

Sygn. akt KIO 1517/24

Sygn. akt KIO 1520/24

Sygn. akt KIO 1531/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Joanna Gawdzik-Zawalska

Maria Kacprzyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawców:

A.ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rusku (KIO 1517/24)

B.FBSERWIS WROCŁAW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielawie Wrocławskich (KIO 1520/24)

C.WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu (KIO 1531/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale uczestników po stronie Odwołujących

A.FBSERWIS WROCŁAW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielawie Wrocławskich w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24 oraz KIO 1531/24

B.CHEMEKO-SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ZAKŁAD ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24, KIO 1520/24 oraz KIO 1531/24

C.WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24 oraz KIO 1520/24

D.S & A SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24, KIO 1520/24 oraz KIO 1531/24

E.ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rusku w sprawie o sygn. akt KIO 1520/24 oraz KIO 1531/24

F.ROBOT 1 B. ORZECZOWSKA I Z. GRYGLEWICZ SPÓŁKA JAWNA z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1531/24

orzeka:

KIO 1517/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako 1 lit. b. oraz 3 w *petitum* odwołania
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako 4 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowienia § 17 projektów umów stanowiących załączniki do specyfikacji warunków zamówienia poprzez wprowadzenie prawa wykonawcy do złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia lub zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, bez ograniczenia wyłącznie do łącznego spełnienia wszystkich okoliczności wymienionych w § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) tiret jeden do trzy
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rusku w części 3/4 oraz zamawiającego Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w części 1/4 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rusku

Rusku kwotę 1 950 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 1/4 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 1520/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako 1 lit. a. i b., 2 lit. a., b. c. i d., 3 lit. a. 4 oraz 6 w *petitum* odwołania
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako 3 lit. b w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie postanowienia § 9 ust. 4 projektów umów stanowiących załączniki do specyfikacji warunków zamówienia
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę FBSEWIS WROCŁAW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanych Wrocławskich w części 1/2 oraz zamawiającego Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w części 1/2 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy FBSEWIS WROCŁAW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanych Wrocławskich kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania
 - 4.3. znosi wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 1531/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako 7, 8, 9 oraz 10 w części z wyłączeniem następujących parametrów: odporności na wibracje, odporności na uderzenia, temperatury pracy, atestu EMC:E oraz możliwości zapisu z 3 kamer na 3 kanały jednocześnie w *petitum* odwołania
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako 11 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowienia § 17 projektów umów stanowiących załączniki do specyfikacji warunków zamówienia poprzez wprowadzenie prawa wykonawcy do złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia lub zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, bez ograniczenia wyłącznie do łącznego spełnienia wszystkich okoliczności wymienionych w § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) tiret jeden do trzy
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu w części 9/10 oraz zamawiającego Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w części 1/10 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 851 zł 00 gr (słownie: osiemset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 4.2. zasądza od wykonawcy WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu kwotę 1 295 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 1/10 sumy kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....
.....

Sygn. akt KIO 1517/24

Sygn. akt KIO 1520/24

Sygn. akt KIO 1531/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław”, nr referencyjny: 1/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2024 r. pod numerem: 232302-2024.

KIO 1517/24

W postępowaniu tym wykonawca ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI SPÓŁKA Z OGRANICZODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rusku (dalej: „Odwołujący”, „ENERIS”) w dniu 29 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 433 pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, który prowadzi do przerzucenia ryzyk związanych z nieokreślonością przedmiotu zamówienia oraz sposobem komunikacji na wykonawcę, w tym:

a.określenie obowiązku odbierania, transportu i przekazania do zagospodarowania odpadów, których kody nie zostały określone, czyli bez określenia zakresu zamówienia;

b.określenie możliwości wydawania ustnych poleceń co do sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia, bez możliwości rejestracji ich treści

2.art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 3, art. 436 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez narzucenie sposobu obliczenia ceny za gotowość techniczną w sposób, który zupełnie nie odzwierciedla rzeczywistie poniesionych kosztów

3.art. 239 ust. 2 w zw. art. 240, w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert odnoszącego się do aspektu społecznej i zawodowej integracji osób z grup defaworyzowanych, w sposób nie pozwalający na wybór oferty faktycznie najkorzystniejszej, niejednoznaczny i naruszający zasadę równego traktowania stawiając w lepszej sytuacji podmioty, które zatrudniają osoby z określonych grup od niedawna w stosunku do podmiotów, które czynią to do lat.

4.art. 439 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia, które spełniałyby wymagania określone w tym przepisie tj. określenie zmian w oparciu o trzy czynniki, które muszą zaistnieć łącznie, podczas gdy zaistnienie chociażby jednego z nich stanowi wystarczającą i uzasadnioną podstawę do zmiany wynagrodzenia

5.art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „k.c.” lub „Kodeks cywilny”), 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez zastrzeżenie w § 9 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny.

Odwołujący wniósł o:

nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w treści uzasadnienia w zakresie poszczególnych zarzutów.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

W zakresie obowiązku odebrania odpadów z ramach wykonywania prac porządkowych

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Działem VI Załącznika nr 1A do SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z załącznikami – zad. nr od 1 do 5” (dalej również „OPZ 1-5”) Przedmiot zamówienia obejmuje:

1)powierzchniowe prace porządkowe w granicach nieruchomości wskazanych przez Zamawiającego, które polegać będą na m.in.:

- a)zebraniu sposobem ręcznym odpadów zalegających na terenie wyznaczonych nieruchomości,
- b)załadunku odpadów na środki transportowe Wykonawcy,
- c)transporcie i rozładunku odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, składowania bądź unieszkodliwienia odpadów,
- d)przekazaniu odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów,

2)usuwanie nielegalnych wysypisk odpadów, które będzie polegać na:

- a)zebraniu sposobem ręcznym lub mechanicznym odpadów zalegających we wskazanych lokalizacjach na terenie wyznaczonych nieruchomości,
- b)uporządkowaniu powierzchni z luźno rozrzuconych odpadów, w obszarze wyznaczonego terenu, po usunięciu skupisk odpadów,
- c)załadunku odpadów na środki transportowe Wykonawcy,
- d)transporcie i rozładunku odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, składowania bądź unieszkodliwienia odpadów,
- e)przekazaniu odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów.

Zdaniem Odwołującego takie określenie przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów opisanych w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonywanie czynności związanych z odbieraniem, transportem i zagospodarowaniem odpadów wymaga posiadania określonych uprawnień (w zakresie och odbierania, transportu i zagospodarowania). W zależności od rodzaju odpadu uprawnienia się różnią. Ich pozyskanie wymaga spełniania określonych wymagań i czasu. Brak określenia rodzajów odpadów jakie będą odbierane w ramach ww. ramach zamówienia nie pozwala wykonawcy na określenie, czy uprawnienia takie posiada, czy też musi skorzystać z usług podwykonawców (a jeśli tak to których i jaki będzie koszt ich usług). Nie jest możliwe przygotowanie oferty w taki sposób, że wykonawca „na wszelki wypadek” zabezpieczy podwykonawców dla każdego rodzaju odpadów.

Dodatkowo odbiór, transport i zagospodarowanie różnych frakcji odpadów są różnie wyceniane, a zagospodarowanie niektórych frakcji jest bardzo kosztowne, z uwagi na ich specyfikę, wymogi prawne itp. Wykonawca nie jest w stanie wycenić w ramach oferty działań, których zakresu nie zna i nie może nawet w przybliżeniu określić.

Odwołujący podniósł, że mogą to być odpady niebezpieczne takie jak substancje płynne w ostatnim czasie odnajdowane są na nielegalnych wysypiskach (o bliżej nieokreślonym składzie) lub np. eternit, czyli azbest (również odpad niebezpieczny), odpady medyczne, filtry, których utylizacja jest kosztowna. Odpady takie nie są odbierane w ramach usługi odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców, nie mogą trafić do PSZOK dlatego nierzadko trafiają właśnie na dzikie wysypiska. Koszt utylizacji takich odpadów jest znaczny, a do ich odbioru i transportu konieczne jest spełnienie dodatkowych wymagań (uprawnień). Co istotne Zamawiający nie ograniczył przedmiotu zamówienia w tym zakresie do odpadów komunalnych, ale objął nim wszystkie odpady, w tym niebezpieczne, co stanowi zakres niemożliwy do skalkulowania i być może niemożliwy do wykonania.

Określenie zatem obowiązku odebrania, transportu i przekazania odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów, w przypadku bliżej nieokreślonych odpadów nie spełnia wymogów określoności przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego takie działanie stanowi przerzucenie na wykonawcę wszystkich ryzyk związanych z konsekwencjami pojawienia się odpadów w miejscach do tego nieprzeznaczonych. Tymczasem to Zamawiający jest odpowiedzialny za ww. teren. Wykonawca, który zobowiązuje się do utrzymania czystości na danym terenie może zobowiązać się, w granicach z góry określonej ceny na odebranie określonych wcześniej rodzajów odpadów (odpady komunalne określone kodami, wymienionymi w Rozdziale IV SWZ - warunki udział w postępowaniu). W pozostałym zakresie Wykonawca może poinformować Zamawiającego, że na danym terenie zostały zgromadzone inne odpady, a ten, w zależności od ich rodzaju, podjąć dalsze działania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania, że w ramach działań opisanych w Dziale VI Wykonawca odbierze odpady o kodach wyszczególnionych w Rozdziale IV SWZ, co do których Wykonawca wybrany do wykonania zamówienia ma odpowiednie zezwolenia.

W zakresie sposobu ustalenia wynagrodzenia za gotowość techniczną

Zgodnie z Działem I Załącznika 1A do SWZ:

6) Gotowość techniczna – takie przygotowanie pod względem organizacyjnym, kadrowym, sprzętowym, materiałowym i logistycznym do przystąpienia do akcji, niezależnie od dni wolnych i świąt, aby wykonawca mógł rozpocząć akcję zimowego utrzymania na zadaniu wymaganą ilością sprzętu w ciągu 1 godziny od wydania dyspozycji przystąpienia do akcji (z zastrzeżeniem, że co najmniej 25% sprzętu powinno wyjechać z bazy w ciągu 15 minut, co najmniej 50% sprzętu powinno wyjechać z bazy w ciągu 30 minut, co najmniej 75% sprzętu powinno wyjechać z bazy w ciągu 45 minut). Wykonawca prac winien utrzymywać gotowość techniczną niezależnie od panujących warunków atmosferycznych i obowiązującego standardu utrzymania dróg. W oparciu o powyższy zapis Zamawiający ma prawo zażądania skierowania do prowadzenia akcji całego sprzętu wymaganego w umowie.

W Dziale II Rozdziale III OPZ: wskazano, że: 2.12. Szczegółowe zasady ustalania wysokości wynagrodzenia za oczyszczanie zimowe:

- 1)w sezonie zimowym Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie dwuskładnikowe, za gotowość techniczną i za prowadzenie akcji oczyszczania jezdni w technologii zimowej,
- 2)gotowość techniczna oznacza przygotowanie Wykonawcy pod względem organizacyjnym, kadrowym, sprzętowym, materiałowym i logistycznym do przystąpienia do akcji, niezależnie od dni wolnych i świąt, w taki sposób, aby Wykonawca mógł rozpocząć akcję zimowego utrzymania na zadaniu wymaganą ilością sprzętu w ciągu 1 godziny, z zastrzeżeniem, że 25% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 15 minut, 50% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 30 minut, 75% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 45 minut i 100% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 1 godziny od wydania dyspozycji przystąpienia do akcji. Wykonawca prac winien utrzymywać gotowość techniczną niezależnie od panujących warunków atmosferycznych i obowiązującego standardu utrzymania dróg. W oparciu o powyższy zapis Zamawiający ma prawo zażądania skierowania do prowadzenia akcji całego sprzętu, wymaganego dla danego zadania w SWZ (cz. II w Instrukcji dla Wykonawców).

Jak wynika z treści formularza Załączników IIIA – IIIE, Gotowość techniczna nie może być wyceniona na kwotę wyższą niż kwota stanowiąca 5% wartości określonych czynności: „wartość netto w kol. 10 i 17 Gotowości technicznej z pozycji nr 1 nie może być wyższa niż 5% sumy kwot odpowiednio dla kolumny 10 i 17 z pozycji nr 2-8, 19, 20, 22, 24, 31, 41, 42,” Są to:

- 2. Akcja zimowego oczyszczania I kolejność
- 3. Akcja zimowego oczyszczania II kolejność
- 4. Akcja zimowego oczyszczania III kolejność
- 5. Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I kolejność
- 6. Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej II kolejność
- 7. Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej III kolejność
- 8. Oczyszczanie ręczne jezdni w sezonie zimowym w technologii zamiennej
- 19. Oczyszczanie dróg dla pieszych i dróg dla pieszych i rowerów w sezonie zimowym
- 20. Oczyszczanie dróg dla pieszych i dróg dla pieszych i rowerów w sezonie zimowym
- 22. Oczyszczanie parkingów w sezonie zimowym stała czystość
- 24. Oczyszczanie przystanków w sezonie zimowym
- 31. Oczyszczanie wydzielonych dróg dla rowerów w sezonie zimowym
- 41. Oczyszczanie przejścia podziemnego al. Ignacego Jana Paderewskiego w sezonie zimowym
- 42. Usuwanie śniegu z pasa drogowego

W ocenie Odwołującego takie odgórne określenie ceny za gotowości w żaden sposób nie odzwierciedla nawet w przybliżeniu kosztów jakie ponosi wykonawca za utrzymanie w gotowości sprzętu, zasobów i osób w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że gotowość do wykonywania zamówienia stanowi istotną część kosztów jakie ponosi wykonawca. Obejmuje koszty utrzymania w gotowości całego sprzętu, infrastruktury, w tym bazy sprzętowo – transportowej, personelu. Gotowość ma zapewnić możliwość podjęcia akcji całym sprzętem w przeciągu 1 h, zatem mowa jest to stałej podwyższonej gotowości. Takie działania wymagają zaangażowania kosztów, które wykonawca ponosi niezależnie od tego, czy podejmie akcję zimowego oczyszczania, kiedy je podejmie i w jakim zakresie. Zważywszy, że pozostałe pozycje rozliczane są tylko w przypadku zaistnienia konieczności wykonania czynności zimowego utrzymania wskazanych terenów, wynagrodzenie za gotowość powinno pozwolić wykonawca na pokrycie kosztów owej gotowości, która jest elementem niezbędnym do należytego wykonania zamówienia, z uwagi na jego specyfikę.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający znacząco obniża wynagrodzenie wykonawcy za gotowość, w stosunku do poprzednio obowiązujących umów, poprzez zmianę sposobu jego obliczenia. Czyni to kwotę jaka zostanie wypłacona za gotowość zupełnie nieadekwatną do ponoszonych kosztów. O ile sam fakt założenia, żeby wynagrodzenie to stanowiło procentowy udział ceny całkowitej, czy nawet częściowej jest z punktu widzenia Zamawiającego zrozumiałe, Zamawiający nie chce, aby wykonawcy określali ten element na poziomie zbyt wysokim, z uwagi, że jest jedynym pewnym elementem wynagrodzenia. Jednak w niniejszym Postępowaniu to sam Zamawiający tak ukształtował warunki zamówienia, że obliczona procentowo kwota za gotowość nie pokrywa, w żadnej mierze nawet części faktycznych kosztów za gotowość.

Odwołujący podniósł, że w poprzednich postępowaniach, Zamawiający również odnosił tę część wynagrodzenia do procentowej wartości ceny ofertowej i również wynosił on 5%. Jednakże co istotne, w poprzednich postępowaniach 5% odnosiło się co całej ceny oferty netto (sumy wszystkich pozostałych pozycji formularza). Obecnie Zamawiający wybrał tylko 14 spośród 48 pozycji formularza i do nich odniósł cenę 5%. Zatem już ten tylko zabieg powoduje znaczące obniżenie ceny za gotowość.

W poprzednich postępowaniach zadania opisane w częściach 1- 5 i zadania opisane w częściach 6-17 objęte były jednym zamówieniem; zamówienie podzielone było na 5 części a każda z nich obejmowała czynności o obrębie pasów drogowych i terenów zewnętrznych. Wydzielone części 6-17 to w ocenie Odwołującego nawet do 30% wartości zamówienia, które wcześniej wchodziły z zakres części 1-5. Oznacza to, że również ta wartość w poprzednich postępowaniach stanowiła element formularza, a cena za wykonanie tych zadań wliczała się do podstawy dla wyliczenia 5% kwoty za gotowość techniczną. Tak obliczona cena za gotowość oddawała, w ocenie Odwołującego przybliżony zakres kosztów jakie ponoszą wykonawcy, chroniąc samego zamawiającego przed nieuczciwym „przerzuceniem” cen z pozycji rozliczanych kosztorysowo do ryczałtowej. Jednak w obecnym Postępowaniu zmiana proponowana przez Zamawiającego oznacza, że to Zamawiający stara się „przerzucić” wynagrodzenie za gotowość do innych pozycji lub zupełnie je pominąć. Dodatkowo Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za gotowość w okresie od 1 do 15 kwietnia i od 15 do 31 października każdego roku trwania umowy, kiedy to musi dysponować na bazie sprawnymi czterema pługosyparkami jezdniowymi (na jedno zadanie) – zgodnie z Działem II Rozdział II pkt 1 ppkt 6 Załącznika 1A. 2.12. Szczegółowe zasady ustalania wysokości wynagrodzenia za oczyszczanie zimowe:

1)w sezonie zimowym Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie dwuskładnikowe, za gotowość techniczną i za prowadzenie akcji oczyszczania jezdni w technologii zimowej.

Zgodnie z Działem I Załącznika 1A do SWZ

15) Sezon letni – obowiązuje od dnia 1 kwietnia do dnia 31 października.

16) Sezon zimowy – obowiązuje od dnia 1 listopada do dnia 31 marca

Oznacza to, że łącznie przez 30 dni Wykonawca musi utrzymywać w gotowości 4 pługosyparkami jezdniowymi na jedno zadanie (nie może ich wykorzystać w inny sposób) wraz z gotową załogą bez jakiegokolwiek wynagrodzenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez zmianę zasad ustalenia ceny poprzez wskazanie, że wartość netto w kol. 10 Gotowości technicznej z pozycji nr 1 nie może być wyższa niż 15% kwoty z pozycji nr 61 (dla zadania 1), pozycji 50 (dla zadania 2), pozycji 49 (dla zadania 3), pozycji 48 (dla zadania 4), pozycji 53 (dla zadania 5). Wniósł również o nakazanie zmiany SWZ poprzez zobowiązanie Zamawiającego do takiego ukształtowania treści SWZ aby Zamawiający wypłacał wynagrodzenie za gotowość również w okresach od 1 do 15 kwietnia i od 15 do 31 października każdego roku trwania umowy.

W zakresie waloryzacji

W § 17 ust. 3 pkt 5) Załącznika A – dla zadania 1 oraz Załącznika B – dla zadań nr od 2 do 5 Warunkiem dokonania ww. zmiany są następujące sytuacje:

5) *ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta, tj. cen materiałów lub kosztów, pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 6 umowy).*

W przypadku wniosku warunki, których łączne spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia, to:

- *udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego, że w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów paliwa wykorzystywanego w realizacji przedmiotu umowy, udokumentowana na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego na stacjach paliw w Polsce*
- *udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie weryfikowana na podstawie następujących wzorów:*
- *udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej.*

Dalej Zamawiający opisuje sposób obliczenia zmian przy zastosowaniu wskaźników, wskazując:

Powyższy sposób udokumentowania trzech powyższych przesłanek stanowić będzie dostateczny sposób uzasadnienia żądania zmiany wynagrodzenia na podstawie zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia. Brak wykazania powyższych przesłanek nie wyklucza możliwości udokumentowania w inny sposób przez Wykonawcę lub Zamawiającego wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek ewentualnej zmiany innych kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia. Poziom istotności oznacza co najmniej 10% udział w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, wykazywany na podstawie pomiarowego wzoru: (...).

Zdaniem Odwołującego tak sformułowane zasady zmiany wynagrodzenia, które Zamawiający oparł o trzy

niezależne od siebie, ale wynikowe czynniki powoduje, że wykonawca, którego koszty zmiany wynagrodzenia w wielu sytuacjach nie będzie miał możliwości nawet złożenia odpowiedniego wniosku. W ocenie Odwołującego zasady te w sposób nierówny traktują strony, co nie znajduje żadnego uzasadnienia. Wykonawca w celu rozpoczęcia procedury zmiany wynagrodzenia musi wykazać istnienie trzech dodatkowych czynników, które muszą zaistnieć łącznie, podczas, gdy każdy z nich niezależnie od siebie może powodować wzrost kosztów świadczenia usługi. Zakładając, że koszty paliw wzrastają drastycznie, znacznie przekraczać określony w umowie współczynnik 6% np. o 30%, jednak jednocześnie nie rosą od razu koszty wynagrodzeń, Wykonawca mimo, że w celu wykonywania usługi ponosi koszty znaczenie wyższe niż zakładane nie może wnioskować o zmianę wynagrodzenia. Mając na uwadze fakt, że czynniki takie jak wzrost cen paliw, koszty zagospodarowania odpadów oraz koszty pracy są pośrednio powiązane w taki sposób, że wpływają na siebie w czasie, najczęściej mamy do czynienia z sytuacją, że w okresie tych samych 6 następujących po sobie miesięcy nie będą wzrastały w tym samym tempie. Innymi słowy, jeśli ceny paliw wzrosną, to wzrost kosztów pracy instalacji może być widoczny dopiero po 3 – 4 miesiącach (czyli nie zostanie odnotowany w średniej z ostatnich 6 miesięcy), a wzrost kosztów wynagrodzeń może być widoczny jeszcze później. Nie zmienia tego faktu, wskazane przez Zamawiającego wyłączenie, z którego wynika, że ww. trzech wskaźników nie trzeba wykazywać łącznie, jeśli wykonawca wykaże zmianę kosztów w oparciu o inne czynniki. Zasadniczymi czynnikami są tu koszt paliwa i koszt pracy osób, które często ulegają zmianie sekwencyjnie (nie jednocześnie), do tego zamawiający dołączył koszty zagospodarowania, które są stosunkowo niewielkim elementem przedmiotu umowy, jednak ich wzrost jest konieczny dla podniesienia wynagrodzenia przy wzroście cen paliw i pracy osób.

Dalej Zamawiający pozwala powołać się na inne istotne czynniki. Oznacza to, że w przypadku wzrostu kosztów paliwa o 20% i kosztów pracy o 20%, jednak bez wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów Wykonawca nie może ubiegać się o zmianę wynagrodzenia. Dodatkowy wskaźnik istotności pozwala bowiem na wykazanie innych niż koszty niż za paliwo, praca i zagospodarowanie.

