przepisy ustawy w jednoznacznie określają wymagania w stosunku do Zamawiającego, w odniesieniu do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku świadczenia usług. Odwołujący nie wskazał, aby takie szczegółowe wymagania zostały przez Zamawiającego ukształtowane w odniesieniu do osób mających realizować usługę w ramach każdego z zadań. W ramach dokumentacji zamówienia brak jest podania jednoznacznego wymagania, że te 10 osób ma być zatrudnionych na umowę o pracę.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdza, że Zamawiający nie żąda zatrudnienia
na umowę o pracę 10 pracowników, bo nigdzie nie ustanowił takiego wymagania w zakresie każdego z zadań i jednocześnie nie wynika z argumentacji Odwołującego,
aby koordynatorzy prac wskazani w projektowanych postanowienia umowy w § 9 ust. 1 – którzy muszą być zatrudnieni na umowę o pracę – byli zatrudniani w ilości 10 pracowników dla zadania to argumentacja Odwołującego z odwołania jest niezasadna. Tym samym wniosek o wprowadzenie do formularza cenowego pozycji wynagrodzenia za gotowość
co najmniej w okresie zimowym dla 10 pracowników dla zadania i konsekwentnie wprowadzenia postanowień regulujących wypłatę wynagrodzenia w projektowanych postanowieniach umowy jest niezasadny. Odwołujący błędnie ustalił stan faktyczny
i w oparciu o błędnie ustalony stan faktyczny budował w odwołaniu argumentację, która
w obliczu prawidłowego określenia stanu faktycznego nie może się ostać.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut 4 w zakresie skierowanym
do rozpoznania za niezasadny.

<u>Koszty:</u>

Izba uwzględniała odwołanie w części, tj. w zakresie objętym zarzutem 2 i 3.

Zgodnie z art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty z tytułu wpisu
od odwołania oraz zawnioskowane koszty przez Zamawiającego 3 600,00 zł oraz Odwołującego 3 600,00 zł.

Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego 1 800,00 zł stosowanie do wyniku postępowania.

Izba zasadziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 9 300,00 zł tj. proporcjonalnie
do wyniku postępowania uwzgledniające koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie
3 600,00 zł oraz koszty poniesionego wpisu 7 500,00 zł stosowanie do wyniku postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 oraz 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.
Przewodnicząca: ……..