W związku powyższym Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany tzw. klauzul waloryzacyjnych w taki sposób, aby przewidywały rzeczywiście mechanizm waloryzacji, a nie podstawę dającą jedynie możliwość zmiany umowy.
- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany § 17 ust. 4 pkt 1 lit e) PPU poprzez wykreślenie zwrotów wskazujących na konieczność łącznego spełnienia i wykazania wszystkich okoliczności wymienionych w tiret jeden do trzy w aby wnioskować o zmianę wynagrodzenia.

W zakresie kar umownych

Odwołujący przytoczył treść art. 433 pkt 1) – 3) ustawy Pzp. Odwołujący odniósł się do art. 483 § 1 k.c., art. 471 k.c. oraz art. 484 § 1 k.c..

Odwołujący wskazał, że bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Poniższe kary nie spełniają tych wymagań.

Zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 2) Wzoru umowy dla części 1-5 (Załącznik A i B): *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: 2) w zakresie oczyszczania pasa drogowego i utrzymania czystości i porządku na terenach zewnętrznych:*

a) *w wysokości:*

- 400,00 zł – za jezdnię o powierzchni do 10.000 m²,
- 800,00 zł – za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m²,
- 1.200,00 zł – za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²

za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim, o których mowa w SOPZ Dział II Rozdział III pkt 1.

b) *w wysokości:*

- 800,00 zł – za jezdnię o powierzchni do 10.000 m²,
- 1.600,00 zł – za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m²,
- 2.400,00 zł – za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²

za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek (w tym przy wykorzystaniu satelitarnego systemu monitoringu

pojazdów) nieprzystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim, o których mowa w SOPZ Dział II Rozdział III pkt 1

c) w wysokości:

- 400,00 zł – za jezdnię o powierzchni do 10.000 m²,
- 800,00 zł – za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m²,
- 1.200,00 zł – za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²

za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, a także w technologii zamiennej i pozimowego oczyszczania, o których mowa w SOPZ Dział II Rozdział III pkt 2,

d) w wysokości:

- 800,00 zł – za jezdnię o powierzchni do 10.000 m²,
- 1.600,00 zł – za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m²,
- 2.400,00 zł – za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²

za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek (w tym przy wykorzystaniu satelitarnego systemu monitoringu pojazdów) nieprzystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, a także w technologii zamiennej i pozimowego oczyszczania, o których mowa w SOPZ Dział II Rozdział III pkt 2,

e) w wysokości 300,00 zł – za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania dróg dla pieszych i/lub parkingów i/lub dróg dla pieszych i rowerów i/lub tramwajowych torowisk wydzielonych i pętli tramwajowych w ciągach ulicznych i pętlach i/lub zieleńców w pasie drogowym i/lub dróg dla rowerów i/lub przejść podziemnych/tuneli, o których mowa w SOPZ Dział II Rozdział III pkt 3, 5, 6, 7, 9,

j) w wysokości 1 200,00 zł – za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie zimowego utrzymania terenu ścisłego centrum, w sposób niezgodny z warunkami określonymi w SOPZ Dział III Rozdział II pkt 2 ppkt 2.3.

Zdaniem Odwołującego ww. kary są wygórowane i w żaden sposób nie odnosząc się do potencjalnej szkody po stronie Zamawiającego, przez co wykorzystując przewagę jako autor wzoru umowy. W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej Odwołujący powołał się na poglądy doktryny i orzecznictwa.

Dla przykładu Odwołujący wskazał, że w przypadku kary określonej w § 9 ust. 2 pkt 2) lit c) Wzoru umowy stawka za oczyszczanie 100 m² jezdni w umowie zawartej w 2019 r. wynosiła 1,30 zł. Oznacza to, że cena za oczyszczanie 20 000 m² jezdni wynosi 260,00 zł. Tymczasem kara za brak oczyszczenia jezdni wynosi 1 200,00 zł. Podobna zasada dotyczy wszystkich ww. kar, gdzie wartość usługi jest wielokrotnie niższa niż kara przewidziana za jej niewykonanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenie każdej z ww. kar o połowę.

W złożonych pismach z dnia 20 maja 2024 r., stanowiących odpowiedź na odwołanie, Zamawiający uwzględnił zarzut oznaczony jako 1 lit. b oraz 3, jak również ustosunkował się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu 1a

Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówienia w zasadniczej części realizowanej bezpośrednio przez Wykonawcę, nie wymaga szczególnych uprawnień czy wpisów do specjalistycznych rejestrów. Powyższe wynika jednoznacznie z przepisów ustawy o odpadach. Wytwórca odpadów, a w takim charakterze realizować będą zamówienie wykonawcy, korzysta z istotnych ułatwień w tym zakresie czynności objętych zamówieniem.

Po pierwsze, wytwórcy odpadów nie są zobowiązani do dysponowania jakimkolwiek tytułem prawnym do zbierania odpadów w miejscu wykonywania usługi sprzątania, niezależnie od charakteru wytwarzanych odpadów, a więc odpadów uprzątniętych/usuwanych przez wykonawcę. Zgodnie bowiem z art. 45 ust. 1 pkt 10 z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się wytwórcę odpadów, który wytwarzane przez siebie odpady zbiera w miejscu ich wytworzenia. Tym samym każdy z wykonawców niezależnie do rodzaju uprzątniętych odpadów ma prawo je zebrać w miejscu wytworzenia bez dysponowania do tego jakimkolwiek zezwoleniem.

Po drugie, ustawa o odpadach nie wymaga nawet, aby podmioty świadczące usługi sprzątania, a więc ich wytwórcy, dysponowali wpisem do BDO uprawniającym do transportu odpadów, niezależnie od ich charakteru. Zamawiający przytoczył treść art. 51 ust. 2 pkt 4 ustawy o odpadach.

Zdaniem Zamawiającego, każdy z wykonawców niezależnie od tego jakie odpady wytworzy w związku z usługami sprzątania (innymi słowy: niezależnie od tego, jakie odpady ujawnią się na terenie przez niego sprzątanym) nie musi, w świetle ustawy o odpadach, ani dysponować jakimkolwiek uprawnieniami, ani certyfikowanym sprzętem czy personelem

o wyspecjalizowanych kwalifikacjach. Podkreślić należy również, że choć wykonawca następczo przekazuje odpady do zagospodarowania, to Zamawiający nie wymaga, aby wykonawcy zagospodarowywali odpady we własnym zakresie, a co za tym idzie nie muszą mieć w tym zakresie jakichkolwiek uprawnień, a ich zadaniem jest jedynie dysponowanie informacjami o podmiotach, które potencjalnie mogą zagospodarować poszczególne rodzaje odpadów.

Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówienia jest określony bardzo precyzyjnie, tj. określone są tereny, czynności, której mają być podejmowane oraz cele, które mają być realizowane. Odwołujący nie zwraca jednak uwagi, że przedmiotem zamówienia nie jest transportowanie zebranych przez Zamawiającego odpadów, których ilości i rodzaje mógłby przewidywać, ani nie jest przedmiotem zamówienia odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, co pozwalałoby w oparciu o prawidłowości statystyczne prognozować ilości odpadów, a co do ich rodzajów mieć w istocie pewność. Przedmiotem zamówienia są zaś w przeważającej części usługi sprzątania oraz czynności interwencyjne. Ich naturą jest to zaś, że nie można prognozować ilościowo-rodzajowej charakterystyki odpadów, co jednak nie pozbawia wykonawców możliwości rozpoznania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przepisy Prawa zamówień publicznych nakazują opisać przedmiot zamówienia takim jakim on w istocie jest. Jeśli więc przedmiot zamówienia ze swej natury nie pozwala opisać wszystkich jego możliwych cech, nie jest obowiązkiem Zamawiającego tego uczynić. Jeśli więc naturą usług sprzątania jest to, że sprzątający hipotetycznie może natknąć się na tym terenie na odpady inne niż typowe dla sprzątania i wymienione wprost przez Zamawiającego, co jest mało prawdopodobne, nie oznacza, że Zamawiający te obszary ograniczonej niepewności powinnośc „wyjąć” z przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutu 2

Zamawiający podniósł, że wynagrodzenie za pozostawanie (w sezonie zimowym) w gotowości technicznej jest dodatkowym wynagrodzeniem dla Wykonawcy wynikającym z utrzymywania tego stanu i kompensującym część kosztów związanych z kadrowym i organizacyjno-technicznym zabezpieczeniem gotowości do podejmowania czynności objętych przedmiotem zamówienia, które będzie wypłacane niezależnie od podejmowanych czynności. Nie jest to jednak — jak błędnie sądzi Odwołujący — wynagrodzenie za zapewnienie zdolności do wykonywania przedmiotu zamówienia w ogóle.

Wynagrodzenie za pozostawanie (w sezonie zimowym) w gotowości technicznej nie jest wynagrodzeniem, które wiąże się z przygotowaniem wykonawcy do wykonywania zamówienia związanym z zabezpieczeniem w ogóle środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, które są warunkiem koniecznym wykonania zamówienia w ogóle. W zasadniczym wynagrodzeniu ujęte są bowiem koszty związane z zapewnieniem zaplecza kadrowego, sprzętowego i technicznego oraz podtrzymaniem tych zasobów przez okres obowiązywania umowy. Wynagrodzenie za gotowość techniczną jest zaś swoistym dodatkowym wynagrodzeniem za utrzymanie szczególnego rodzaju gotowości do podejmowania czynności w sposób wymagany przez Zamawiającego, nie zaś za zapewnienie i utrzymanie zasobów koniecznych do wykonania zamówienia. Innymi słowy, wynagrodzenie za gotowość nie jest kompensatą kosztów pozyskania i utrzymania przez okres wykonywania zamówienia określonych zasobów koniecznych do jego realizacji, ale jest wynagrodzeniem za szczególny stan, w którym w okresie zamówienia winien pozostawać wykonawca.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie za pozostawanie w gotowości nie ma zabezpieczać pozyskania określonej części wynagrodzenia z wykonywania przedmiotu zamówienia na wypadek zmniejszonej ilości akcji zimowych.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że prawdopodobieństwo ograniczonego występowania warunków pogodowych aktualizujących stosowanie technologii zimowej pozbawi Wykonawcę niemal w całości wynagrodzenia kompensującego ponoszone koszty, albowiem Odwołujący nie zwraca uwagi na stosowaną wówczas technologię zamienną, która jest realizowana przy użyciu części istotnych zasobów, które wykorzystuje się również podczas realizacji technologii zimowej.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w istocie nie kwestionuje zasady przedmiotowego wynagrodzenia i możliwości jego limitowania, ale określony jego poziom, w tym zakresie nie przedstawiając konkretnych argumentów wskazujących na to, że określony poziom jest adekwatny a inny już nie.

Odnosnie zarzutu nr 4

Zamawiający zwrócił uwagę, że nie było intencją ustawodawcy przy konstruowaniu zapisu art. 439 Pzp, aby każdą zmianę cen traktować jako podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia. Wszelkie przewidywalne i dostępne dane makroekonomiczne (a do takich niewątpliwie należy projekcja inflacji) w sposób oczywisty mogą stanowić składnik wyceniany na moment złożenia oferty, a tym samym klauzula waloryzacyjna ma jedynie zabezpieczać strony przez ryzykiem ponadnormatywnych zmian, względem założeń przyjmowanych na moment uruchomienia postępowania.

Błędne jest też twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający łączy w sobie dwa wskaźniki, tj. odnoszący się do GUS, a następnie do poszczególnych materiałów lub kosztów. Zamawiający, realizując wymóg określony w art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp, zawarł w klauzuli odniesienie się do wskaźnika inflacji, tj. suma miesięcznych wskaźników cen towarów i

usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie $\geq 6\%$ lub $\leq -6\%$. Dalej, realizując wymóg zawarty w art. 439 ust. 2 pkt 3 Pzp, zawarł w treści klauzuli informacje na temat sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, tj. w przypadku wniosku Wykonawcy - warunki, których łączne spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia.

Zamawiający wskazał, że wyłącznie matematyczne przekroczenie wyznaczonego przedziału wahań wskaźnika upoważniającego do żądania zmiany wynagrodzenia (w przedmiotowej sprawie sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych), nie powinno i nie może oznaczać prawa do żądania automatycznego przeliczenia wartości wynagrodzenia, wynikającej z umowy zawartej w trybie postępowania przetargowego (a przynajmniej nie taka była intencja ustawodawcy przy wprowadzaniu zapisów z art. 439 Pzp). Nie ma bowiem uzasadnienia merytorycznego do tego, by zmienić wynagrodzenie wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca (dotyczy to odpowiednio Zamawiającego, jak i Wykonawcy) takiej zmiany nie wykaże, w znaczeniu wykazania bezpośredniego wpływu na koszt realizacji zamówienia. Dlatego w proponowanych przez Zamawiającego zapisach waloryzacyjnych, mechanizm ten obecnie zabezpieczony zostaje poprzez wymóg złożenia, po przekroczeniu poziomu, uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia, przez zainteresowaną stronę (Zamawiającego lub Wykonawcę) wniosku, który powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności, żądająca strona zobowiązana jest wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, nie może być jedyną podstawą żądania zmiany wynagrodzenia fakt zaistnienia ponadprzeciętnej zmiany ogólnego poziomu cen w gospodarce, mierzonego sumą miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych. Ogólnie odnotowywane w gospodarce wahania cen mogą być bowiem rezultatem różnorodnego zestawu czynników (np. szok podażyowy na rynku żywności), nie mających zupełnie związku z kosztami realizacji zamówienia, będącego przedmiotem konkretnego postępowania. Dla uzasadnienia oczekiwań waloryzacyjnych konieczne jest bezpośrednie udokumentowanie, iż zmiana uwarunkowań istotnie wpływa na zwiększenie (zmniejszenie) cen materiałów i kosztów realizacji usługi ściśle związanej z przedmiotem realizowanego zamówienia.

Zamawiający zwrócił również uwagę, iż pierwszy wniosek do tego zarzutu jest na tyle nieprecyzyjny, że nawet co do zasady nie jest możliwe jego uwzględnienie, bowiem nie wiadomo, jakie są oczekiwania Wykonawcy w tym zakresie.

Co do drugiego wniosku Zamawiający wskazał, iż oczekiwana przez Odwołującego modyfikacja stanowiłaby zaprzeczenie istoty klauzuli waloryzacyjnej, bowiem modyfikacja, jakiej oczekuje Odwołujący, sprowadza się do sytuacji, w której przy wykazaniu, że nastąpił wzrost kosztów jednego z elementów kosztotwórczych, tj. koszt paliwa, zatrudnienia lub zagospodarowania odpadów na poziomie 6% lub 4,5% w trakcie trwania umowy, Wykonawca otrzyma wzrost wynagrodzenia zarówno do cen jednostkowych, jak i maksymalnej kwoty wynagrodzenia. Takie podejście do kwestii waloryzacji oznacza de facto chęć wyzbicia się przez Odwołującego jakiegokolwiek ryzyka gospodarczego realizacji zamówienia i pozostaje w sprzeczności z istotą klauzuli waloryzacyjnej.

Odniesienie zarzutu nr 5

Zamawiający zwrócił uwagę, iż postawiony wniosek nie został w żaden sposób uzasadniony. Stwierdzenie, iż każda z kar wyspecyfikowanych w umowie ma być zmniejszona o połowę, wobec braku przedstawienia na tę okoliczność jakichkolwiek argumentów uzasadniających chociażby okoliczność, dlaczego kary mają być zmniejszone o połowę, a nie o 25% czy 30%, uznać należy za wniosek, który nie może zostać uwzględniony przez Zamawiającego, bowiem zarówno wysokość, jak i wyspecyfikowanie okoliczności obciążonych karą w umowie, zostało wcześniej poddane szczegółowej analizie przez Zamawiającego, było też przedmiotem odwołań we wcześniej prowadzonych postępowaniach i wobec braku konkretnych argumentów, potraktować należy jako wniosek, który nie może zostać zrealizowany co do zasady.

Zamawiający podkreślił, że wszystkie kary umowne wskazane przez Odwołującego dotyczą obowiązków związanych z kluczowymi i najbardziej zasadniczymi zadaniami objętymi przedmiotowym zamówieniem, czyli oczyszczaniem pasa drogowego i utrzymaniem czystości na terenach zewnętrznych. Co zaś szczególnie istotne, w zapisach tych określono sankcje za niewykonanie lub nienależyte wykonanie czynności związanych z letnim, jak i zimowym utrzymaniem czystości. Ma to niebagatelne znaczenie dla rozważania o wysokości i zakresie ewentualnej szkody, jaką ponieść może Zamawiający i wszyscy członkowie wspólnoty samorządowej.

Wysokość potencjalnych szkód na mieniu i na osobach, związanych z wypadkami spowodowanymi brakiem należytego zimowego utrzymania, należy wówczas liczyć w tysiącach i setkach tysięcy złotych.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutów oznaczonych jako 1 lit. b. oraz 3 w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na uwzględnienie ww. zarzutów przez Zamawiającego.

KIO 1520/24

W postępowaniu tym wykonawca FBSEWIS WROCŁAW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej: „Odwołujący”, „FBSEWIS”) w dniu 29 kwiecień 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, tj. przez:
 - a.wskazanie w rozdziale III pkt 15 SWZ, że wykonawca będzie zobowiązany do usunięcia wszystkich odpadów zgromadzonych na terenie nieruchomości objętych zamówieniem, również odpadów niewymienionych w OPZ, w sytuacji, gdy szczególne właściwości niektórych kategorii odpadów (w szczególności odpadów niebezpiecznych) mogą wymagać specjalistycznych zasobów sprzętowych i ludzkich, uprawnień lub innych kwalifikacji, których wykonawca zawodowo zajmujący się oczyszczaniem dróg i terenów zewnętrznych może nie posiadać i tym samym nie jest w stanie definitywnie zobowiązać się do usunięcia takich odpadów ani tym bardziej oszacować kosztów takiego usunięcia w chwili składania oferty,
 - b.wskazanie w § 8 umowy nieprecyzyjnie określonego zobowiązania do „spełnienia wymagań określonych w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 r. poz. 875 ze zm.; dalej: „ustawa o elektromobilności”) w sposób gwarantujący wykonanie obowiązków Gminy Wrocław wynikających z powołanej ustawy w zakresie zamówienia objętego umową, przy jednoczesnym zastrzeżeniu kary umownej za niespełnienie tego obowiązku w wysokości 100 000 zł za każdy stwierdzony przypadek, które to zobowiązanie nie wskazuje, czego dokładnie wymaga Zamawiający od wykonawcy, lecz stanowi próbę przeniesienia na wykonawcę obowiązku interpretacji całej ustawy o elektromobilności, obciążając wykonawcę ogromnym ryzykiem zapłaty wysokiej kary umownej w przypadku niezgodności tej interpretacji z interpretacją prezentowaną później przez Zamawiającego lub przez inne organy które potencjalnie mogłyby oceniać spełnienie wymogów ustawy o elektromobilności przez Zamawiającego – które to ryzyko na etapie wyceny oferty nie jest możliwe do prawidłowego oszacowania.
- 2.art. 99 ust. 1 oraz art. 433 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, tj. przez skonstruowanie umowy w taki sposób, że zakres świadczeń stron (usług realizowanych przez Wykonawcę oraz wynagrodzenia wypłacanego za realizację tych usług przez Zamawiającego) może być ograniczany decyzją Zamawiającego w przypadku:
 - a.zmiany przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy ilości powierzchni, i długości poszczególnych elementów pasa drogowego, częstotliwości oczyszczania oraz ilości koszy objętych wynajmem i utrzymaniem, a także tylko ich utrzymaniem, poprzez ich zwiększenie lub zmniejszenie do 30% (§ 1 ust 6 pkt 1 umowy) – które to postanowienie nie określa precyzyjnie, czy zmiany mogą następować w zakresie 30% zakresów (ilości) wynikającej z formularza ofertowego, czy mogą polegać na ich ograniczeniu aż do 30% zakresów/ilości pierwotnie wskazanych w tym formularzu (a więc mogą następować aż o 70%),
 - b.czasowego zawieszenia wykonywania części zleconych prac (§ 1 ust. 6 pkt 2 umowy) - gdzie w ogóle nie zostały wskazane jakiekolwiek ograniczenie, co w zasadzie oznacza możliwość dowolnego zawieszania prac przez Zamawiającego,
 - c.zlecenia przez Zamawiającego prac o niższej wartości od wynikającej z § 7 ust. 1 umowy, przy zrzeczeniu się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu nieosiągnięcia wynagrodzenia w kwocie wynikającej z tego postanowienia oraz przy jednoczesnym zobowiązaniu się Zamawiającego do zlecenia prac o wartości minimum 50% wartości zamówienia podstawowego (lecz bez wskazania, czy owa wartość zostanie zlecona w „podstawowym” okresie obowiązywania umowy, czy również z okresie wynikającym ze skorzystania z prawa opcji), co zostało wskazane w § 7 ust. 14 umowy),
 - d.skrócenia czasu trwania zamówienia do dat, jakie wskaże Zamawiający jako datę zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia, przy zastrzeżeniu całkowitego zrzeczenia się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu zakończenia realizacji przedmiotu umowy przed czasem (§ 2 ust. 3 i 7 umowy) – co w zasadzie wyłącza

po stronie Wykonawcy możliwość dochodzenia jakichkolwiek roszczeń nawet w sytuacji, gdy zakończenie umowy zostało przez Zamawiającego dokonane pomimo nieosiągnięcia kwot wskazanych w § 7 ust. 1 umowy, które to rozwiązania powodują, że wykonawcy nie wiedzą w istocie, jaki zakres usług i w jakim okresie zostanie im na pewno zlecony, a niepewność tę zwiększa wynikająca z umowy możliwość skorzystania przez Zamawiającego ze wszystkich wskazanych powyżej możliwości ograniczenia zakresu zamówienia, co praktycznie uniemożliwia wykonawcom prawidłowe oszacowanie ceny ofertowej, w szczególności zaś oszacowanie kosztów związanych z zapewnieniem i utrzymaniem znacznego potencjału technicznego i kadrowego i alokowanie tychże do poszczególnych pozycji formularza cenowego w taki sposób, aby owe koszty zostały odpowiednio pokryte wynagrodzeniem faktycznie otrzymanym od Zamawiającego.

3.art. 5, art. 58 § 1 i 2 i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób naruszający naturę tego stosunku i sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, a tym samym naruszający zasadę swobody umów oraz zasadę uczciwej konkurencji i obciążający wykonawcę istotnym (nadmiernym), a jednocześnie niemożliwym do oszacowania na obecnym etapie ryzykiem gospodarczym, tj. przez:

a.przyjęcie takiego modelu wynagrodzenia, w którym wynagrodzenie z tytułu konserwacji zieleni (obejmującej różne czynności, w tym ręczne zebranie zalegających odpadów, koszenie roślinności trawiastej czy wycinkę krzewów i zarośli – których zakres każdorazowo ma wskazywać Zamawiający) ma być rozliczane według jednej stawki (ceny jednostkowej) za 100m² powierzchni objętej konserwacją zieleni, w sytuacji, gdy konserwacja zieleni obejmuje czynności rodzajowo różne, generujące odmienne koszty przy ich wykonywaniu, co w praktyce, przy braku wiedzy odnośnie do rodzaju prac, które faktycznie będą zlecane przez Zamawiającego, uniemożliwia rzetelne oszacowanie ceny ofertowej w zakresie odnoszącym się do konserwacji zieleni,

b.przez zastrzeżenie w § 9 ust. 4 projektu umowy, że niewykonanie prac (nieprzystąpienie do prac) na którymkolwiek odcinku jezdni, drogi dla pieszych, parkingu, drogi dla pieszych i rowerów, torowiska, przystanku, drogi dla rowerów lub przejścia/tunelu podziemnego, a także na jakiegokolwiek powierzchni terenu zewnętrznego, stanowiących odrębną (oddzielną) pozycję w Wykazach, o których mowa w § 1 ust. 4 projektu umowy, traktowane będzie jako niewykonanie prac na całym terenie stanowiącym oddzielną pozycję w Wykazie, przy jednoczesnym wskazaniu w § 9 ust. 5 projektu umowy, że w przypadku nieprzystąpienia do odśnieżania i usuwania śliskości zimowej lub w przypadku niewykonania innych prac objętych niniejszą umową – Zamawiający zastrzega sobie prawo zlecenia prac innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy, niezależnie od naliczenia kar przewidzianych w ust. 2., oraz przy ustanowieniu w § 9 ust. 2 projektu umowy wysokich kar za niewykonanie poszczególnych obowiązków umownych (prac objętych przedmiotem zamówienia) lub nieprzystąpienie do ich realizacji, co w praktyce oznacza, że w przypadku omyłkowego pominięcia nawet niewielkiej niewielkiego odcinka czy obiektu lub niewielkiej powierzchni terenu, wykonawca może ponieść kumulatywnie konsekwencje w postaci:

- i.braku zapłaty wynagrodzenia za prace faktycznie wykonane w odniesieniu do danej pozycji Wykazu, o którym mowa w § 1 ust. 4 projektu umowy,
- ii.poniesienia kosztów wykonawstwa zastępczego oraz
- iii.zapłaty kar umownych za niewykonanie obowiązku,

które to sankcje, zastosowane łącznie, mogą się okazać rażąco niewspółmierne do wagi naruszenia, wielokrotnie przewyższając szkodę poniesioną przez Zamawiającego i wartość prac, które faktycznie nie zostały przez wykonawcę w danym przypadku wykonane.

4.art. 242 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w rozdziale XV pkt 7 SWZ jakościowego kryterium oceny ofert dla zadań 6 – 17 w postaci „Kryterium społecznego”, w ramach którego wymagane jest zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych lub oddelegowanie do realizacji zamówienia osób wcześniej zatrudnionych, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w rozdziale XV pkt 7.2 SWZ, że wcześniejsze zatrudnienie takich osób mogłoby nastąpić nie wcześniej, niż w ciągu ostatniego roku od dnia składania ofert, które to zastrzeżenie w istocie dyskryminuje wykonawców dotychczas realizujących przedmiot zamówienia, którzy już obecnie zatrudniają osoby wykonujące czynności objęte przedmiotem zamówienia, w tym również osoby zatrudnione jako osoby „społecznie marginalizowane” (jednak wcześniej, niż w ciągu roku poprzedzającego termin składania ofert), a jednocześnie nie realizuje podstawowego celu uzasadniającego stosowanie przedmiotowego kryterium społecznego, bowiem zmusza takich wykonawców do zwolnienia uprzednio zatrudnionych osób i w ich miejsce zatrudnienia innych osób, a tym pozostawienia dotychczasowych pracowników w trudnej sytuacji życiowej związanej z brakiem zatrudnienia.

5.art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”) oraz

art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie w załączniku nr I do SWZ - formularzu oferty, w zestawieniach kosztów dla zadań od 1 do 5, że wartość netto w kol. 10 i 17 Gotowości technicznej z pozycji nr 1 nie może być wyższa niż 5% sumy kwot odpowiednio dla kolumny 10 i 17 z pozycji nr 2-8, 19, 20,22, 24, 31, 41, 42 (tj. wartości netto cen jednostkowych związanych z pracami oczyszczania realizowanymi wyłącznie w sezonie zimowym) i tym samym wymuszenie na wykonawcach dokonywania kalkulacji ceny ofertowej w sposób oderwany od rzeczywistych kosztów ponoszonych w związku z realizacją zamówienia, niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i nieprzejrzysty, a polegający na konieczności uwzględniania kosztów poszczególnych prac w pozycjach cenowych dotyczących innych prac („przenoszenie” kosztów noszące znamiona tzw. „inżynierii cenowej”) i tym samym przez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego, gdyż koszty zapewnienia potencjału technicznego i osobowego pozostającego w gotowości do świadczenia usług w trakcie sezonu zimowego są znacznie wyższe, aniżeli 5% wartości prac realizowanych typowo w sezonie zimowym, zatem ustalenie ceny jednostkowej za „gotowość techniczną” w sezonie zimowym nieprzekraczającej 5% wartości innych prac wymaga bądź to sztucznego „zawyżania” cen jednostkowych za te prace (aby dostosować (przesunąć) limit 5% tychże prac do wartości zbliżonej do kosztów zapewnienia gotowości technicznej w sezonie zimowym) bądź też „przenoszenia” kosztów utrzymywania gotowości technicznej do innych cen jednostkowych, gdy tymczasem zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być realne szacowanie kosztów realizacji zamówienia, nie zaś dostosowywanie kalkulacji do z góry narzuconych limitów i tym samym „manipulowanie” cenami jednostkowymi w sposób zapewniający dochowanie ww. limitów, zaś sposób oszacowanie kosztów realizacji zamówienia nie powinien być narzucany przez Zamawiającego, lecz pozostawiony wykonawcom, którzy najlepiej wiedzą jakie koszty przy realizacji poszczególnych prac będą ponosili.

6.art. 99 ust. 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 4 pkt 1 i art. 28 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej „RODO”) poprzez nałożenie w § 3 ust. 9 projektu umowy (załącznik A – dla zadania nr 1, załącznik B – dla zadań nr od 2 do 5) obowiązku zawarcia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych (w zakresie: wizerunek osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów) podczas gdy w Dziale II, Rozdziale II, pkt 3 podpunkt 6) Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1A) wskazane zostało, że system wizyjnego monitorowania pojazdów musi umożliwiać anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów, co oznacza, że zanonimizowany wizerunek nie stanowi danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt 1 RODO, a w toku realizacji umowy nie będzie dochodziło do powierzenia przetwarzania danych osobowych, gdyż Wykonawca nie będzie przetwarzał na polecenie Zamawiającego danych osobowych w postaci wizerunku osób zarejestrowanych przy wykorzystywaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów.

Odwolujący wnioś o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień dokumentów zamówienia polegających na:

- a.dodaniu w postanowieniach rozdziału III pkt 15 SWZ zastrzeżenia: „W przypadku, gdy usunięcie odpadów innych niż wymienione w SOPZ będzie wymagało szczególnych kompetencji lub uprawnień, których Wykonawca nie posiada lub gdy będzie się wiązało z nadmiernymi kosztami, Wykonawca może zwolnić się z obowiązku usunięcia tych odpadów. W takim przypadku Zamawiający zleci usunięcie przedmiotowych odpadów innemu podmiotowi.”;
- b.dokonaniu rozbicia w formularzu ofertowym pozycji „prace konserwacyjne zieleni” na odrębne pozycje dotyczące:
 - 1.zebrania sposobem ręcznym odpadów zalegających na nieruchomości,
 - 2.wycięcia zbędnych krzewów i zarośli,
 - 3.koszenia mechanicznego roślinności trawiastej;
- c.zmianie § 11 projektu umowy poprzez dokładne określenie zobowiązania wykonawcy wynikającego z obowiązków nałożonych na Zamawiającego zgodnie z ustawą o elektromobilności oraz sposobu, w jaki spełnienie tego obowiązku miałyby być weryfikowane, względnie przez wykreślenie postanowień § 11 oraz postanowienia § 9 ust. 2 pkt 7 lit. u) z projektu umowy;
- d.wykreśleniu z pkt 7.2 w rozdziale XV SWZ zdania „Osoby wymienione w pkt 7.1. lit. b) i c) muszą być zatrudnione przez Wykonawcę/Podwykonawcę nie wcześniej niż w ciągu ostatniego roku od dnia składania ofert.”;
- e.wykreśleniu zawartych w formularzu ofertowym dla zadań 1 – 5 wyrażeń: „wartość netto w kol. 10 i 17 Gotowości technicznej z pozycji nr 1 nie może być wyższa niż 5% sumy kwot odpowiednio dla kolumny 10 i 17 z pozycji nr 2-8, 19, 20,22, 24, 31, 41, 42”, względnie nadaniu im nowego, następującego brzmienia: „wartość netto w kol. 10 i 17 Gotowości technicznej z pozycji nr 1 nie może być wyższa niż 5% sumy kwot odpowiednio dla kolumny 10 i 17 ze wszystkich pozostałych pozycji”;
- f.wykreśleniu z projektu umowy postanowień § 1 ust. 6 pkt 1 i 2, względnie nadaniu im nowego, następującego brzmienia:

„1) może zmienić w trakcie realizacji umowy ilości, powierzchnie i długości poszczególnych elementów pasa drogowego, częstotliwości oczyszczania oraz ilości koszy objętych wynajmem i utrzymaniem, a także tylko utrzymaniem, poprzez ich zwiększenie lub zmniejszenie o nie więcej niż 30% pierwotnej ilości, powierzchni lub długości,

2) wystąpić mogą czasowe zawieszenia wykonywania części zleconych prac z tym zastrzeżeniem, że łączna wartość takich zawieszeń wraz ze zmianami, o których mowa w pkt poprzedzającym, nie może prowadzić do ograniczenia zakresu prac o więcej, niż o wskazane w pkt poprzedzającym 30% pierwotnej ilości, powierzchni lub długości;

g.nadaniu postanowieniu § 2 ust. 7 nowego, następującego brzmienia:

„Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń, w tym finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia realizacji przedmiotu umowy w przypadku, gdy do zakończenia realizacji przedmiotu umowy przed datą zakończenia okresu, o którym mowa w ust. 1 doszło w wyniku osiągnięcia odpowiednio kwoty określonej w § 7 ust. 1 lit. a) lub w § 7 ust. 1 lit. b).”;

h.nadaniu postanowieniu § 7 ust. 14 nowego, następującego brzmienia:

„Wykonawca nie może uważać kwoty określonej w ust. 1 jako kwoty którą uzyska po zakończeniu realizacji niniejszej umowy. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych prac. wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę wynagrodzenia w kwocie określonej w ust. 1 oraz z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę w poszczególnych latach wynagrodzenia w kwotach przewidzianych w ust. 11, na dany rok. Zamawiający zobowiązuje się do zlecenia prac o wartości minimum 50% wartości umowy dla zamówienia podstawowego niezależnie od ewentualnych zmian ilości, powierzchni i długości obiektów, odcinków lub terenów objętych zamówieniem lub ewentualnych ewentualnego zawieszenia wykonania zleceń, zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 1 i 2.”;

i.wykreśleniu z § 9 projektu umowy postanowienia ust. 5, względnie nadaniu mu nowego, następującego brzmienia:

„5. Niewykonanie prac (nieprzystąpienie do prac) na którymkolwiek odcinku jezdni, drogi dla pieszych, parkingu, drogi dla pieszych i rowerów, torowiska, przystanku, drogi dla rowerów lub przejścia/tunelu podziemnego, a także na jakiegokolwiek powierzchni terenu zewnętrznego, stanowiących odrębną (oddzielną) pozycję w Wykazach, o których mowa w § 1 ust. 4, traktowane będzie jako niewykonanie prac na całym terenie stanowiącym oddzielną pozycję w Wykazie, o ile odcinek lub powierzchnia, na którym prace nie zostały wykonane, stanowił co najmniej 25% terenu stanowiącego daną pozycję w Wykazie.”;

j.nadaniu postanowieniu § 9 ust. 6 projektu umowy nowego, następującego brzmienia:

„W przypadku nieprzystąpienia do odśnieżania i usuwania śliskości zimowej lub w przypadku niewykonania innych prac objętych niniejszą umową – Zamawiający zastrzega sobie prawo zlecenia prac innemu podmiotowi. W takim przypadku Wykonawca zostanie obciążony kwotą stanowiącą różnicę pomiędzy kosztem wykonania prac przez inny podmiot a wynagrodzeniem, które otrzymałby Wykonawca w przypadku wykonania prac zleconych innemu podmiotowi. Ustalenie faktu niewywiązania się z zakresu czynności będzie potwierdzone Protokołem sporządzonym przez Zamawiającego. Niezależnie od zlecenia prac innemu podmiotowi Zamawiający zachowuje prawo do obciążenia Wykonawcy karą umowną należną z tytułu niewykonania prac zleconych innemu podmiotowi, z tym że kara ta będzie pomniejszona o kwotę, jaką został obciążony wykonawca z tytułu powierzenia prac innemu podmiotowi.”.

k.Zniesieniu zawartego w zestawieniach kosztów zadania (dla zadań 1 – 5) limitu wartości netto ceny jednostkowej za gotowość techniczną, względnie jej podwyższeniu do wysokości 20% wartości netto pozostałych prac realizowanych w sezonie zimowym;

l.wykreśleniu z projektu umowy obowiązku zawarcia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, usunięciu z dokumentacji postępowania projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych oraz wykreślenie z listy załączników wymienionych na końcu projektu umowy – umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut 3 lit. b.

Zamawiający przewidział w § 9 ust. 4 projektu umowy, że niewykonanie prac (nieprzystąpienie do prac) na którymkolwiek odcinku jezdni, drogi dla pieszych, parkingu, drogi dla pieszych i rowerów, torowiska, przystanku, drogi dla rowerów lub przejścia/tunelu podziemnego, a także na jakiegokolwiek powierzchni terenu zewnętrznego, stanowiących odrębną (oddzielną) pozycję w Wykazach, o których mowa w § 1 ust. 4, traktowane będzie jako niewykonanie prac na całym terenie stanowiącym oddzielną pozycję w Wykazie.

Z kolei w § 9 ust. 5 projektu umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku nieprzystąpienia do odśnieżania i usuwania śliskości zimowej lub w przypadku niewykonania innych prac objętych niniejszą umową – Zamawiający zastrzega sobie prawo zlecenia prac innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy, niezależnie od naliczenia kar

przewidzianych w ust. 2. Ustalenie faktu niewywiązania się z zakresu czynności będzie potwierdzone Protokołem sporządzonym przez Zamawiającego.

Jednocześnie w § 9 ust. 2 projektu umowy zostały przewidziane liczne i bardzo wysokie kary umowne naliczane w przypadku niewykonania poszczególnych obowiązków umownych (prac objętych przedmiotem zamówienia) lub nieprzystąpienia do ich wykonania.

W ocenie Odwołującego wskazane postanowienia łącznie kształtują odpowiedzialność wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy na poziomie drastycznie zastrzonym. Prowadzą one bowiem do sytuacji, w której drobne nawet uchybienia w czynnościach oczyszczania odcinków, powierzchni lub obiektów objętych zamówienia, dotyczące nawet ich niewielkiego tylko fragmentu (krótkiego odcinka czy niewielkiej powierzchni), niewielkiego ułamka większego elementu, stanowiącego odrębną pozycję w wykazach stanowiących załącznik do SOPZ, mogą prowadzić do uznania całości prac za niewykonanie.

Nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca np. odśnieżając ulicę, pozostawi nieodśnieżone miejsce pod zaparkowanym samochodem. W sytuacji, gdy np. ten pojazd odjedzie – pozostawiając widoczne miejsce „nieodśnieżone” – Zamawiający, kierując się treścią § 7 ust. 4 umowy (projektu umowy) mógłby uznać, że wykonawca nie wykonał prac odśnieżania na całym odcinku jezdni. W takim przypadku wykonawca miałby nie tylko zostać obciążony karą umowną z tytułu niewykonania prac, ale również nie otrzymałby wynagrodzenia za te prace (skoro miałyby być uznane za niewykonane w całości), a dodatkowo jeszcze mógłby zostać obciążony kosztami wykonania zastępczego. Ponadto, mając na uwadze kompleksowy charakter usługi oraz znaczny obszar objęty jej zakresem nie można wykluczyć sytuacji, w których inne podobne uchybienia (związane z pominięciem w pracach niewielkiej powierzchni czy odcinka drogi) powstaną również wskutek omyłki czy zaniedbania pracowników wykonawcy – zastosowanie w takich sytuacjach sankcji przewidzianych w umowie w ocenie Odwołującego byłoby dalece nieadekwatne i nieproporcjonalne do stwierdzonych uchybień.

Zdaniem Odwołującego kwestionowane postanowienia wprowadzają kumulatywną, potrójną sankcję za uchybienie w realizacji umowy – która w poszczególnych przypadkach może wielokrotnie przekraczać zarówno szkodę zamawiającego wynikającą z nienależytego wykonania umowy, jak i wartość prac, które mogłyby zostać nienależycie wykonane.

Zarzut 5

Odwołujący zwrócił uwagę, że w związku z koniecznością zapewnienia gotowości technicznej wykonawca będzie ponosił znaczące koszty – związane z zapewnieniem pojazdów odpowiednich pojazdów wraz z osprzętem (pług, posypywarki i ładowarki) oraz personelu zapewniającego w każdym momencie możliwość niemal natychmiastowego wyruszenia z bazy po otrzymaniu stosownej dyspozycji od Zamawiającego. Ponadto w ramach gotowości technicznej wykonawca musi prowadzić prace patrolowe obejmujące działania związane z zapobieganiem i likwidacją śliskości zimowej na mostach, wiaduktach, estakadach, zjazdach i podjazdach (rozdział III pkt 2.12 ppkt 7 SOPZ).

Zdaniem Odwołującego, koszty gotowości technicznej powinny co do zasady być pokrywane w ramach wynagrodzenia za utrzymanie gotowości technicznej – wypłacanego przez Zamawiającego w modelu ryczałtowym wyłącznie w sezonie miesięcznym.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający jednak odgórnie ograniczył wysokość wynagrodzenia, jakiego może w swej ofercie żądać wykonawca w zamian za utrzymywanie gotowości technicznej. Zgodnie bowiem z postanowieniami zestawień kosztów zadania dla zadań 1 – 5, wartość netto gotowości technicznej nie może być wyższa niż 5% sumy odpowiednich wartości netto pozostałych prac z zakresu zimowego oczyszczania.

Tymczasem rzeczywista wartość świadczenia polegającego na utrzymaniu gotowości technicznej jest znacznie wyższa, aniżeli 5% wartości pozostałych usług utrzymania zimowego. W przekonaniu Odwołującego, wprowadzenie limitu dla ceny jednostkowej za utrzymanie gotowości technicznej zmusza wykonawców do oferowania w tym zakresie ceny, która nie uwzględni kosztów realizacji zamówienia w zakresie objętym ww. ceną. Stwarza to też konieczność „przenoszenia” części kosztów związanych z zachowaniem gotowości technicznej do zupełnie innych cen jednostkowych, wymuszając na wykonawców stosowanie swoistej „inżynierii” cenowej polegającej na sztucznym zawyżaniu niektórych pozycji kosztowych. W istocie trudno to rozwiązanie interpretować inaczej, aniżeli jako zachętę do analogicznego przesuwania kosztów realizacji prac objętych również innymi cenami jednostkowymi – bowiem brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla odmiennego oceniania praktyki przesuwania rzeczywistych kosztów gotowości technicznej (w tym również prac patrolowych) od analogicznej praktyki w zakresie innych pozycji.

Taka „inżynieria” cenowa jest tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznawana za niedopuszczalną. Odwołujący przytoczył tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 września 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1844/14; z dnia 3 grudnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2553/15; z dnia 24 sierpnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16; KIO 1501/16; z dnia 23 maja 2016 r. w sprawie sygn. akt KIO 547/16; KIO 550/16; KIO 552/16.

W złożonych pismach z dnia 20 maja 2024 r., stanowiących odpowiedź na odwołanie, Zamawiający uwzględnił

zarzut oznaczony jako 1 lit. b., 2 lit. a., b. i c. oraz 4, jak również ustosunkował się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu 3b

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem zawartym w uzasadnieniu zarzutu, że dojdzie do potrójnej sankcji za dane uchybienie. W przeświadczeniu Zamawiającego, właśnie celem uniknięcia takich sytuacji i wątpliwości co do tego, jak miałyby zostać naliczona kara umowna, zamawiający wyraźnie różnicuje kary za nieprzystąpienie do prac i nienależyte wykonanie tych prac, jednocześnie definiując pojęcie nie przystąpienia do wykonania prac, aby uniknąć wątpliwości na etapie realizacji umowy.

Dodatkowo zwrócił uwagę, iż zdefiniowane w § 9 ust. 4 umowy pojęcie nieprzystąpienia do prac dotyczy tylko wybranych kar, wskazanych w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. b, d, e, f, g umowy. Tak więc wprowadzony zapis, kwestionowany w zarzucie, nie ma na celu kumulacji naliczania kar, ale właśnie oddzielenie od siebie sytuacji i zdefiniowanie, kiedy mamy do czynienia z nieprzystąpieniem, rozumianym jako niewykonanie prac, a kiedy mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem prac. Jeżeli natomiast chodzi o wskazaną przez Odwołującego, jako sankcję, brak zapłaty wynagrodzenie za niewykonane prace, to trudno okoliczność tę zakwalifikować jako sankcję, skoro oczywistym jest w przypadku świadczenia usług, że wynagrodzenie należne jest za usługę wykonaną, a nie niewykonaną.

Zamawiający podniósł brak udowodnienia, że kary te są drastycznie wysokie i rażąco niewspółmierne do wagi naruszenia. W zakresie tego twierdzenia Odwołujący nawet nie podjął próby przeprowadzenia jakiegokolwiek dowodu. Zamawiający zwrócił uwagę, że jak ww. mechanizm ten dotyczy szczególnie istotnych elementów realizowanych usług. Utrzymanie czystości na jezdniach w sezonie zimowym w sposób oczywisty jest podyktowane względami bezpieczeństwa mieszkańców, natomiast utrzymanie czystości w sezonie letnim na jezdniach i pozostałych terenach ma również wymiar społeczny, jest wypełnieniem wymogów stawianych Zamawiającemu, jako podmiotowi, którego obowiązkiem ustawowym jest zapewnienie utrzymania czystości na terenie gminy Wrocław.

Według Zamawiającego, wnioski jakie Odwołujący przedstawił w zakresie tego zarzutu, mają na celu de facto minimalizowanie konsekwencji, jakie poniesie Wykonawca w przypadku niezrealizowania usługi i uznać je należy za niedopuszczalne, a to z uwagi na następujące okoliczności:

- wprowadzenie dodatkowego paramentu 25% terenu, stanowiącego daną pozycję, prowadziłoby do sytuacji, w której strony umowy koncentrowałyby się na ustaleniu wielkości tej powierzchni, sposobu dokonania pomiaru, gubiąc aspekt podstawowy, jakim jest zobowiązanie Wykonawcy do należytego zrealizowania całości usługi, mógłby też doprowadzić do sytuacji, w której Wykonawca nie oczyszczałby np. krótkich odwodnieniowych/wpustów deszczowych (stanowią mniej niż 25% zleconego zakresu), których utrzymanie w czystości jest bardzo istotne ze względów bezpieczeństwa uczestników ruchu lub w przypadku odśnieżenia parkingów. Niedopuszczalne byłoby zezwolenie na ich nieodśnieżanie (nieoczyszczanie) w wymiarze 25%, w sytuacji, gdy np. są to miejsca płatne dla mieszkańców.
- fakt niewywiązania się z czynności Zamawiający zawsze potwierdza sporządzeniem protokołu ze stwierdzenia uchybienia, do którego Wykonawca może zgłosić uwagi,
- proponowany przez Odwołującego mechanizm pomniejszenia kosztów, jakie ma ponieść w przypadku wykonania zastępczego, o wynagrodzenie, jakiego nie otrzymał, to de facto mechanizm, który prowadzić by mógł do sytuacji, w której Wykonawca, jeżeli uzna, że danych działań z jakiegoś powodu nie może, nie chce wykonać lub nie jest zainteresowany ich wykonaniem w danym momencie, bardziej opłacalnym jest dla niego, żeby zrobił to podmiot trzeci za minimalną dopłatą. Zamawiający zwrócił uwagę, że Wykonawca, który nie realizuje danej usługi, nie ponosi też związanych z tym kosztów,
- podobnie wygląda kwestia pomniejszenia kary o wynagrodzenie za powierzenia prac innemu podmiotowi, wskazany wyżej cały mechanizm może prowadzić do sytuacji, że w niektórych wypadkach Wykonawcy bardziej się będzie opłacało, żeby zrobił to podmiot trzeci niż on sam, a taka kalkulacja w zakresie realizacji prac jest niedopuszczalna.

Zamawiający musi uniknąć sytuacji, w której Wykonawca będzie bardziej skłonny do poniesienia kary, niż do podjęcia prac. W kontekście rozpatrywania ryzyka, Zamawiający podkreślił, że niepodjęcie lub nienależyte wykonanie prac w warunkach zimowych, może skutkować wystąpieniem wypadków z udziałem pieszych i pojazdów, a co za tym idzie, potencjalnymi roszczeniami poszkodowanych.

Końcowo, Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę funkcje, jakie pełni kara umowna, tj. funkcja kompensacyjna, zarówno w zakresie szkody materialnej, ale też wizerunkowej, instytucjonalnej i funkcja gwarancyjna, oraz z uwagi na bardzo skomplikowany charakter realizowanej przez Wykonawców usługi, tylko w ten sposób może zrealizować ciążący na nim obowiązek zapewnienia należytej realizacji zadania publicznego.

Odnosnie zarzutu 5

Uzasadnienie w tym zakresie jest tożsame z uzasadnieniem do zarzutu nr 4 Odwołującego ENERIS.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutów oznaczonych jako 1 lit. a. i

b., 2 lit. a., b. c. i d., 3 lit. a. 4 oraz 6 w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

KIO 1531/24

W postępowaniu tym wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA SP.Ć AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”, „ALBA”) w dniu 29 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 32 u.o. i art. 9b ust. 1 u.c.p.g. i art. 9c ust. 1 u.c.p.g. poprzez zaniechanie dokonania wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty wobec wskazania w rozdziale III pkt 13 SWZ, że wykonawca jest wytwórcą odpadów w odniesieniu do odpadów objętych przedmiotem zamówienia, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia obejmuje również odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości.
- 2.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 388 § 1¹ k.c. oraz naruszenie art. 240 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, ukształtowanie wzoru umowy w zakresie zadań 1-5 co do sposobu wynagradzania za usługę stanowiącą przedmiot zamówienia w zakresie gotowości technicznej w sposób, który nie przewiduje wypłaty wynagrodzenia w zamian za istotną część świadczenia Wykonawcy wobec ograniczenia możliwości dokonania wyceny oferty w pozycji 1 „gotowość techniczna” wyłącznie do maksymalnie 5% sumy kwot z pozycji określonych przez Zamawiającego w zestawieniach kosztów zadania dla poszczególnych zadań (Załącznik nr III A – Załącznik III E) oraz ograniczenie wynagrodzenia wypłacanego na etapie realizacji umowy za gotowość techniczną niezgodnie z faktycznymi kosztami ponoszonymi przez wykonawcę, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności, zasady ekwiwalentności świadczeń, zasad współżycia społecznego i dobrych zwyczajów handlowych, gdyż wartość świadczenia należnego wykonawcy za gotowość techniczną pozostaje ograniczona w sposób nieproporcjonalny do kosztów, które wykonawca ponosi w związku z pozostawianiem w gotowości do świadczenia usług zimowego oczyszczania, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę oferty i prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, a także poprzez naruszenie obowiązku opisanie kryteriów oceny ofert w sposób umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.
- 3.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na brak precyzyjnego określenia rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia, co narusza zasadę przejrzystości, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych.
- 4.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp i art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty z uwagi na zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach liczby akcji zimowego oczyszczania na podstawie budzących wątpliwości danych przyjętych przez Zamawiającego z uwagi na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w oderwaniu od danych historycznych co do liczby akcji zima w ostatnich latach realizacji usługi poprzez znaczące zawyżenie liczby akcji zimowych w jednym sezonie.
- 5.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp i art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na brak precyzyjnego określenia, kiedy i czy Zamawiający będzie zlecał realizację zimowego oczyszczania jezdni.
- 6.art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zaniechanie wskazania szacunkowych ilości odpadów poszczególnych frakcji objętych przedmiotem zamówienia w ramach poszczególnych zadań, co utrudnia wycenę oferty, w szczególności w zakresie kosztów zagospodarowania odpadów poszczególnych frakcji i prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert.
- 7.art. 99 ust. 1 Pzp i art. 16 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty z

uwagi na brak precyzyjnego określenia, na jakich zasadach następować będzie oraz jak rozliczona ma być opcja w zakresie wykupu koszy ulicznych.

- 8.art. 99 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp i art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 k.c., art. 697 k.c. i art. 698 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i dokumentów zamówienia w sposób wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty oraz ułożenie treści stosunku prawnego, w tym sformułowanie zasad dzierżawy pojemników w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy w zakresie, w jakim to wydzierżawiający ponosi ryzyko zniszczenia i utraty przedmiotu dzierżawy oraz wobec braku określenia, że przewiduje się oddanie przedmiotu dzierżawy osobie trzeciej czy w ramach bezpłatnego używania czy poddzierżawy.
- 9.art. 99 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na brak precyzyjnego określenia czy usuwanie padłych zwierząt jest objęte przedmiotem zamówienia.
- 10.art. 99 ust. 1, ust. 4. i ust. 6 Pzp, art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na opisanie wymagań dotyczących systemu telematki wizyjnej monitorowania pojazdów typu odśnieżarka/posypywarka/polewarka w sposób wskazujący na źródło pochodzenia rejestratorów, kamer i monitorów określonych w załączniku nr 1.20 od jednego producenta/dostawcy i zaniechanie wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności dla urządzeń stosowanych do monitorowania pojazdów.
- 11.art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 17 ust. 3 pkt 5 i § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektów umów dla poszczególnych zadań, że zmiana postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 7 ust. 1 i ust. 12 (ust. 9) projektów umów w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest możliwa po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie $\geq 6\%$ lub $\leq -6\%$ w przypadku pierwszej waloryzacji i $\geq 4,5\%$ lub $\leq -4,5\%$ w przypadku kolejnych waloryzacji, z zastosowaniem wzoru, który określa 50% współczynnik rozkładu ryzyka, z jednoczesnym zastrzeżeniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do wysokości $\pm 8\%$ maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto oraz co do zasady w celu uzyskania waloryzacji obowiązku łącznego wykazania spełnienia warunków uznawanych przez Zamawiającego za dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanej z realizacją zamówienia w postaci: 1) udokumentowania istotnej zmiany kosztów paliwa na podstawie wzorów określonych przez Zamawiającego, 2) udokumentowania istotnej zmiany kosztów zatrudnienia w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, 3) udokumentowania zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów w instalacji komunalnej albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, a także konieczności wykazania istotności innych kosztów realizacji usługi zgodnie ze wzorem określonym przez Zamawiającego na poziomie co najmniej 10% udziału w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, podczas gdy takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia czyni waloryzację iluzoryczną i nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego, a także zasady efektywności udzielania zamówień publicznych.
- 12.art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 4, pkt 17, pkt 20 Pzp, art. 16 Pzp oraz art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz dokumentów zamówienia w sposób wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty oraz ułożenie treści stosunku prawnego, w tym sformułowanie zasad wynagradzania wykonawcy w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy w zakresie, w jakim we wzorze formularzy „Zestawienie kosztów zadania” dla zadań od 6 do 17 (załącznik nr III F – III R) nie przewidziano jednostkowych stawek wynagrodzenia za poszczególne istotne kosztotwórczo elementy

zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę i prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, a także uniemożliwia uzyskanie wynagrodzenia za zrealizowane prace na etapie realizacji zamówienia, czym narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń.

13.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 433 Pzp poprzez zastrzeżenie w § 9 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody poniesionej przez Zamawiającego, co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny wynikający z przyszłej umowy o zamówienie publiczne.

Odwolujący wniośł o:

uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia obejmuje usługę odbioru odpadów wielkogabarytowych od właścicieli nieruchomości, której wykonywanie wymaga uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ust. 1 u.c.p.g. Odległość od MGO, w jakiej mieszkańcy wystawiają odpady komunalne do odbioru, nie może sama w sobie przesądzać o źródle pochodzenia tych odpadów, a w konsekwencji o możliwości kwalifikowania jako wytwórcy tych odpadów wykonawcy realizującego usługi oczyszczania objęte przedmiotem zamówienia. Odpady wielkogabarytowe, których usuwanie jest objęte przedmiotem zamówienia, nie pochodzą bowiem z realizacji usług sprzątnięcia terenów zewnętrznych przez wykonawcę. Zamawiający nie jest uprawniony do tego, by jednostronnie definiować wytwórcę odpadów wbrew faktycznemu ich pochodzeniu, tj. bezpośrednio od mieszkańców nieruchomości.

Odwolujący zwrócił uwagę, że ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach nie zawiera definicji „odbierania odpadów”. Odwołujący przywołał treść art. 3 ust. 1 pkt 23 oraz przytoczył treść opinii Ministerstwa Klimatu i Środowiska z dnia 10 stycznia 2019 r. wskazując przy tym, że opinia Ministerstwa Klimatu i Środowiska nie stanowi wiążącej wykładni prawa. Odwołujący podniósł, że opinia odnosi się do stanu faktycznego innego niż ten, z którym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Opinia odnosi się do odpadów, które powstają w wyniku usług sprzątnięcia. Tymczasem odpady wielkogabarytowe, które wykonawca ma obowiązek usunąć, nie powstają w wyniku świadczenia usług sprzątnięcia, lecz są wystawiane przez mieszkańców do miejsc, z których następuje regularny odbiór odpadów. Ze specyfiki przedmiotu zamówienia nie wynika, by wykonawca realizujący usługę objętą przedmiotem zamówienia bądź to powodował powstawanie odpadów, bądź to zmieniał charakter lub skład tych odpadów. Sam opis przedmiotu zamówienia rozstrzyga zatem, że zamówienie polega na odbiorze odpadów wielkogabarytowych, a nie na ich wytwarzaniu przez wykonawcę (w SOPZ jest wskazane „wywóz odpadów wielkogabarytowych”).

W ocenie Odwołującego, skoro w istocie opis przedmiotu zamówienia obejmuje nie tylko usługi sprzątnięcia, ale także odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości, to powinno to skutkować obowiązkiem posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej przez wykonawcę. Wykonawca realizujący usługę powinien spełniać takie same wymagania, jak wykonawca odbierający odpady od właścicieli nieruchomości w ramach umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Ponadto rozliczenie za realizację usługi w zakresie usuwania odpadów wielkogabarytowych powinno odbywać się od 1 Mg odpadów, gdyż zgodnie z art. 6f ust. 3 u.c.p.g. podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych. Odwołujący zwrócił uwagę, że usługa odbioru odpadów wielkogabarytowych objęta jest odrębnym zamówieniem i stanowi przedmiot umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości dla czterech sektorów.

Zakres usług stanowiących przedmiot dwóch różnych umów krzyżuje się, co utrudnia wycenę usługi. Sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia nie jest dostatecznie precyzyjny, gdyż Zamawiający nie określił szacowanej ilości odpadów, która będzie podlegała usunięciu w ramach poszczególnych zadań. Ponadto wykonawca nie ma jasności co do tego, czy obowiązany będzie usunąć odpady, które z uwagi na swój rozmiar jedynie w części znajdują się w odległości 1,5 m od miejsca gromadzenia odpadów, w pozostałym zakresie zalegając na terenie, z którego wykonawca nie ma obowiązku ich uprzątnięcia. Odpady wielkogabarytowe często mają rozmiary przekraczające wymiar 1,5 m – itp. wersalki, łóżka, szafy, dywany, materace itp.

Podobnie rzecz się ma z odpadami, o których mowa w rozdziale II pkt 1 ppkt 1.1. lit. c SOPZ – załącznik nr 1A oraz w rozdziale II pkt 1 ppkt 1.1. lit. c SOPZ – załącznik nr 1B, tj. obowiązkiem usuwania odpadów pochodzących z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych do 1 m³ i niewymagających użycia sprzętu specjalistycznego oraz w rozdziale II pkt 1 ppkt 1.1. lit. g SOPZ – załącznik nr 1A oraz w rozdziale II pkt 1 ppkt 1.1. lit. g SOPZ – załącznik nr 1B, tj. usuwanie opon.

Odwolujący wniośł o:

- wprowadzenie do dokumentów zamówienia wymogu posiadania przez wykonawców realizujących zamówienie obowiązku posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej;
- wskazania w OPZ szacowanej ilości odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i zużytych opon podlegających odebraniu w ramach poszczególnych części zamówienia;
- wprowadzenie w zestawieniu kosztów zadania ceny jednostkowej za odbiór 1 Mg odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i zużytych opon;
- wprowadzenie we wzorze umowy rozliczenia za odbiór 1 Mg odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych oraz zużytych opon.
- wprowadzenie obowiązku monitoringu wizyjnego dla pojazdów odbierających odpady, a także obowiązku dokonywania dokumentacji fotograficznej przez odbiorcę i po odbiorze analogicznie jak w przypadku umowy dotyczącej odbioru odpadów wielkogabarytowych z rejonu, co uniemożliwi ewentualne przesuwanie odpadów, aby uniknąć kosztów związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów ze względu na aktualne ryczałtowe rozliczanie tej usługi.

Zarzut nr 2

Odwolujący wskazał, że kalkulacja ceny oferty pozostaje domeną wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Cena stanowi kryterium oceny ofert, któremu Zamawiający przypisał największą wagę spośród wszystkich kryteriów oceny ofert. Ceny jednostkowe wskazane w ofercie stanowią następnie podstawę dokonywania rozliczeń na etapie realizacji umowy. W gestii Zamawiającego pozostaje określenie wytycznych w zakresie sposobu obliczenia ceny, które nie mogą być sformułowane z pominięciem naczelných zasad udzielania zamówień publicznych. Postanowienia SWZ mają na celu zapewnienie złożenia porównywalnych ofert i zapewnienie realizacji zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zamawiający zaniechał jednakże realizacji tego obowiązku, gdyż określony przez niego sposób obliczenia ceny wymusza zachowanie przewidzianych przez Zamawiającego proporcji, zamiast uwzględnienia rzeczywistých kosztów realizacji usługi. Przewidziane przez Zamawiającego proporcje cen jednostkowych pozostają w oderwaniu od realiów rynkowych, gdyż rzeczywiste koszty zapewnienia gotowości technicznej odbiegają od wartości określonej przez Zamawiającego na poziomie 5% sumy kwot z pozycji dotyczących pozostałych usług świadczonych w sezonie zimowym.

Odwolujący zwrócił uwagę, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający nie ma możliwości określenia maksymalnej ceny ani kwotowo, ani stosunkowo, ani w jakikolwiek inny sposób, w ramach której wykonawcy mogliby ustalać swoje ceny ofertowe. Istota postępowania o udzielenie zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że wymogi określone przez Zamawiającego, ograniczające możliwość określenia ceny za gotowość techniczną na poziomie innym niż max. 5% wartości wynagrodzenia za pozostałe wyszczególnione przez Zamawiającego usługi wykonywane w sezonie zimowym, stoją w jawnej sprzeczności z pkt 7 rozdziału XIV SWZ, który stanowi, że „ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia w ramach danego zadania, na które składana jest oferta, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy – czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SWZ”.

Odwolujący podkreślił, że kalkulując cenę za gotowość techniczną wykonawca winien uwzględnić koszty zakupu i utrzymania sprzętu przeznaczonego do zimowego oczyszczania, m.in. pługosyparek, wytwornic solanki, maszyn do załadunku środków chemicznych i kruszywa, koszty materiałów wykorzystywanych do posypywania, tj. środków chemicznych oraz środków uszorstniających co najmniej w ilościach wymaganych przez Zamawiającego w rozdziale III pkt 2 ppkt 2.4. ppkt 5 lit. d) i f) SOPZ, a także koszty zapewnienia stałej obsady kierowców i operatorów maszyn, dyspozytorów i osób koordynujących akcję, którzy pozostawać będą w gotowości do niezwłocznego rozpoczęcia akcji, koszty systemu monitoringu GPS i monitoringu wizyjnego.

Odwolujący podniósł, że ryczałt za gotowość jest podstawowym wynagrodzeniem Wykonawcy w zakresie oczyszczania zimowego, gdyż liczba dodatkowo płatnych wyjazdów, tj. akcji oczyszczania zimowego, uzależniona jest od faktycznie występujących warunków pogodowych. Faktyczna liczba akcji zimowego oczyszczania, która zostanie przeprowadzona w okresie realizacji zamówienia, jest nie do przewidzenia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazana przez Zamawiającego w zestawieniu kosztów zadania liczba akcji zimowego oczyszczania – w

przypadku dróg pierwszej kolejności 10 akcji w miesiącu – ma na celu porównanie ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, gdyż założona przez Zamawiającego liczba akcji (10 miesięcznie, tj. 50 w sezonie) jest zawyżona w stosunku do liczby akcji, które były przeprowadzone w poprzednich latach. W ocenie Odwołującego liczba akcji w miesiącu została określona na tak wysokim poziomie, gdyż ma ona wpływ na określenie maksymalnej wysokości umownego wynagrodzenia wykonawcy za pozycję gotowość techniczna.

Biorąc pod uwagę dane od sezonu 2008/2009 Odwołujący wskazał, że liczba akcji nigdy nie osiągnęła założonych w formularzu ofertowym 50 akcji na sezon. Średnia liczba akcji w sezonie zimowym w ostatnich 16 latach to 23 akcje/sezon.

Odwołujący podniósł, że takie ukształtowanie zasad wynagradzania za świadczone usługi powoduje, że w przypadku kiedy będziemy mieć do czynienia z łagodną, bezśnieżną zimą wykonawca może nie uzyskać wynagrodzenia, które pokryje faktyczne koszty realizacji usługi na rzecz Zamawiającego i poniesie stratę. Zgodnie z SOPZ Wykonawca ma obowiązek utrzymywać gotowość techniczną w całym sezonie zimowym niezależnie od panujących warunków atmosferycznych i obowiązującego standardu utrzymania dróg. Świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia obejmuje bowiem szereg kosztów stałych związanych z zapewnieniem sprzętu, materiałów i pracowników, jakie Wykonawca musi ponieść niezależnie od tego, czy będą zachodziły okoliczności pogodowe wymagające przeprowadzenia akcji zima czy też nie. Takie ukształtowanie postanowień umowy jest zaś sprzeczne z zasadą ekwiwalentności świadczeń. Wskazana w SWZ zasada kalkulowania ceny nie może być więc uznana za dopuszczalną w świetle obowiązujących przepisów.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie określił dlaczego przyjął wartość 5%, ani nie podał, w jaki sposób ją wyliczył. W ocenie Odwołującego Zamawiający określił poziom, w jakim wysokość wynagrodzenia za wykonanie usług podlegających rozliczeniu obmiarowemu w sezonie zimowym pozostaje w relacji do wysokości wynagrodzenia za gotowość techniczną, całkowicie arbitralnie, bez pogłębionej analizy, jedynie zamysłem maksymalnego obniżenia wynagrodzenia podlegającemu wypłacie niezależnie od warunków atmosferycznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności „Zestawienia kosztów zadania” dla zadań 1-5, tj. załączników nr III A – III E poprzez wykreślenie zapisów oznaczonych - zakładających, że wartość netto w kolumnie 10 i 17 Gotowości technicznej z pozycji nr 1 nie może być wyższa niż 5% sumy kwot odpowiednio dla kolumny 10 i 17 z enumeratywnie wskazanych przez Zamawiającego pozycji dla poszczególnych zadań.

Zarzut nr 3

Zgodnie z § 2 ust. 1 projektów umów dla zadania 1 i zadań 2-5 okres świadczenia usług w ramach zamówienia podstawowego obejmuje okres nie dłuższy niż 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, zaś świadczenie usług w ramach zamówienia opcjonalnego polegającego na przedłużeniu okresu świadczenia usług w zakresie całorocznego utrzymania czystości i porządku, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 umowy przez okres do 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. W projektach umów dla poszczególnych zadań zastrzeżono, że Zamawiający wskaże pisemnie datę rozpoczęcia świadczenia usług nie później niż na 7 dni przed wskazaną datą rozpoczęcia. Czas pomiędzy datą zawarcia umowy a datą rozpoczęcia świadczenia usług nie będzie dłuższy niż 2 miesiące. Kalkulując ofertę, dla której znaczenie ma to, w jakich miesiącach będzie realizowana, wykonawca powinien mieć wiedzę o tym, od jakiego momentu rozpocznie się obowiązek świadczenia usługi. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie nie jest dostatecznie konkretny. Termin rozpoczęcia usługi pozostaje w gestii Zamawiającego, a wykonawcy, kalkulując ofertę, pozostają w niepewności co do tego, czy usługa w fazie jej realizacji obejmowała będzie więcej miesięcy letnich czy zimowych.

Zgodnie z SWZ sezon letni obejmuje okres 7 miesięcy (od kwietnia do października) zaś sezon zimowy okres 5 miesięcy (od listopada do marca). Zamawiający założył, że usługa będzie realizowana łącznie przez 11 miesięcy w sezonie letnim oraz 7 miesięcy w sezonie zimowym, co znajduje odzwierciedlenie w zestawieniach kosztów zadania – załączniki III A - III E. Z takim sposobem realizacji zamówienia będziemy mieć do czynienia wyłącznie w sytuacji, gdy rozpoczęcie usług objętych przedmiotem zamówienia będzie miało miejsce od początku lipca 2024 r. W sytuacji gdy rozpoczęcie realizacji usług nie nastąpi od 1 lipca 2024r. wycena, jakiej dokonają Wykonawcy nie będzie odnosić się do faktycznego zakresu realizacji usług. W takim przypadku maksymalne wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia ustalone w oparciu o załącznik nr III - zestawienie kosztów zadania nie będzie odpowiadało faktycznemu zakresowi realizowanych usług. Ma to o tyle istotne znaczenie, że całkowicie odmiennie kształtują się koszty realizacji zamówienia dla zadań 1-5 w sezonie letnim od kosztów realizacji w sezonie zimowym. Opis przedmiotu zamówienia zakłada realizację zaledwie jednego pełnego sezonu zimowego, tj. okres 5 miesięcy (listopad 2024-marzec 2025) oraz jednego niepełnego sezonu zimowego, tj. okres 2 miesięcy (listopad-grudzień 2025). W tych warunkach, biorąc pod uwagę, że każdy z wykonawców odmiennie będzie kalkulował ryzyko przesunięcia w terminie rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia, dochodzi do zaburzenia zasad uczciwej konkurencji, a brak precyzji Zamawiającego

skutkuje brakiem porównywalności ofert. Co do zasady wykonawcy kalkulują ofertę w odniesieniu do niepełnych sezonów zimowych, przy czym każdorazowe przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia ma wpływ na wydłużenie się realizacji zamówienia w okresie zimowym. Przy jednoczesnym ograniczeniu wartości wynagrodzenia za gotowość techniczną do 5% sumy kwot odpowiednio dla kolumny 10 i 17 z enumeratywnie wskazanych przez Zamawiającego pozycji dla poszczególnych zadań brak określenia pewnej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia zaburza zasady wyceny, a w konsekwencji późniejsze rozliczenia za wykonane usługi. Ryzyko to wykonawcy będą wkalkulowywać w cenę ofertową, co będzie rodziło niekorzystne skutki dla samego Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez określenie okresu realizacji usługi, który obejmował będzie pełne sezony zimowego utrzymania czystości na terenie gminy Wrocław, zarówno w odniesieniu do zamówienia podstawowego, jak i zamówienia objętego prawem opcji.

Zarzut nr 4

Zamawiający w § 7 ust. 14 projektów umów dla zadań 1-5 oraz w § 7 ust. 11 projektu umowy dla zadań 6-17 wskazał, że zobowiązuje się do zlecenia prac o wartości minimum 50% wartości umowy dla zamówienia podstawowego.

Biorąc pod uwagę dane od sezonu 2008/2009 do sezonu 2023/2024 wskazać należy, że liczba akcji nigdy nie osiągnęła założonych w formularzu ofertowym 50 akcji na sezon. Średnia liczba akcji w sezonie zimowym w ostatnich 16 latach to 23 akcje/sezon.

W przeświadczeniu Odwołującego, obowiązek kalkulowania 50 akcji zima na sezon przekłada się na zawyżanie wartości zamówienia.

W tych warunkach zasadnym jest taka modyfikacja liczby akcji zima w sezonie, która odpowiadać będzie danym historycznym.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez określenie częstotliwości akcji zima na poziomie uwzględniającym dane historyczne, tj. na poziomie nie przekraczającym 30 akcji zima na sezon.

Zarzut nr 5

Zamawiający w § 7 ust. 14 projektów umów dla zadań 1-5 oraz w § 7 ust. 11 projektu umowy dla zadań 6-17 wskazał, że zobowiązuje się do zlecenia prac o wartości minimum 50% wartości umowy dla zamówienia podstawowego.

Jednocześnie w § 1 ust. 6 ppkt 1 projektów umów dla wszystkich zadań zastrzegł, że w trakcie realizacji niniejszej umowy ze względu na wystąpienie niesprzyjających warunków atmosferycznych lub uwarunkowań, wynikających z potrzeb Gminy Wrocław (np.: przebudowa układu komunikacyjnego i przestrzennego miasta, likwidacja awarii, imprezy masowe itp.): może zmienić w trakcie realizacji umowy częstotliwość oczyszczania, jak również powierzchnie terenów zewnętrznych poprzez ich zwiększenie lub zmniejszenie do 30%.

Odwolujący zwrócił uwagę, że w projektach umów nie określono, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość zrezygnowania ze zlecenia realizacji określonych usług oczyszczania podlegających odrębnej wycenie, tj. pozimowego oczyszczania jezdni.

W świetle ww. postanowień nie jest jasne, czy Zamawiający dla zadań 1-5 zastrzega sobie możliwość braku zlecenia pozimowego oczyszczania jezdni objętych zimowym utrzymaniem w I kolejności oraz pozimowego oczyszczania pozostałych jezdni w danym sezonie czy też nie. Zgodnie z postanowieniami SOPZ oczyszczanie pozimowe będzie realizowane na zlecenie Zamawiającego z przewidywaną częstotliwością 1 x w roku. Tym samym wobec braku precyzyjnego określenia w opisie przedmiotu zamówienia, czy Zamawiający ma dowolność w zakresie odstąpienia od zlecenia pozimowego oczyszczania jezdni, czy też prace te będzie zlecał w każdym roku świadczenia usługi, koniecznym jest doprecyzowanie postanowień umowy w tym zakresie.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez określenie czy Zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia poprzez brak zlecenia pozimowego oczyszczania jezdni objętych zimowym utrzymaniem w I kolejności oraz pozimowego oczyszczania pozostałych jezdni w danym sezonie i jeśli tak, w jakich okolicznościach taka sytuacja będzie miała miejsce.

Zarzut nr 6

Odwolujący podniósł, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie podał szacunkowych ilości odpadów poszczególnych frakcji objętych przedmiotem zamówienia w ramach poszczególnych zadań. Działanie takie stanowi naruszenie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający wskazał w OPZ wyłącznie dane o powierzchniach określonych terenów podlegających oczyszczeniu w ramach poszczególnych zadań. Wykonawca w oparciu o opis przedmiotu zamówienia nie jest w stanie precyzyjnie oszacować, jakie ilości odpadów poszczególnych frakcji objętych przedmiotem zamówienia mogą podlegać zagospodarowaniu w ramach świadczonych na rzecz

Zamawiającego usług.

W ocenie Odwołującego brak określenia w OPZ danych, które stanowiłyby dla wykonawców punkt odniesienia, stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji. 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 ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SWZ – w tym przypadku informacji o szacunkowej ilości odpadów poszczególnych frakcji, których zagospodarowanie jest objęte przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez wskazanie szacunkowych ilości odpadów poszczególnych frakcji, których zagospodarowanie Zamawiający przewiduje w ramach realizacji poszczególnych części zamówienia dla zakresu podstawowego oraz dla zakresu objętego prawem opcji.

Zarzut nr 10

W załączniku nr 1.20 SWZ Zamawiający wskazał wymagania dotyczące systemu telematyki wizyjnej monitorowania pojazdów typu odśnieżarka/posypywarka/polewarka, określając parametry techniczne, jakim odpowiadać mają rejestratory, kamery i monitory, które wykonawca zobligowany jest zamontować w pojazdach.

W odniesieniu do kamer tylnych zewnętrznych z funkcją podgrzewania do zamontowania w pługosyparkach następujące wymagania wprost wskazują na sprzęt oferowany przez Globtrak Polska sp. z o.o.:

2. maksymalny pobór mocy 5W,
3. rozdzielczość min. 600 linii,
5. wbudowany czujnik dzień noc z min 5 diodami podczerwieni led,
6. odporność na wibracje min. 8G,
7. odporność na uderzenia min. 50G,
8. Temperatura pracy od -40°C do +85°C.

W odniesieniu do rejestratora obrazu zamontowanego w pojazdach następujące parametry nie przekładają się na funkcjonalności, lecz na nadmierne ograniczenie konkurencji:

2. atest EMC:E
11. posiadać funkcję automatycznego podgrzewania dysku aby mógł poprawnie pracować w niskich temperaturach
15. posiadać możliwość zapisu z 3 kamer na 3 kanały jednocześnie, z zastrzeżeniem iż obraz z każdej kamery nagrywany jest wprost za pomocą dedykowanego kanału nagrania,

Są to parametry, które z dostępnych na rynku polskim dostawców oferuje wyłącznie jeden dostawca. Parametry te są nadmiarowe w stosunku do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w zakresie zapewnienia monitoringu pojazdów świadczących usługę.

W ocenie Odwołującego, tak dalece wyśrubowana specyfikacja techniczna zdecydowanie wskazuje na jednego wykonawcę – dostawcę/producenta sprzętu, który zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego na zostać zamontowany na pojazdach.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji załącznika nr 1.20 w sposób, który nie będzie jednoznacznie wskazywał na jedno źródło pochodzenia sprzętu, poprzez określenie funkcjonalności i parametrów, którym odpowiada szersza gama dostępnych na rynku sprzętów lub poprzez określenie kryteriów równoważności.

Zarzut nr 11

Postanowienia projektu umowy przewidują następujące zasady dokonywania waloryzacji wynagrodzenia umownego w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

§ 17 ust. 3 pkt 5:

Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia w § 7 ust. 1 i ust. 12 (ust. 9 – dla zadań 6-17) w przypadku zmiany (...)

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 6 Umowy), mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonej analizie przedstawionej przez wnioskującą Stronę kalkulacji, jeżeli jedna ze Stron umowy zwróciła się o wprowadzenie zmiany wynagrodzenia w terminie do 30 dni od daty wejścia w życie przepisów (dotyczy punktów od 1-4) o zmianie będącej przedmiotem wniosku.

Zamawiający w § 17 ust. 4 pkt 1 lit e) wzoru umowy wskazał:

1. W przypadku zmian, o których mowa w ust. 3, Strony ustalają następujący tok postępowania:

1) w przypadku zmiany:

(...) e) zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie $\geq 6\%$ lub $\leq -6\%$. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

gdzie:

C_{j0} - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

C_{N1} - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 6 miesięcy),

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

W_a - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy, gdzie a = 1, 2, ..., 6.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Kolejne wnioski o zmianę możliwe są po upływie kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku, w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie $\geq 4,5\%$ lub $\leq -4,5\%$.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku zastosowany będzie wzór:

$$C_{Nm} = C_{jm} \times (1 + 50\%)$$

gdzie:

C_{jm} - cena jednostkowa przed następną zmianą,

C_{Nm} - cena jednostkowa po następnej zmianie,

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

W_b - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

n - numer zmiany, gdzie n = 2, ..., 5,

m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, m = 1, ..., 4,

b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie b = 1, 2, ..., 6.

Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W przypadku wniosku Wykonawcy - warunki, których łączne spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia, to:

- udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego, że w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów paliwa wykorzystywanego w realizacji przedmiotu umowy, udokumentowana na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego na stacjach paliw w Polsce. Weryfikacja podanego warunku brzegowego następować będzie wedle poniższych wzorów:

$$* 100\% \geq 6\%$$

gdzie:

X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za cały okres od momentu zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) do dnia złożenia wniosku o waloryzację.

Y - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za sześć ostatnich miesięcy poprzedzających dzień zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania).

$$* 100\% / \geq 4,5 \%$$

gdzie:

X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację.

Y - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za sześć ostatnich miesięcy poprzedzających dzień złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia.

• udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie weryfikowana na podstawie następujących wzorów:

$$* 100\% / \geq 6 \%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednio czynności w przedmiocie zamówienia, ustalony za cały okres od momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia do momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia),

Y – poziom wynagrodzeń zasadniczych w przeliczeniu na 1 etat pracowników, które Wykonawca ponosił w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni po zakończeniu pierwszego miesiąca trwania umowy, przedstawi wykaz kosztów zatrudniania ww. osób wraz z dokumentami potwierdzającymi przedstawione koszty, tj. umowy o pracę, zabezpieczone zgodnie z wymogami RODO.

$$* 100\% / \geq 4,5 \%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednio czynności w przedmiocie zamówienia, ustalona za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację,

Y – średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednio czynności w przedmiocie zamówienia ustalony na potrzeby poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia.

• udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Udokumentowanie zmiany następować będzie na podstawie następujących wzorów:

$$* 100\% / \geq 6 \%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów ustalony za cały okres od momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia do momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia.

Y – poziom kosztów zagospodarowania odpadów, które Wykonawca poniósł w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni po zakończeniu pierwszego miesiąca trwania umowy, przedstawi wykaz poniesionych kosztów zagospodarowania odpadów na podstawie otrzymanych faktur oraz treści umów lub innego stosunku prawnego stanowiącego podstawę do ich wystawienia.

$$* 100\% / \geq 4,5 \%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów, ustalony za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację.

Y – średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów ustalony na potrzeby poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia.

Powyższy sposób udokumentowania trzech powyższych przesłanek stanowić będzie dostateczny sposób uzasadnienia żądania zmiany wynagrodzenia na podstawie zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia. Brak wykazania powyższych przesłanek nie wyklucza możliwości udokumentowania inny sposób przez Wykonawcę lub Zamawiającego

wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek ewentualnej zmiany innych kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia.

Poziom istotności oznacza co najmniej 10% udział w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, wykazywany na podstawie pomiarowego wzoru:

gdzie:

A – łączna wartość kosztu świadczonej usługi w przedmiocie zamówienia (innego rodzaju niż wymienione powyżej koszty paliwa, zatrudnienia i zagospodarowania odpadów) za okres od rozpoczęcia umowy do momentu złożenia wniosku waloryzacyjnego

B – łączna wartość przychodów netto uzyskanych z realizacji zamówienia kalkulowanych na podstawie wystawionych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego faktur za okres od rozpoczęcia umowy do momentu złożenia wniosku waloryzacyjnego.

Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych, o których mowa w § 7 ust. 2 oraz odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 1 lit. a), a w przypadku uruchomienia zamówienia opcjonalnego odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 1.

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości $\pm 8\%$ maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 7 ust. 1 lit. a), a w przypadku uruchomienia zamówienia opcjonalnego odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 1.

2) Strona, której złożono wniosek, w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku oceni czy Strona

wnioskująca wykazała rzeczywisty wpływ zmiany, o której mowa w pkt 1) na wzrost kosztów

realizacji przedmiotowej umowy. Strony zastrzegają sobie możliwość wezwania wnioskodawcy do przedłożenia dodatkowych dokumentów czy wyliczeń. W przypadku zaakceptowania wniosku, Strony ustalą datę podpisania aneksu do umowy.

3) Zmiana umowy skutkować będzie zmianą wynagrodzenia, przy czym nie wcześniej niż od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa, o których mowa w pkt 1) lit. a) – d), w przypadku

określonym w pkt 1) lit. e) od miesiąca następującego po miesiącu złożenia wniosku przez Wykonawcę.

4) Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w pkt 1), na koszty wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany przedmiotowej umowy przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego klauzula waloryzacyjna zawarta w § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż nie zapewnia realizacji celu, dla którego ustawodawca wprowadził obowiązek zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowie o zamówienie publiczne, tj. przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie realizacji umowy. Wymagania niezbędne dla dokonania waloryzacji wynagrodzenia są nieadekwatne do prognoz rynkowych i przewidywanych realiów gospodarczych na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Ustawodawca zobligował Zamawiającego do takiego określenia przesłanek zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, by realne było zwiększenie (lub zmniejszenie) ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Obowiązek ten nie może być realizowany przez Zamawiającego wyłącznie poprzez formalne umieszczenie klauzuli waloryzacyjnej odpowiadającej wymaganiom konstrukcyjnym, o których mowa w art. 439 ust. 2 Pzp w treści umowy.

Przy formułowaniu klauzuli waloryzacyjnej zastosowanie mają zasady udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, że klauzula waloryzacyjna musi być sformułowana w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny, a także zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Tymczasem Zamawiający łączy obie wyżej wskazane podstawy, czyniąc waloryzację wynagrodzenia całkowicie iluzoryczną i uzależnioną od woli Zamawiającego, który zachowuje pełną dowolność co do uznania czy wykazano w sposób dostateczny związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Odwołujący odniósł się do § 17 projektu umowy. W ocenie Odwołującego, tak ukształtowane postanowienia prowadzą to do sytuacji, w której wykonawca w cenie ofertowej skalkulować musi ryzyko wzrostu innych niż określone przez Zamawiającego elementów kosztotwórczych oraz elementów kosztotwórczych nie przekraczających progu istotności. Mamy do czynienia z klauzulą dwuetapową, co powoduje, że oszacowanie prawdopodobieństwa waloryzacji na etapie realizacji umowy jest niezwykle utrudnione. Możliwość złożenia wniosku o waloryzację powstaje wyłącznie, jeżeli inflacja wyniesie co najmniej 6% w skali kolejnych 6 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że nawet inflacja na poziomie 12% w skali roku może nie uzasadniać waloryzacji wynagrodzenia, jeżeli miesięczne wskaźniki cen towarów i usług

konsumpcyjnych w kolejnych 6 miesiącach przed złożeniem wniosku nie będą $\geq 6\%$. Również próg dla możliwości dokonania kolejnej waloryzacji określono na niezwykle wysokim poziomie, gdyż suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za 6 ostatnich zakończonych miesięcy przekraczać będzie $\geq 4,5\%$. Biorąc pod uwagę aktualne wskaźniki inflacji oraz prognozy na najbliższe dwa lata zasadnym jest zmniejszenie wartości wskaźników umożliwiających ubieganie się o waloryzację umowy do $\geq 1,5\%$ w przypadku pierwszej waloryzacji i $\geq 1,5\%$ w przypadku kolejnych waloryzacji.

Odwolujący wskazał na szacunki NPB z marca 2024 r. dot. inflacji.

Zamawiający dopuszcza możliwość udokumentowania w inny sposób przez Wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek ewentualnej zmiany innych kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, jednakże pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia, co przy sezonowości świadczonych usług jest zadaniem niezwykle trudnym do wykonania.

Jednocześnie maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi nie więcej niż 8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto.

Narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera stronom możliwość ubiegania się o dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie co najmniej 6% - dla pierwszej waloryzacji oraz 4,5% dla kolejnych waloryzacji narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i w nieproporcjonalny sposób przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Iluzoryczny charakter wobec sezonowości niektórych kosztów realizacji zamówienia ma możliwość udokumentowania w inny sposób przez Wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia z zastrzeżeniem wykazania ich istotności zgodnie z arbitralnie określonym przez Zamawiającego wzorem i ustalenie wartości progu istotności na poziomie równym lub wyższym niż 10%. Biorąc pod uwagę strukturę kosztów i sezonowość wykonywanych usług jest to poziom niemal nieosiągalny.

Całkowicie nieproporcjonalne pozostaje oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca musi uzasadnić wniosek wykazując spełnienie określonych przez Zamawiającego warunków według wzorów zakładających przyjęte arbitralnie poziomy wartości. Takie wymaganie jest niczym nieuzasadnione. Naruszeniem przepisów ustawy jest też to, że Zamawiający nie przewiduje waloryzacji w przypadku wzrostu innych kosztów realizacji usługi. Klauzula waloryzacyjna została sformułowana tak restrykcyjnie, że nie jest możliwe dokonanie waloryzacji wynagrodzenia:

- gdy wyłącznie koszty pracy wzrosną o więcej niż 6%,
- gdy wyłącznie koszty paliwa wzrosną o więcej niż 6%,
- gdy wyłącznie koszty zagospodarowania odpadów instalacji komunalnej (zmieszane odpady komunalne – 20 03 01) wzrosną o więcej niż 6%,
- gdy zarówno koszty pracy i paliwa wzrosną o więcej niż 6%,
- gdy zarówno koszty pracy i zagospodarowania odpadów wzrosną o więcej niż 6%,
- gdy zarówno koszty paliwa i zagospodarowania odpadów wzrosną o więcej niż 6%
- gdy wzrosną inne niż wymienione przez Zamawiającego istotne koszty realizacji usługi, np. koszty zakupu środków przeznaczonych do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej – chlorku sodu (NaCl) o więcej niż 6%.

W ocenie Odwołującego postawiony przez Zamawiającego warunek, aby wzrost kosztów paliwa, wynagrodzeń pracowników i koszt zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej został spełniony łącznie jest trudny do prognozowania. Utrudnia to lub wręcz czyni niemożliwym oszacowanie, czy w ogóle waloryzacja będzie możliwa, a jeśli tak to, kiedy i na jakim poziomie.

Zdaniem Odwołującego, określone przez Zamawiającego uwarunkowania dotyczące zasad dokonywania waloryzacji wynagrodzenia umownego nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego. Narusza to podstawowe zasady udzielenia zamówień publicznych, w tym zasadę efektywności, gdyż wykonawcy zmuszeni będą do skalkulowania ryzyk wzrostu cen w całości w cenie ofertowej, zakładając faktyczną niezmiennosc cen jednostkowych na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Taka sytuacja przekłada się również na ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, gdyż każdy z wykonawców odmiennie kalkulować będzie ryzyka wzrostów w tym zakresie, zwłaszcza wobec konieczności przyjęcia takich samych stawek jednostkowych dla zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji, a więc w odniesieniu do 30 miesięcy realizacji usługi.

W nieproporcjonalny sposób został określony współczynnik rozkładu ryzyka – każdorazowo kiedy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych jest wyższa od 6% ryzyko rozkładane jest równomiernie, ale w sytuacji gdy suma tych wskaźników będzie niższa od 6% - całość ryzyka spoczywa na wykonawcy. Przewidziany przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji sprawia, iż całość ryzyka wzrostu kosztów w przypadku inflacji na poziomie do 6% (i odpowiednio 4,5% w późniejszym okresie) ponosi Wykonawca. Dodatkowe ograniczanie

możliwości kompensaty wyższych kosztów poprzez jej 50% redukcję sprawia, iż mechanizm waloryzacji staje się dla Wykonawcy całkowicie nieskuteczny. Takiego podziału ryzyk nie można więc uznać za równomierny. Nie można uznać, że Zamawiający uwzględnił w klauzulach waloryzacyjnych współczynnik rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów niezbędnych do wykonania umowy będzie równomiernie rozłożone na obie strony umowy. Należy mieć na uwadze, że wartość sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, których przekroczenie uzasadnia wnioski o waloryzację, Zamawiający określił na zbyt wysokim poziomie. W ocenie Odwołującego należałoby zmniejszyć ich wartość do $\geq 1,5\%$ zarówno w przypadku pierwszej waloryzacji, jak i w przypadku kolejnych waloryzacji.

Ewentualnie w celu urealnienia należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych, należałoby rozważyć nadanie całkowicie nowego brzmienia klauzuli waloryzacyjnej poprzez jej uproszczenie i uzależnienie waloryzacji od osiągnięcia w okresie kolejnych 6 miesięcy realizacji usługi przez wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z Komunikatem Prezesa GUS poziomu $\geq 1,5$ i $\leq -1,5\%$ dla pierwszej waloryzacji oraz $\geq 1,5\%$ i $\leq -1,5\%$ dla kolejnych waloryzacji. W ten sposób waloryzacja miałaby niejako automatyczny charakter, tj. stawki za realizację usług byłyby aktualizowane zgodnie ze wskaźnikami GUS.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej określonej w § 17 znajdującej poprzez zastąpienie ich następującym postanowieniem:

1. Strony dopuszczają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany:

1) stawki podatku VAT lub stawki podatku akcyzowego – w ten sposób, że wynagrodzenie netto zostanie zmienione (zwiększenie lub zmniejszenie) z uwzględnieniem nowej stawki podatku,

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę – jeżeli Wykonawca zatrudnia przy realizacji zamówienia osoby pobierające minimalne wynagrodzenie za pracę, zmiana nastąpi proporcjonalnie do zwiększenia kosztów związanych z podniesieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę, przy uwzględnieniu nakładu pracy na realizację zamówienia przez osoby pobierające to wynagrodzenie, przy czym Wykonawca będzie zobowiązany do wykazania Zamawiającemu wysokości tych kosztów poprzez udostępnienie do wglądu zanonimizowanych kopii umów o pracę. Kopia umowy powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych (tj. w szczególności bez adresów i numerów PESEL pracowników). Informacje takie jak: imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę, stanowisko oraz wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania,

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – jeżeli Wykonawca zatrudnia przy realizacji zamówienia osoby, których powyższe zmiany dotyczą, zmiana nastąpi proporcjonalnie (zwiększenie lub zmniejszenie) do zmiany kosztów wynikających ze zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, przy uwzględnieniu nakładu pracy na realizację zamówienia przez osoby, których ta zmiana dotyczy, przy czym Wykonawca będzie zobowiązany do wykazania Zamawiającemu wysokości tych nakładów i kosztów,

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych - jeżeli Wykonawca zatrudnia przy realizacji zamówienia osoby, których powyższe zmiany dotyczą, zmiana nastąpi proporcjonalnie (zwiększenie lub zmniejszenie) do zmiany kosztów wynikających ze zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, przy uwzględnieniu nakładu pracy na realizację zamówienia przez osoby, których ta zmiana dotyczy, przy czym Wykonawca będzie zobowiązany do wykazania Zamawiającemu wysokości tych nakładów i kosztów.

2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 Wykonawca lub Zamawiający, najpóźniej w terminie 30 dni kalendarzowych od wprowadzenia wymienionych zmian, będzie miał prawo do złożenia drugiej stronie wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem oraz szczegółową kalkulacją, z zastrzeżeniem, że w przypadku złożenia wniosku po ww. terminie strony mają prawo odmówić zmiany wynagrodzenia. Za termin złożenia uważa się termin otrzymania wniosku przez drugą Stronę.

3. Zmiany wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1, będą obowiązywały od :

1) dnia obowiązywania zmienionych wskaźników - w przypadku otrzymania przez Zamawiającego wniosku Wykonawcy przed terminem wejścia w życie przepisów dotyczących nowych wskaźników,

2) pierwszego dnia miesiąca następującego po zawarciu aneksu - w przypadku otrzymania przez Zamawiającego wniosku Wykonawcy po terminie wejścia w życie przepisów dotyczących nowych wskaźników.

4. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy nie podlega zmianie, jeżeli zmiana wskaźników określonych w ust. 1 zostanie wprowadzona aktami prawnymi opublikowanymi na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, wynagrodzenie Wykonawcy określone w § 7 ust. 1 ulegnie zmianie (zwiększeniu lub zmniejszeniu), na zasadach określonych poniżej.

1) Zmiana wynagrodzenia może nastąpić z inicjatywy Zamawiającego lub na wniosek Wykonawcy w przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „GUS”) dotyczących 12 (dwunastu) następujących po sobie miesięcy wynika, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, określonych w pkt. 2, wynosi mniej niż 99 lub więcej niż 101.

2) Średnia arytmetyczna, o której mowa w pkt 1) wyliczana jest na podstawie danych w tabeli „Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku” w części „Analogiczny miesiąc poprzedniego roku = 100” prezentowanej na stronie GUS w zakładce „Obszary tematyczne” i dalej „Ceny. Handel” w tabeli „Wskaźniki cen” w poz. „Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. inflacja)”.

3) Przy ustalaniu miesięcy, o których mowa w pkt. 1 jako pierwszy uwzględniany jest pełen miesiąc kalendarzowy następujący po miesiącu, w którym zawarto umowę.

4) Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron umowy nie wcześniej niż po upływie 12 pełnych miesięcy kalendarzowych od dnia zawarcia umowy.

5) Zmiana łącznego wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 będzie ustalana z uwzględnieniem zwaloryzowanych cen jednostkowych obliczonych zgodnie z wzorem:

Wysokość ceny (CW) po waloryzacji stanowi:

$CW = C_p \times W\%$, gdzie użyte symbole oznaczają:

C_p - cena początkowa (netto) za działanie;

W - średnia arytmetyczna wskaźników cen, o której mowa w pkt. 2 określona procentowo.

6. Ceny jednostkowe zwaloryzowane zgodnie z ust. 5 zostaną zastosowane do działań realizowanych począwszy od kolejnego miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym Zamawiający otrzymał wniosek, o którym mowa w ust. 5 pkt 1,

Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.

7. Kolejna zmiana wynagrodzenia na zasadach określonych w ust. 5 będzie możliwa nie wcześniej, niż po upływie 6 miesięcy następujących od miesiąca, w którym zaczęły obowiązywać zwaloryzowane ceny.

8. Maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy tj. suma wszystkich wprowadzanych zmian na podstawie ww. postanowień nie może przekroczyć 30% wartości wynagrodzenia łącznego, o którym mowa w § 7 ust. 1 w wysokości obowiązującej na dzień zawarcia umowy.

Zarzut nr 12

Odwołujący powołał treść rozdziału III pkt 3 SWZ, rozdziału XIV SWZ – „Opis sposobu obliczenia ceny”, rozdział XIV pkt 7 SWZ jak również czynności niezbędne do wykonania na wszystkich terenach zewnętrznych objętych przedmiotem zamówienia, wskazane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia dla zadań 6-17 (załącznik nr 1B do SWZ), w dziale II pkt 1.

Jednocześnie zgodnie z zapisami SOPZ wywóz odpadów powstałych podczas wykonywania niniejszych czynności należy zrealizować w dniu oczyszczania, a obejmować on ma:

a) załadunek odpadów na środki transportowe,

b) utrzymanie czystości i porządku w miejscu i w czasie załadunku odpadów,

c) transport i rozładunek odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, unieszkodliwiania lub wykorzystania odpadów;

Oznacza to, że wykonawca zobligowany jest także pokryć koszty zagospodarowania tych odpadów. Czynności realizowane przez wykonawcę, a składające się na realizację przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie nie są sklasyfikowane jako prace interwencyjne. Tym samym brak jest zapisów SWZ, które określałyby, w jaki sposób nastąpi rozliczenie za tego rodzaju usługi. W ocenie Odwołującego niżej wskazane postanowienia są nieprecyzyjne i nie pozwalają na rzetelną wycenę usługi.

W zakresie usługi „usuwanie odpadów pochodzących z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych do 1 m³” Zamawiający nie określił, jaką konkretną ilość odpadów należy przewidzieć w kalkulacji ceny, nie wskazał również co należy zrobić z odpadami powyżej 1m³, kiedy zalega więcej niż 1m³.

W zakresie usługi: „usuwanie odpadów wielkogabarytowych, zalegających w odległości większej niż 1,5 m od miejsca gromadzenia odpadów”; „usuwanie odpadów biodegradowalnych, w tym opadłych gałęzi i konarów drzew oraz odpadów biodegradowalnych powstałych w wyniku samowolnego prowadzenia prac konserwacyjnych zieleni przez mieszkańców” czy „usuwanie opon” Zamawiający nie określił, jaką konkretną ilość odpadów należy przewidzieć w kalkulacji ceny do wywozu.

W zakresie usługi „utrzymania koszy na odpady na terenach zewnętrznych”, Zamawiający nie tylko nie określił ilości koszy objętych usługą ani nie wskazał ich lokalizacji, ale też wymaga częstotliwości ich opróżniania niezgodną z krotnością wykonania prac w tygodniu określoną w formularzu „Zestawienie kosztów zadania” – załączniki nr III F – III R.

Zamawiający oczekuje Sukcesywnego opróżniania koszy na odpady, z częstotliwością co najmniej raz w tygodniu, przy czym częstotliwość ta ma gwarantować niedopuszczenie do wypełnienia poszczególnych koszy na odpady powyżej 90% całkowitej pojemności użytkowej kosza na odpady, co wymaga stałego ich monitoringu oraz codziennej obsługi, a niedopełnienie tego naraża wykonawcę na kary umowne. Tym samym nie sposób wymagać, by Wykonawca skalkulował koszty realizacji przedmiotowej usługi w ramach ceny jednostkowej z przewidywaną mniejszą krotnością w zestawieniu kosztów zadania. W zadaniach od 1 do 5 usługa opróżniania utrzymania kosza na odpady jest wyszczególniona w zestawieniu kosztów zadania jako osobna pozycja, natomiast w zadaniach 6-17 Zamawiający nie przewidział osobnej pozycji wyceny.

Odwołujący przywołał czynności niezbędne do wykonania w warunkach zimowych na wszystkich terenach zewnętrznych objętych przedmiotem zamówienia wskazane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia dla zadań 6-17 (załącznik nr 1B do SWZ) dział II rozdział II pkt 2. Odwołujący odniósł się również do terminów wykonania prac w warunkach zimowych wskazanych w ppkt 2.3, obowiązujące niezależnie od Harmonogramu (Rozdział III).

Zamawiający nie wskazał ani powierzchni objętych usługą (zgodnie z działem II rozdziałem II pkt 2.1 SOPZ), nie wskazał ich lokalizacji, ani nie określił w formularzu „Zestawienie kosztów zadania” – załączniki nr III F – III R pozycji dla wyceny cen jednostkowych niniejszej usługi.

Dla zadań od 1 do 5 usługa zimowego oczyszczania została wyodrębniona jako osobna pozycja w zestawieniu kosztów zadania. Usługa odśnieżania z uwagi na jej charakter i konieczność realizacji poza przyjętym w/w harmonogramem nie może w ocenie Odwołującego zostać skalkulowana w stawce za utrzymanie czystości, bowiem dotyczy innych prac, innej częstotliwości i innych powierzchni, niż te do których odnoszą się pozycje przewidziane w formularzu wyceny.

W poszczególnych formularzach „Zestawienie kosztów zadania”, tj. załącznikach nr III F – III R, na próżno szukać osobnej pozycji cenowej odnoszącej się do wskazanych powyżej elementów przedmiotu zamówienia, które znacząco wpływają na koszty realizacji usługi. Zamawiający w sposób nieuprawniony przenosi całe ryzyko związane z realizacją usługi na wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się wadliwego sporządzenia dokumentów zamówienia, gdyż brak jest możliwości zarówno wyceny tej usługi, jak i pewności uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane usługi, pomimo nałożenia na wykonawcę obowiązku ich wykonania.

Odwołujący wniośł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności „Zestawienia kosztów zadania”, tj. załączników nr III F – III R poprzez uzupełnienie go o dodatkowe pozycje, tj. ceny jednostkowe za:

- 1) usuwanie odpadów pochodzących z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych;
- 2) usuwanie odpadów wielkogabarytowych,
- 3) usuwanie odpadów biodegradowalnych, w tym opadłych gałęzi i konarów drzew oraz odpadów biodegradowalnych powstałych w wyniku samowolnego prowadzenia prac konserwacyjnych zieleni przez mieszkańców,
- 4) usuwanie opon,
- 5) utrzymanie koszy na odpady na terenach zewnętrznych,
- 6) odśnieżanie,

z zastrzeżeniem wskazania danych niezbędnych wykonawcy do wyceny ww. usług, tj.:

- 1) ilości odpadów pochodzących z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych do usunięcia, lub wprowadzenie rozliczenia za 1m³ odpadu,
- 2) ilości odpadów wielkogabarytowych, do usunięcia, lub wprowadzenie rozliczenia za 1m³ odpadów,
- 3) ilości odpadów biodegradowalnych, w tym opadłych gałęzi i konarów drzew oraz odpadów biodegradowalnych powstałych w wyniku samowolnego prowadzenia prac konserwacyjnych zieleni przez mieszkańców do usunięcia, lub wprowadzenie rozliczenia za 1m³ odpadu,
- 4) ilość opon do usunięcia, lub wprowadzenie rozliczenia za 1 szt.
- 5) wskazanie ilości i lokalizacji koszy na odpady na terenach zewnętrznych,
- 6) wskazanie powierzchni i lokalizacji terenów podlegających usłudze zimowego utrzymania.

Odwołujący wniośł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności formularzy wyceny „Zestawienie kosztów zadania” dla poszczególnych zadań, tj. załączników nr III F- III R, w sposób, który pozwoli na dokonanie rozliczenia za rzeczywiście zrealizowane prace przez wykonawcę, jednocześnie uzupełnienie dokumentacji przetargowej o dane do wyceny tj. przewidywane ilości odpadów do usunięcia, ilość koszy i

ich lokalizacji oraz wskazanie powierzchni i ich lokalizacji w zakresie zimowego utrzymania.

Zarzut nr 13

Odwolujący przywołał treść art. 433 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, art. 483 § 1 k.c., art. 471 k.c. oraz art. 484 § 1 k.c.

Z jednej strony Zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu zadań publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność Zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli takich, na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar umownych w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z ewentualnym uszczerbkiem po stronie Zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.

W ocenie Odwołującego określone kary przewidziane przez Zamawiającego nie spełniają tych wymagań.

Odwolujący przytoczył treść § 9 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy dla zadań od 6-17 (załącznik C) jak również § 11 ust. 1 i ust. 6. Odwołujący nawiązał do treści rozdziału III SOPZ załącznik nr 1B wskazując, że usługi realizowane będą zgodnie z harmonogramem prac (dla większości rejonów jest przewidziana częstotliwość 2 razy w tygodniu, dla rejonu R,S,T 1 raz w tygodniu, a tylko rejon B sprzątnięty jest albo 7 albo 5 razy w tygodniu. Zamawiający, dając sobie uprawnienia do naliczania kar na podstawie kontroli przeprowadzonych nie bezpośrednio po realizacji usługi, a w odstępie kilku dni, nie jest w stanie stwierdzić poprawności jej wykonania, bowiem mamy do czynienia z usługami o charakterze zanikowym (posprzątanie rejonu nie gwarantuje stałego efektu, tj. pojawienia się nowych zanieczyszczeń, spadów z liści czy odpadów. Tym samym sposób naliczania kar, a w związku z tym i same kary umowne są nieadekwatne i wygórowane, gdyż nie odnoszą się do potencjalnej szkody po stronie Zamawiającego.

Odwolujący stoi na stanowisku, że kary są znacząco wygórowane w stosunku do szkody, jaka może powstać w związku z niewykonaniem przedmiotu zamówienia. Dla przykładu wskazał, że w przypadku kary określonej w § 9 ust. 2 pkt 2) lit a) Wzoru umowy przewidywana w wysokość kary to:

- 300,00 zł – za tereny zewnętrzne o powierzchni do 1000 m²,
- 600,00 zł – za tereny zewnętrzne o powierzchni od 1001 m² do 8000 m²,
- 900,00 zł – za tereny zewnętrzne o powierzchni od 8001 m²,

za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych (za każdą pozycję adresową z Wykazu), o których mowa w SOPZ Dział II Rozdział II pkt 1 ppkt 1.1.

Stawki za utrzymanie terenów zewnętrznych kształtują się na poziomie ok. 6,00 zł/100m². Oznacza to, że cena za miesięczne utrzymanie terenów zewnętrznych o powierzchni 1000 m², przy zakładanej przez Zamawiającego krotności wynosi ok. 525,00zł. Tymczasem kara za jedno uchybienie to 300,00 zł – za tereny zewnętrzne o powierzchni do 1000 m² (każde kolejne uchybienie zwielokrotnia tą wartość), co daje ok. 57% miesięcznej wartości usługi. Czyli jedno uchybienie w trakcie miesiąca skutkować może nałożeniem kary w wysokości 57% wartości miesięcznego wynagrodzenia za utrzymanie porządku na tym terenie. Kara w takiej wysokości musi zostać uznana za wygórowaną i nieproporcjonalną.

Co więcej w ramach tej stawki (z uwagi, że Zamawiający nie przewidział osobnej wyceny) naliczane będą dodatkowo kary dotyczące zbierania odpadów biodegradowalnych, zimowego utrzymania terenów, opróżniania koszy. Biorąc pod uwagę wadliwe ukształtowanie postanowień umowy i brak odrębnego wynagrodzenia za wyżej wskazane usługi objęte przedmiotem zamówienia. Już sam fakt, że Zamawiający przewidział osobne kary za brak należytej realizacji ww. usług przy braku odrębnego wynagrodzenia za ich realizację świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji przy kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Przekłada się to na jeszcze większą niewspółmierność wartości usługi do kary, która jednorazowo może nie tylko pozbawić wykonawcę należnego wynagrodzenia, ale skutkować może obowiązkiem zapłaty kary umownej o wartości przekraczającej spodziewane wynagrodzenie, tj. ponad wartość, którą wykonawca uzyskać powinien jako ekwiwalent usług. Pojęcie „rażącego wygórowania” kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, wymagającym zawsze oceny w okolicznościach stanu faktycznego danej sprawy. Co do zasady oznacza ewidentną, rażącą niewspółmierność w stosunku do rzeczywistego uszczerbku, jaki poniósł wierzyciel. Z orzecznictwa wynika, że kara umowna przekraczająca wartość wynagrodzenia jest karą rażąco wygórowaną.

Na gruncie niniejszego postępowania wysokość ww. kar umownych została ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody Zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone, co przy jednoczesnym określeniu

niezwykle szerokiego ich katalogu stwarza po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia niewspółmiernej straty.

Obciążanie Wykonawcy ryzykiem zapłaty kary umownej – bez zapewnienia mu możliwości jego oszacowania i odpowiedniego skalkulowania ceny ofertowej, musi być ocenione nie tylko jako naruszenie zasad współzycia społecznego, ale również winno być zakwalifikowane jako nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego (art. 5 k.c.). Takie ukształtowanie postanowień umowy nie może być usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego ani też ochroną interesu publicznego. Nie mieści się w granicach takiego interesu karanie wykonawcy za każdy, nawet najdrobniejszy przejaw niezgodności jego zachowań z treścią stosunku umownego czy też obciążanie go ryzykiem niemożliwym do skalkulowania, oraz możliwością nakładania kar z uwagi na zanik usługi do czasu kontroli przeprowadzonej nie bezpośrednio po realizacji usługi.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji wzoru umowy poprzez zmniejszenie każdej z ww. kar o połowę.

W złożonych pismach z dnia 20 maja 2024 r., stanowiących odpowiedź na odwołanie, Zamawiający uwzględnił zarzut oznaczony jako 8 oraz 10, jak również ustosunkował się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu 1

Zamawiający wskazał, że na gruncie całokształtu przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odbieranie odpadów komunalnych jest świadczeniem usługi, polegającej na wykazaniu gotowości do przejęcia odpadów komunalnych zebranych przez właściciela nieruchomości w wymaganych do tego przepisami pojemnikach lub workach oraz ustawionych przez właściciela nieruchomości w miejscach do tego przeznaczonych i również spełniających określone wymagania. Innymi słowy, odbieranie odpadów komunalnych to rodzaj usługi, która polega na tym, że podmiot odbierający przejmując od właściciela nieruchomości z wyznaczonego do tego miejsca odpady, które zostały odpowiednio zebrane i umieszczone w odpowiednich pojemnikach lub/i workach. Celem usługi odbierania odpadów komunalnych jest zapewnienie stałej obsługi właściciela nieruchomości w zakresie pozbywania się zebranych przez niego i przekazywanych do odebrania odpadów.

Przykładowo, jeśli właściciel nieruchomości zleci, jakiemuś podmiotowi uprzątnięcie jego nieruchomości zanieczyszczonej min. odpadami komunalnymi, które przez tego właściciela nieruchomości nie zostały uprzednio zebrane, przygotowane do odebrania poprzez umieszczenia w pojemnikach/workach i ustawione w wyznaczonym miejscu, nie dochodzi do odbierania odpadów, ale do świadczenia usługi sprzątania, w następstwie której powstają odpady komunalne, transportowane później przez sprzątającego. Podobnie będzie również w przypadku zlecenia jakiemuś podmiotowi usług ogrodniczych. Jeśli strony nie postanowią inaczej, wykonujący takie usługi będzie wytwórcą odpadów, które powinien odpowiednio zagospodarować i nie będzie wcale wykonywał czynności wymagających wpisu do rejestru działalności regulowanej, pomimo tego nawet, że rodzajowo są to odpady, które mogą być przekazane do odebrania podmiotowi odbierającemu odpady komunalne.

Zdaniem Zamawiającego, rozumowanie Odwołującego prowadzi do wniosku, że usługa sprzątania, która może łączyć się z uprzątnięciem z terenu nieruchomości pozostawionych na niej odpadów komunalnych, jest usługą odbierania odpadów komunalnych, wymagającą do jej świadczenia wpisu do właściwego rejestru i uprzedniego spełnienia określonych wymagań dotyczących min. pojazdów, sprzętu, bazy magazynowo-transportowej, itp. Prowadziłoby to w zasadzie do wniosku, że odbieraniem odpadów komunalnych jest każda czynność, która powoduje, że podmiot trzeci wytwarza lub usuwa z nieruchomości odpady komunalne, które potem transportuje. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawa o odpadach twierdzenie takie całkowicie wykluczają.

Zważywszy więc, że przedmiotem zamówienia nie jest przejmowanie w posiadanie, transport i zagospodarowanie odpadów gromadzonych i przekazywanych do odebrania w sposób przewidziany ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz regulaminem utrzymania czystości i porządku ustanawianym przez radę gminy, nie sposób mówić, że przedmiotowe postępowanie dotyczy czy wymaga odbierania odpadów komunalnych. Zamawiający w SOPZ (Dział II Rozdział II) wprost wskazuje na przykład, że w przypadku odpadów wielkogabarytowych idzie tu o odpady pozostawione poza miejscami gromadzenia. Nadto w sposób ogólny, wprowadzoną definicją terenu zewnętrznego, Zamawiający wprost wyłączył z przedmiotu zamówienia osłony śmietnikowe oraz miejsca wyznaczone do czasowego gromadzenia odpadów. Zgodnie bowiem z Działem I pkt 16 SOPZ Tereny zewnętrzne to tereny znajdujące się poza obszarem budynków, osłon śmietnikowych oraz miejsc wyznaczonych do czasowego gromadzenia odpadów, a także poza terenami zagrodzonymi, niedostępnymi dla osób trzecich.

Zamawiający podkreślił, że przedmiotem zamówienia są usługi sprzątania. Zgodnie zaś z ustawą o odpadach (art. 3 ust. 1 pkt 32 zdanie 2) wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątania, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Postanowienia SOPZ (Dział I pkt 34),

będące częścią SWZ, tylko to potwierdzają. Co istotne również ustawodawca wprost przewiduje, że w odniesieniu do wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 32 zdanie 2 typów usług, w tym usługi sprzątnia, wytwórcą odpadów jest świadczący usługi i nie jest potrzebna w tym zakresie analiza i sprawdzanie przesłanek wymienionych w zdaniu pierwszym art. 3 ust. 1 pkt 32, stanowiącym, że przez wytwórcę odpadów rozumie się przez to każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów.

Nie trzeba również przeprowadzać dowodu, że usługa sprzątnia obejmuje w istotnej części usuwanie pozostawionych w nieprzeznaczonych do tego miejscach odpadów. Mogą być to zarówno niewielkich rozmiarów drobne odpady typu opakowania po żywności, napojach lub ich fragmenty, czy odpady o większych rozmiarach, jak odzież, opony, odpady poremontowe, meble. Zwrócić należy też uwagę, że sprząta w rozumieniu Słownika Języka Polskiego to tyle, co „usuwać coś z miejsca, w którym nie powinno się znajdować” czy ogólnie rzecz ujmując doprowadzać coś do porządku. Usługa sprzątnia może bowiem polegać zarówno na zamiętaniu drobnych odpadów i zanieczyszczeń, jak i usuwaniu większych odpadów. Rozmiar odpadów może determinować jedynie stronę techniczną ich usunięcia, rodzaj użytych urządzeń i środków transportu, ale nie zmienia istoty podejmowanej czynności, tj. że jest to w każdym przypadku usługa sprzątnia.

Odniesienie zarzutu 2

Uzasadnienie w tym zakresie jest tożsame z uzasadnieniem do zarzutu nr 2 Odwołującego ENERIS.

Odniesienie zarzutu 3

Zamawiający wskazał, że dokonał w sposób jasny i precyzyjny opisu przedmiotu zamówienia, co zresztą wynika z treści samego uzasadnienia tego zarzutu, w którym Odwołujący wskazuje, jak należy rozumieć i czytać datę rozpoczęcia realizacji usługi. W formularzu kosztowym Zamawiający oczekuje wpisania cen jednostkowych za poszczególne akcje, a nie wynagrodzenia ryczałtowego, które byłoby zależne od liczby miesięcy realizacji prac w sezonie zimowym. W przypadku cen jednostkowych, w zależności od tego, przez ile miesięcy będą realizowane prace w sezonie zimowym, takie będzie wynagrodzenie wykonawcy.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji, Zamawiający wskazuje, iż kwestionowane zapisy projektu umowy są takie same dla wszystkich wykonawców, a więc nie może być mowy o jakimkolwiek naruszeniu konkurencji, bowiem wszystkie podmioty składają oferty w oparciu o jednakowe zapisy dokumentacji zamówienia.

Opisana natomiast w art. 17 Pzp reguła efektywności, oparta jest na dwóch regułach, tj. reguła kierowania się przez Zamawiającego dążeniem do uzyskania najlepszej jakości zamówień w stosunku do środków, które może on przeznaczyć na realizację zamówienia i reguła dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zrealizowanego zamówienia w stosunku do nakładów, które ten Zamawiający poniesie, składają się na jedną zasadę efektywności, która ma zastosowanie przy udzielaniu zamówienia i powinna oddziaływać w całym procesie udzielania zamówienia. Jednym z jej elementów jest więc odniesienie do ilości środków, jakie Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Tymczasem wniosek, jaki złożył Odwołujący w stosunku do tego zarzutu, jest de facto zaprzeczeniem właśnie tej reguły, ponieważ Odwołujący oczekuje takiego określenia okresu realizacji usługi, aby obejmował pełne sezony zimowego utrzymania czystości, zarówno w stosunku do zamówienia podstawowego, jak i zamówienia opcjonalnego. Odwołujący oczekuje zatem wydłużenia okresu trwania umowy, a co się z tym wiąże, wygospodarowania przez Zamawiającego większych środków na dłuższy okres trwania umowy.

Odniesienie zarzutu 4

Zamawiający wskazał, że przeanalizował okres analogiczny do prezentowanego w treści uzasadnienia zarzutu i wskazał, że w okresie tym wystąpiły sytuacje, kiedy liczba akcji zimowych zbliżała się do wartości 50 w sezonie i w oparciu o te dane Zamawiający uznał, że wartością właściwą do formularza ofertowego będzie liczba 50 akcji w sezonie zimowym.

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie mamy więc do czynienia z zawężeniem wartości zamówienia, ale z ostrożnym szacowaniem, biorąc pod uwagę różne sytuacje pogodowe, jakie miały miejsce na przestrzeni analizowanego okresu.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż de facto trudno zrozumieć, jaka myśl przyświeca Odwołującemu, który kwestionuje liczbę akcji zimowych po pierwsze dlatego, że liczba tych akcji przekłada się na wartość, od której Wykonawca będzie ustalał wartość w pozycji opłata za gotowość, a po drugie, konstrukcja umowy zakłada, że Wykonawca ma zagwarantowane zlecenie prac o wartości minimum 50% wartości umowy dla zamówienia podstawowego, a jednocześnie zgodnie z § 2 ust. 3 i 4 projektu umowy czas trwania umowy będzie uzależniony od osiągnięcia kwoty określonej w §7 projektu umowy. W tej sytuacji trudno zrozumieć, gdzie Odwołujący dostrzega nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia i nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności, które powodują uniemożliwienie rzetelnej kalkulacji oferty. Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący otrzyma wynagrodzenie za każdą

akcję zimową, która zostanie zlecona i wykonana, a nie wynagrodzenie ryczałtowe za zakładaną/potencjalną liczbę akcji.

Odnosnie zarzutu 5

Zamawiający wskazał, że w dokumentacji określił rodzaj czynności, jakie będzie mógł zlecić. W zestawieniu kosztowym Wykonawca wskazuje ceny jednostkowe wszystkich czynności, Zamawiający jednocześnie zastrzegł sobie możliwość zrezygnowania ze zlecenia poszczególnych prac. Okoliczności, w jakich może dojść do rezygnacji ze zlecenia zimowego, mogą nie być znane Zamawiającemu na ten moment, dlatego zastrzega sobie możliwość rezygnacji z pewnych części zamówienia, przy jednoczesnym zapewnieniu minimum wynagrodzenia dla Wykonawcy. Takie działanie pozostaje w zgodzie z przepisami ustawy Pzp, a sama realizacja wniosku Odwołującego się, prowadziłaby do opisywania sytuacji niemożliwych do przewidzenia, które w praktyce rodziłyby dalsze wątpliwości po stronie Wykonawcy.

Odnosnie zarzutu 6

Zamawiający po raz kolejny wskazał, że przedmiotem zamówienia nie jest transportowanie i zagospodarowywanie odpadów zbieranych przez Zamawiającego lub przez właścicieli nieruchomości, na których terenach ma być wykonywane zamówienie, co za tym idzie określanie szacunkowych, czy też podawanie historycznych danych o ilości przewidywanych odpadów z podziałem na ich rodzaje nie jest ani potrzebne ani miarodajne. Wynika to między innymi z tego powodu, że wytwórcą odpadów objętych przedmiotem zamówienia będzie wykonawca zamówienia, który na podstawie precyzyjnych danych o przedmiocie zamówienia, w tym charakterystyce terenów, ich powierzchni. informacji o odpadach, których wystąpienie jest w stopni najwyższym prawdopodobnie dysponować będzie wystarczającymi danymi niezbędnymi do złożenia rzetelnej oferty. Zamawiający podkreślił, że centralnym przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi sprzątania, dopiero w następstwie której powstają odpady, później transportowane i zagospodarowywane. Na tej przede wszystkim podstawie, tj. na podstawie charakterystyki centralnego przedmiotu zamówienia, wykonawca winien określić koszty wszystkich wykonywanych czynności. Tymczasem Odwołujący tworzy wrażenie, że przedmiotem zamówienia jest jedynie transportowanie i zagospodarowywanie odpadów, które w prosty sposób miałyby zdeterminować złożenie oferty. Dane o ilościach spodziewanych odpadów w całkiem inny sposób przekładają się na ocenę kosztu wykonania zamówienia, jeśli odpady są uprzednio zebrane i wystarczające jest wyłącznie ich transportowanie i przekazanie do zagospodarowania, a w inny sposób jeśli — co zachodzić będzie w ramach niniejszego zamówienia — odpady są w zależności od przypadku wytwarzane przez sprzątającego, jak i wymagają uprzednio czynności związanych z ich zebraniem i przygotowaniem do transportu. Przedmiot zamówienia jest o wiele bardziej złożony, a co za tym nieredukowalny do ilościowej charakterystyki odpadów.

Odnosnie zarzutu 7

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie, bowiem dokonał modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, a zatem dalsze rozpatrywanie odwołania stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Odnosnie zarzutu 9

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie, bowiem dokonał modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, a zatem dalsze rozpatrywanie odwołania stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Odnosnie zarzutu 11

Zamawiający zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu zarzutu Odwołujący zarzuca, że zaproponowany projekt klauzuli waloryzacyjnej prowadzi do sytuacji, w której Wykonawca w cenie ofertowej skalkulować musi ryzyko wzrostu innych niż określone przez Zamawiającego elementów kosztotwórczych oraz elementów kosztotwórczych nieprzekraczających progu istotności. Jednakże w dalszej części swojego odwołania Wykonawca nie podaje już, jakie elementy kosztotwórcze ma na myśli, nie proponuje też we wnioskach oparcia klauzuli na innych elementach kosztotwórczych.

Odwołujący używa określenia, iż mamy do czynienia z klauzulą dwuetapową, a szacowanie prawdopodobieństwa waloryzacji na etapie realizacji umowy jest niezwykle utrudnione. Nie wskazuje jednak, na czym to utrudnienie oszacowanie miałyby polegać, ponieważ w dalszej części opisuje de facto sytuację, w których klauzula nie zostanie uruchomiona, co de facto nie stanowi naruszenia norm zawartych w ustawie Pzp. Sam Odwołujący podaje też, iż biorąc pod uwagę obecne i prognozowane wskaźniki inflacji, w jego ocenie wymagany wskaźnik uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej powinien być na poziomie 1,5%. Skoro zatem Odwołujący jest w stanie ustalić wartość wskaźnika inflacji zarówno w pierwszym, jak i w kolejnym okresie, a zatem na przestrzeni co najmniej 12 miesięcy, nic nie stoi na przeszkodzie, aby, jako profesjonalista, wkalkulował w ofertę te ryzyka.

Wykonawca twierdzi, iż zaproponowany wskaźnik wzrostu poziomu inflacji, uruchamiający waloryzację, narusza zasady równowagi stron i nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń, dalej twierdzi, iż tylko waloryzacja sformułowana w sposób precyzyjny pozwoli chronić interesy finansowe Wykonawcy, a Zamawiającemu dać należyłą realizację. Jednak po pierwsze, klauzula sformułowana jest w sposób precyzyjny, po drugie, Odwołujący de facto dąży do obniżenia procentowego wskaźnika inflacji, uruchamiającego klauzulę waloryzację i to do poziomu, który de facto oznaczałby

automatyczną waloryzację, oderwaną od istoty tej instytucji, polegającą na obniżeniu ryzyka gospodarczego dla składającego oferty w przypadku nadzwyczajnych zmian sytuacji, których profesjonalny podmiot nie może przewidzieć.

Odwolujący zarzuca również, iż nieproporcjonalne pozostaje oczekiwanie Zamawiającego co do uzasadnienia poziomu istotności w wysokości 10% całkowitej wysokości przychodów. Jednakże w ślad za tym twierdzeniem nie idą żadne dowody, wyjaśnienia analizy, czy też nawet propozycje zmiany w tym zakresie. Odwołujący twierdzi, iż biorąc pod uwagę strukturę kosztów i sezonowość wykonywanych usług, wykazanie progu istotności danego kosztu na poziomie 10% jest niemal nieosiągalne, nie przedstawia również i w tym zakresie żadnych dowodów i szerszych wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, nieproporcjonalne jest oczekiwanie wykazania wzrostu wszystkich trzech wskaźników. Zamawiający przypomina jednak, iż klauzula waloryzacyjna nie ma niwelować normalnego ryzyka związanego ze zmianami kosztów, a jedynie ma niwelować sytuację, kiedy ta zmiana jest nadzwyczajna, wykraczająca poza ramy normalnego profesjonalnego prognozowania sytuacji gospodarczej na przyszłość.

Odwolujący twierdzi, iż naruszeniem przepisów ustawy jest brak przewidzenia realizacji przypadku wzrostu innych kosztów realizacji usługi. Nie wyjaśnia jednak, dlaczego i jakie dokładnie przepisy w tym zakresie zostają naruszone, dodatkowo twierdzenie to jest sprzeczne z zapisami projektu umowy, bowiem Zamawiający dopuszcza posłużenie się innymi kosztami, pod warunkiem wykazania ich istotności, a to z uwagi na to, że przeprowadzenie waloryzacji dotyczy całości wynagrodzenia i wszystkich cen jednostkowych, a nie tylko tych cen jednostkowych, które są bezpośrednio powiązane z danym kosztem.

Zamawiający uważa za całkowicie bezpodstawny zarzut, iż sposób sformułowania klauzuli będzie wpływał na złożenie nieporównywalnych ofert, bowiem sposób kalkulowania oferty jest zawsze specyficzny dla każdego podmiotu, oparty na jego biznesplanie, know-how, analizach i doświadczeniu.

Na str. 30 odwołania Wykonawca twierdzi, iż dodatkowe ograniczenie możliwości kompensaty wyższych kosztów poprzez 50% redukcję sprawia, iż mechanizm waloryzacji staje się dla Wykonawcy całkowicie nieskuteczny, takiego podziału ryzyka nie można więc uznać za równomierne, nie można uznać, że Zamawiający uwzględnił w klauzuli waloryzacyjnej współczynnik rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów niezbędnych do wykonania umowy, będzie równomiernie rozłożone na obie strony. Sam więc Odwołujący zauważył, że istotą klauzuli ma być ograniczenie ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów. Klauzula waloryzacyjna musi zatem odnosić się do wskaźników na poziomie, jaki jest niemożliwy do przewidzenia, biorąc pod uwagę normalne ryzyko gospodarcze.

Wniosek Odwołującego się w zakresie tego zarzutu polega de facto na przepisaniu klauzuli waloryzacyjnej zastosowanej w przetargu ogłoszonym przez m. st. Warszawa. Wniosek ten jednak nie przystaje do niniejszego postępowania i stawianych w nim zarzutów, a to:

- wniosek obejmuje modyfikację waloryzacji wynagrodzenia w zakresie przesłanek stawki podatku VAT w wysokości minimalnego wynagrodzenia zasad podlegania ubezpieczeniu społecznemu oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, jednakże te postanowienia nie były objęte treścią zarzutu, Odwołujący nie odnosi się też do nich w ogóle w treści uzasadnienia, a zatem nie do końca zrozumiałe jest przywołanie ich we wniosku do tego zarzutu;
- w proponowanym wzorze klauzuli Odwołujący oczekuje, żeby pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce po 12 miesiącach, jest to jednak niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa zamówień publicznych;
- we wzorze pojawia się też zwiększenie wysokości wartości wynagrodzenia łącznie podlegającego waloryzacji do wysokości 30% (dokumentacja przewiduje 8%), w tym zakresie próżno poszukiwać jakichkolwiek argumentów, dowodów, wyjaśnień, wyliczeń w treści uzasadnienia zarzutu, de facto Odwołujący nie odniósł się nawet wprost do tego miernika w treści uzasadnienia zarzutu, stąd niezrozumiałe jest, dlaczego chce go zmodyfikować;
- Odwołujący nie wyjaśnił również i nie przedstawił na tą okoliczność żadnych dowodów, argumentów, wyliczeń, dlaczego zaproponowana przez niego klauzula z Warszawy jest lepsza i sprawi, że wynagrodzenie będzie adekwatne do warunków ekonomicznych, istniejących na etapie realizacji umowy.

Odnośnie zarzutu 12

Zamawiający podniósł, że zarzut jest co najmniej niezrozumiały. Polega on bowiem na wyliczeniu ciągu bez wskazania związku logicznego (wynikowego) pomiędzy powołanymi przepisami poczynawszy na art. 99 Pzp, a skończywszy na art. 487 k.c. W istocie jednak Odwołujący nie tyle zarzuca Zamawiającemu wadliwe sporządzenie SOPZ i dokumentacji Zamówienia, ile domaga się niejako „rozcłonkowania” kompleksowej usługi sprzątnia, jaka jest przedmiotem zamówienia na szereg czynności technicznych, organizacyjnych czy prawnych dla potrzeb świadczenia pojętej wyceny usługi.

Tymczasem, co szeroko omówiono przy zarzucie nr 1, usługi objęte niniejszym postępowaniem dotyczą kompleksowej usługi sprzątnia. Zamawiający nadto — do czego ma pełne prawo w świetle przepisów Pzp przewidział wynagrodzenie dla takiej usługi jako iloczyn zakresu i krotności wykonanych prac i jednostkowych cen określonych w

Zestawieniu kosztów zadania. Celem zamówienia jest bowiem usługa sprzątania — ze swej natury — uniemożliwiająca predykcję czynności, którą na konkretnym terenie wykonywać będzie Wykonawca. Zamawiający natomiast jedynie z najwyższą starannością i w oparciu o doświadczenie z wieloletniego realizowania takich zamówień opisywał zespół czynności, których wykonywanie w ramach usługi sprzątania zakłada, ale których wykonywanie nie zawsze będzie konieczne. Inaczej rzecz ujmując, Wykonawca usługę sprzątania będzie obligowany wykonywać według określonych w SOPZ standardów, niezależnie od tego czy i jakie odpady wytworzy. Wynagrodzenie ustalone będzie zaś w zależności od zakresu wykonywanej usługi i jej krotności bez względu na rodzaj wytworzonych przez Wykonawcę frakcji odpadów. Odwołujący przyjmuje natomiast wzorce myślenia z zamówień na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub transport i zagospodarowanie odpadów, których jednak specyfika jest wysoce odmienna.

Zamawiający podkreślił, że złożenie oferty jest obarczone pewnego rodzaju ryzykiem, które Wykonawca winien wziąć pod uwagę. Jako bowiem istnienie pewnego poziomu ryzyka jest nieusuwalne i w zależności od przedmiotu zamówienia może być mniejsze lub większe. W zakresie niniejszego zamówienia źródłem pewnego poziomu ryzyka nie jest niedokładny opis przedmiot zamówienia, ale jego natura, która wynika z tego, że zakres i katalog czynności wykonawcy podejmowanych w określonym dniu w odniesieniu do określonego terenu zawsze będzie pochodną działań mieszkańców i sił przyrody. Zamawiający zwrócił uwagę, że w istotny sposób również partycypuje w ryzyku kontraktowym, albowiem zobowiązuje się płacić wynagrodzenia, którego otrzymanie nie będzie wymagało w każdym przypadku wykonania wszystkich opisywanych czynności.

Wykonawca oczekuje zaś, że Zamawiający wprowadzi dodatkowy katalog cen, obejmujący poszczególne, realizowane przez wykonawcę, czynności, które mogą stanowić część kompleksowej usługi sprzątania. W ocenie Zamawiającego żądanie to ma charakter postulatywny i nie jest normatywnie sprzężone z przepisami Prawa zamówień publicznych. Odwołujący zaś nie wykazał, aby jakiegokolwiek przepisy zostały w tej materii naruszone przez Zamawiającego.

Odnośnie zarzutu 13

Uzasadnienie w tym zakresie jest tożsame z uzasadnieniem do zarzutu nr 5 Odwołującego ENERIS.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutów oznaczonych jako 7, 8, 9 i 10 w części z wyłączeniem następujących parametrów: odporności na wibracje, odporności na uderzenia, temperatury pracy, atestu EMC:E oraz możliwości zapisu z 3 kamer na 3 kanały jednocześnie *in petito* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców:

- 1.FBSERWIS WROCŁAW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanach Wrocław w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24 oraz KIO 1531/24
- 2.CHEMEKO-SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ZAKŁAD ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24, KIO 1520/24 oraz KIO 1531/24
- 3.WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24 oraz KIO 1520/24
- 4.S & A SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24, KIO 1520/24 oraz KIO 1531/24
- 5.ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rusku w sprawie o sygn. akt KIO 1520/24 oraz KIO 1531/24
- 6.ROBOT 1 B. ORZECZOWSKA I Z. GRYGLEWICZ SPÓŁKA JAWNA z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 1531/24.

Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Uczestnicy postępowania w złożonych pismach procesowych odnieśli się do zarzutów podniesionych w odwołaniach.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone na posiedzeniu z udziałem Stron, przez:

1. Odwołującego ENERIS, tj. przykładowe zestawienie relacji kar do wynagrodzenia oczekiwanego za czynności;
2. Odwołującego ALBA, tj. zestawienie elementów cenotwórczych składających się na gotowość techniczną; porównanie wysokości gotowości zimowej wg cen z przetargu 2021 i zasad z przetargu 2024; propozycja zmian w załączniku 1,20; miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych wg GUS; inflacja vs. Ceny oleju napędowego;
3. Zamawiającego, tj. zestawienie wartości wykonanych prac netto; wykaz masy odpadów zmieszanych 20 03 01; wykaz nr 4 lokalizacji koszy na odpady.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów, złożonych na posiedzeniu z udziałem Stron, przez:

1. Odwołującego ENERIS, tj. umowy z dnia 25.02.2022 nr 15/2/2022/G; umowy z dnia 25.02.2022 nr 16/2/2022/G; zestawienia kosztów zadań - załącznik IIIC; zestawienie własne kosztów zadania - zadanie nr 4; zestawienia własne kosztów zadania - zadanie nr 5;
2. Odwołującego FBSEIWIS, tj. fotografii odpadów wraz z wydrukiem treści wiadomości e-mail;
3. Odwołującego ALBA, tj. zdjęcia osłon z gabarytami z miarką pokazującą 1.5 m i geolokalizacją oraz datą na zdjęciu; zdjęcia mgo bez osłon i geolokalizacją oraz datą na zdjęciu; fragment OPZ dot. objazdu gabarytów z umowy na odbiór; system odbioru odpadów wielogabarytowych we Wrocławiu na podstawie Analizy Stanu Gospodarki Odpadami w 2023 r; symulacja wskazująca możliwe scenariusze w zakresie ilości miesięcy zimowych; wzór czynności składających się na przygotowanie do zimy; potwierdzenie, że ekosystem odmówił waloryzacji, ze wskazaniem daty złożenia wniosku; waloryzacja Warszawa; wyciąg z umowy + aneks zmieniający + wniosek;
4. Zamawiającego, tj. umowy; ogłoszenia o wyniku postępowań; treści OPZ; ogłoszenia o wyniku przetargu; sprawozdania z realizacji zlecenia nr 4/8/2023; zobrazowania terenów zewnętrznych i koszy występujących na terenie zewnętrznych.

jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław.

W przedmiotowej sprawie stan faktyczny, treść postanowień specyfikacja warunków zamówienia oraz załączników, nie był sporny pomiędzy Stronami oraz Uczestnikami postępowania i została przytoczona w odwołaniach oraz w odpowiedzi na odwołania. Izba ustaliła, że treść zaskarżonych postanowień odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należało uznać ich powtarzanie.

Odwołujący ENERIS w sprawie o sygn. akt KIO 1517/24 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, co w konsekwencji skutkuje przerzuceniem ryzyk związanych z nieokreślonością przedmiotu zamówienia na wykonawcę.

Odwołujący FBSEIWIS w sprawie o sygn. akt KIO 1520/24 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, Kodeksu cywilnego jak również ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, jak również dyskryminujący wykonawców oraz jako obciążających wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem.

Odwołujący ALBA w sprawie o sygn. akt KIO 1531/24 zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego, ustawy o odpadach, ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną kalkulację ceny.

Izba zważyła, co następuje:

I. Umorzenie postępowania odwoławczego

Art. 520 ustawy Pzp stanowi, że: *w ust 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.*

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

Zgodnie z art. 568 ustawy Pzp *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o*

którym mowa w art. 522.

1.KIO 1517/24

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 1 lit. b. oraz 3 w *petitum* odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu 1 lit. b. Zamawiający oświadczył, że zmieni treść opisu przedmiotu zamówienia w Dziale IV pkt 4 poprzez dodanie: *jeżeli Zamawiający nie zgłosi niezwłocznie sprzeciwu zlecenie ma treść jak w wiadomości e-mail Wykonawcy.*

Odwołujący oświadczył, że treść postanowienia jest zgodna z jego żądaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że dalsze postępowanie w tym zakresie stało się zbędne.

2.KIO 1520/24

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 1 lit. b., 2 lit. a., b. i c. oraz 4 w *petitum* odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu 1 lit. b. - Zamawiający na rozprawie oświadczył, że zmieni treść § 8 *Elektromobilność* wzoru umowy poprzez dodanie: *Łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowym w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania powinien wynosić co najmniej 10% na dzień ogłoszenia postępowania. W przypadku zmiany ustawy w tym zakresie w trakcie trwania umowy wykonawca będzie zobligowany do zmiany udziału przedmiotowych pojazdów zgodnie ze zmianą w ustawie.*

Odwołujący oświadczył, że treść postanowienia jest zgodna z jego żądaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że dalsze postępowanie w tym zakresie stało się zbędne.

Odnosnie zarzutu 1 lit. a. - Zamawiający oświadczył, że do specyfikacji warunków zamówienia doda następujące zastrzeżenie: *W przypadku, gdy usunięcie odpadów innych niż wymienione w SOPZ będzie wymagało szczególnych kompetencji, zdolności technicznych lub uprawnień, których wykonawca nie posiada, lub gdy będzie się wiązało z nadmiernymi trudnościami wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o zwolnienie go z obowiązku usunięcia tych odpadów, a Zamawiający rozpatrzy wniosek biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności danego przypadku.*

Odwołujący oświadczył, że treść postanowienia jest zgodna z jego żądaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że dalsze postępowanie w tym zakresie stało się zbędne.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 3 lit. a. oraz 6 w *petitum* odwołania, wobec ich cofnięcia przez Odwołującego.

3.KIO 1531/24

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 8 oraz 10 w części z wyłączeniem następujących parametrów: odporności na wibracje, odporności na uderzenia, temperatury pracy, atestu EMC:E oraz możliwości zapisu z 3 kamer na 3 kanały jednocześnie w *petitum* odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 7 oraz 9 w *petitum* odwołania z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia. W ocenie Izby dokonanie zmiany specyfikacji warunków zamówienia powoduje, że dalsze postępowanie stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do czynności lub zaniechań, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe.

II.Uwzględnienie odwołania

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania zasługiwały na uwzględnienie w części, tj. w zakresie:

1.Zarzutu dotyczącego waloryzacji - KIO 1517/24 (zarzut nr 4); KIO 1531/24 (zarzut nr 11)

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp *Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.*

Z kolei art. 5 Kodeksu cywilnego stanowi, że *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.*

Izba nie jest związana żądaniami odwołania i może orzec inaczej niż wnosił odwołujący. Należy jednak zwrócić uwagę, że w przypadku odwołania wnoszonego wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, odwołujący

obowiązany jest formułować swoje żądania, wskazując w sposób jednoznaczny, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Nie sposób oczekiwać, że skład orzekający będzie formułował postanowienia specyfikacji, które będą dla odwołującego satysfakcjonujące w sytuacji, gdy odwołujący sam nie potrafi tego zrobić.

Odwołujący ENERIS oraz ALBA po raz kolejny kwestionują klauzulę waloryzacyjną i nie formułują konkretnego żądania, tj. brzmienia klauzuli. Rację miał Zamawiający twierdząc, że brak konkretnego żądania pozbawiło go możliwości przeanalizowania ewentualnej modyfikacji w tym zakresie. ENERIS w odwołaniu nie sformułował żadnego żądania. Z kolei żądanie sformułowane na rozprawie nie zostało uzasadnione. Odwołujący Alba skopiował obszerne postanowienie z innego postępowania, innego zamawiającego, nie biorąc pod uwagę specyfiki tego konkretnego zamówienia i nie uzasadniając dlaczego klauzula m. st. Warszawy jest odpowiednia również i w tym postępowaniu.

Abstrahując od powyższego, Izba podzieliła stanowisko Odwołujących, że konieczność łącznego spełnienia warunków opisanych w par. 17 ust. 4 pkt 1 lit e. nie znajduje uzasadnienia i stanowi naruszenie ww. przepisów.

W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego ENERIS i ALBA. Co do zasady Izba zgadza się z twierdzeniami odwołującego ENERIS i ALBA, że Zamawiający powinien zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami, jednocześnie winien unikać zdarzeń, które taką relację mogą zachwiać. W ocenie Składu orzekającego Zamawiający nie nadużył swojej dominującej pozycji przy projektowaniu pozostałej treści klauzuli. Zamawiający uwzględnił swoje interesy, ale też wyważył uzasadniony interes wykonawcy, a co za tym idzie działanie Zamawiającego nie można zakwalifikować jako nadużycie prawa czy też ograniczenie swobody kontraktowania, co w konsekwencji mogło prowadzić do nieważności czynności prawnej.

Odwołujący ENERIS i ALBA nie wykazali, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest pozorna. Wykonawcy wiedzą, w jakich sytuacjach waloryzacja nastąpi oraz znają poziom wskaźnika powyżej, którego waloryzacja będzie możliwa, biorąc pod uwagę sytuację i tendencje rynkową są w stanie w taki sposób skalkulować cenę oferty, aby zminimalizować ryzyko gospodarcze związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

2. Zarzutu nr 3 lit. b. dot. zastrzeżenia, że niewykonanie prac (nieprzystąpienie do prac) na którymkolwiek odcinku jezdni (...) traktowane będzie jako niewykonanie prac na całym terenie stanowiącym oddzielną pozycję w Wykazie – KIO 1520/24

W przedmiotowym zakresie zastosowanie znajdzie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 5 Kodeksu cywilnego, których treść została przytoczona wyżej.

Zgodnie z art. 58 § 1 oraz § 2 Kodeksu cywilnego § 1. *Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.* § 2. *Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.*

Postanowienie, którego treść wskazuje, że niewykonanie prac nawet na kilkucentymetrowym odcinku będzie traktowane jako niewykonanie prac na całym terenie nie mogło się ostać. Zamawiający nie może konstruować postanowień umownych w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami. Niewykonanie umowy ma miejsce wtedy, gdy nie została ona zrealizowana, z kolei nienależyte wykonanie umowy, gdy świadczenie zostało wykonane, ale niezgodnie z umową. Nieodśnieżenie pewnego niewielkiego odcinka terenu nie może więc być zawsze utożsamiane z niewykonaniem prac na całym terenie, nawet w sytuacji, gdy nienależyte wykonanie umowy skutkować będzie wystąpieniem wypadków z udziałem pieszych lub/i pojazdów.

III. Oddalenie odwołania

W pozostałym zakresie odwołania należało oddalić.

1. Zarzut dotyczący wynagrodzenia za tzw. gotowość techniczną - KIO 1517/24 (zarzut nr 2); KIO 1520/24 (zarzut nr 5); KIO 1531/24 (zarzut nr 2)

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Zgodnie z art. 436 pkt 2 ustawy Pzp *Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: 2) warunki zapłaty wynagrodzenia.*

Art. 433 pkt 3 ustawy Pzp *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że 1. *Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.* 2. *Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.*

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Treść art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego została przytoczona wyżej.

Zgodnie z art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego *Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.*

Art. 388 § 1¹ Kodeksu cywilnego stanowi, że *Jeżeli wartość świadczenia jednej ze stron w chwili zawarcia umowy przewyższa co najmniej dwukrotnie wartość świadczenia wzajemnego, domniemywa się, że przewyższa je w stopniu rażącym.*

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Odwołujący ENERIS zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 3, art. 436 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący FBSEWIS zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący ALBA zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 388 § 1¹ k.c., art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołujących, bowiem:

- 1) Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.
- 2) Umowa zawiera postanowienia określające warunki zapłaty wynagrodzenia.
- 3) Ustanowienie limitu procentowego nie oznacza, że projektowane postanowienia umowy przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
- 4) Zamawiający opisał kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały i wbrew twierdzeniom odwołującego ALBA nie pozostawiają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiając weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.
- 5) Odwołujący FBSEWIS nie wykazał, że wprowadzenie limitu procentowego wynagrodzenia za gotowość techniczną jest działaniem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
- 6) Uznaje się powszechnie, że podmiot, który korzysta z przysługującego mu prawa postępuje zgodnie z zasadami współżycia społecznego. Oczywiście jest, że kto podnosi zarzut nadużycia, musi udowodnić naruszenie zasad współżycia społecznego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący ALBA nie wykazał, że Zamawiający korzystając ze swojego prawa do określenia istotnych warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego i wprowadzenia limitu procentowego, uczynił to w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego.
- 7) Odwołujący ALBA nie przedstawił żadnej argumentacji, która potwierdzałaby, że wprowadzenia limitu procentowego narusza art. 487 § 2 k.c., art. 388 § 1¹ k.c.

Biorąc pod rozwagę argumentację Odwołujących i przywołane przepisy, Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w ustaleniu przez Zamawiającego 5% limitu wynagrodzenia za tzw. gotowość techniczną. Sam fakt ustalenia przez Zamawiającego wartości procentowych poszczególnych rodzajów wynagrodzenia, wbrew twierdzeniom Odwołujących nie stanowi naruszenia przepisów prawa.

Główną argumentacją przemawiającą za zasadnością zarzutów jest to, że Odwołujący chcą aby wynagrodzenie pokryło w całości koszty, które będą musieli ponieść za tzw. gotowość techniczną. Jednakże z uzasadnienia i wyliczeń Odwołujących wynika, że de facto chcą oni pokryć części kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Nadto, nawet wskazane przez nich limity nie pokryją w całości kosztów.

Z jednej strony Odwołujący twierdzili, że Zamawiający w ogóle nie ma możliwości ingerować w cenę, z drugiej sami zaproponowali limit tylko na wyższym poziomie - 15% lub 20%. Odwołujący wnosili o ustalenie limitu, który byłby dla nich korzystny, a nie ustalenie limitu, który byłby zgodny ze wskazanymi przez nich przepisami.

Reasumując, żądania Odwołujących de facto nie zmierzały do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających wskazane przepisy prawa, ale do nadania postanowieniom umowy treści przez nich żądanej.

2. Zarzut dotyczący zastrzeżenia w § 9 wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody poniesionej przez Zamawiającego – KIO 1517/24 (zarzut nr 5); KIO 1531/24 (zarzut nr 13)

Art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, że „*Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z*

niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)."

Zgodnie z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego *„Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana."*

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego *„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."*

Tytułem wstępu, kara umowna to narzędzie które ma zabezpieczać interesy zamawiającego, pełni funkcję stymulacyjną, dyscyplinującą wykonawcę do prawidłowego realizowania zamówienia publicznego. Kara umowna aby spełniała swoją funkcję powinna być odczuwalna dla wykonawców.

Argumentacja Odwołującego ENERIS oraz ALBA jest ogólna, lakoniczna i niepoparta żadnymi dowodami. W uzasadnieniu zarzutu ENERIS i ALBA przytaczają treść art. 433 pkt 1)-3) ustawy Pzp, art. 483 § 1 KC, art. 471 KC, art. 484 § 1 KC. Następnie ogólnie wskazuje jak należy kształtować postanowienie umowne dotyczące kary umownej. Dalej, przytaczają treść postanowień o karze umownej, orzecznictwo i stwierdzają, że *powyższe kary są znacząco wygórowane w stosunku do szkody jaka może powstać w związku z niewykonaniem przedmiotu zamówienia oraz wartość usługi jest wielokrotnie niższa niż kara przewidziana za jej niewykonanie.*

Aby uwzględnić odwołanie w ww. zakresie i zmniejszyć wysokość kar umownych nie jest wystarczające powołanie się na orzecznictwo i stwierdzenie, że kara umowna jest wygórowana. Konieczne jest ustalenie, że wygórowanie to sięga stopnia „rażącego”, jest niewspółmierne do celów i założeń, jakim ma służyć to szczególne zastrzeżenie umowne.

W ocenie Izby, odwołujący ENERIS oraz ALBA nie wykazali, że wskazane w odwołaniu kary umowne są rażąco wygórowane i mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Co prawda odwołujący ENERIS, na prośbę Przewodniczącej, przedłożył *przykładowe zestawienie relacji kar do wynagrodzenia oczekiwanego za czynność* jednak wyliczenia własne Odwołującego budziły wątpliwości co do ich wiarygodności, bowiem nie zostały poparte dowodami źródłowymi. Nie wiadomo również czy naliczone kary zostały potrącone z wynagrodzenia wykonawcy, czy też Zamawiający dokonał ich miarkowania. Niejako na marginesie, z wyliczeń wynika, że nawet przy obniżeniu wysokości kar o 50% wartość usługi będzie i tak wielokrotnie niższa niż kara przewidziana za jej wykonanie.

Izba za niewiarygodne uznała również wyliczenia Zamawiającego, bowiem również nie zostały poparte dowodami źródłowymi. Nadto, Odwołujący podnosili, że kara umowna przewyższa wynagrodzenie za konkretną czynność, zarzut nie dotyczył rażąco wygórowanej kary w stosunku do całkowitego wynagrodzenia wykonawcy, a właśnie takie wyliczenia przedstawił Zamawiający.

Konkludując, odwołujący ENERIS oraz ALBA nie przedstawili żadnej argumentacji, wskazującej na konieczność obniżenia wysokości kar umownych o 50%.

3. Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniach

KIO 1517/24

Zarzut nr 1 lit. a. – określenie obowiązku odbierania, transportu i przekazania do zagospodarowania odpadów, których kody nie zostały określone czyli bez określenia zakresu zamówienia

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 99 ust. 1 oraz art. 433 pkt 3) ustawy Pzp. W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, uznając ją za kompleksową, pogłębioną i wyczerpującą.

Opisując przedmiot zamówienia należy wziąć pod uwagę charakter i specyfikę konkretnej usługi jak również uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie mógł określić rodzajów odpadów jakie może napotkać wykonawca świadcząc kompleksową usługę sprzątnia, bowiem takich informacji nie posiada. Sam Odwołujący, który świadczy obecnie na rzecz Zamawiającego usługę odbioru odpadów, na rozprawie potwierdził, że nie ma możliwości wyszczególnienia wszystkich rodzajów odpadów.

Niejako na marginesie, Zamawiający w sprawie o sygn. akt KIO 1520/24 zobowiązał się wprowadzić do specyfikacji warunków zamówienia zastrzeżenia, które umożliwi wykonawcy zwolnienie go z obowiązku usunięcia odpadów innych niż wymienione w SOPZ, które będą wymagały szczególnych kompetencji, zdolności technicznych lub uprawnień, których wykonawca nie posiada, lub gdy usunięcie tych odpadów będzie się wiązało z nadmiernymi trudnościami.

KIO 1531/24

1) Zarzut nr 1 oraz zarzut nr 6

Izba nie dopatrzyła się naruszenia:

✓art. 99 ust. 1, art. 16 ustawy Pzp

✓jak również art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach, który stanowi, że za *wytwórcę odpadów* - rozumie się przez to każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbioru, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątania, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej; wytwórcą odpadów zdawanych do portowych urządzeń do odbioru odpadów ze statków w rozumieniu art. 5 pkt 9 ustawy z dnia 12 maja 2022 r. o portowych urządzeniach do odbioru odpadów (Dz. U. poz. 1250) jest podmiot świadczący usługę odbioru odpadów w porcie lub przystani morskiej.

✓a także art. 9b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym *Działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców* (Dz. U. z 2023 r. poz. 221, 641, 803, 1414 i 2029).

✓oraz art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że *Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości*.

W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, uznając ją za kompleksową, pogłębioną i wyczerpującą.

2) Zarzut nr 3

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że nie naruszył on w żaden sposób wskazanych przez Odwołującego przepisów. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która wskazywałaby, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który narusza zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i zasadę efektywności.

Brak jest podstawy prawnej i faktycznej do nakazania Zamawiającemu określenie okresu realizacji usługi, która obejmie pełne sezony zimowego utrzymania czystości na terenie gminy Wrocław w szczególności, gdy okres ten nie jest możliwy do przewidzenia.

Niejako na marginesie, profesjonalny wykonawca, którym bezspornie jest Odwołujący, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi się liczyć z tym, że nie sposób jest przewidzieć, zachowując należytą staranność, wszystkich okoliczności mających wpływ na cenę oferty.

3) Zarzut nr 4

Odwołujący nie zdołał wykazać w jaki sposób szacunkowa ilość akcji zimowego oczyszczania uniemożliwia rzetelną kalkulację ceny. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za każdą akcję, która zostanie zlecona i wykonana, a nie za szacunkową/potencjalną liczbę akcji.

4) Zarzut nr 5

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie ma pełnej dowolności w zleceniu realizacji pozimowego oczyszczania jezdni. Logicznym jest, że zleci taką usługę jeżeli zaistnieje taka potrzeba.

5) Zarzut nr 10 w zakresie następujących parametrów: odporności na wibracje, odporności na uderzenia, temperatury pracy, atestu EMC:E oraz możliwości zapisu z 3 kamer na 3 kanały jednocześnie.

W zasadzie argumentacja Odwołującego sprowadzała się do tego, że Zamawiający nie powinien stawiać wymagań dot. kamer, bo kamery po prostu mają działać. Takie twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały na aprobatę. Zamawiający ma prawo wymagać sprzętu, który będzie dobrej jakości i będzie spełniał określone parametry.

Odwołujący nie wykazał, że parametry wymagane przez Zamawiającego wskazują wyłącznie na jednego dostawcę, jak również są nadmiarowe w stosunku do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w zakresie zapewnienia monitoringu pojazdów świadczących usługę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikację załącznika nr 1.20 (...) poprzez określenie funkcjonalności i parametrów, którym odpowiada szersza gama dostępnych na rynku sprzętów lub określenie równoważności. Jaki to mają być funkcjonalności oraz parametry, tego już Odwołujący nie potrafił sprecyzować. Skoro zatem sam Odwołujący nie potrafił, to Izba tym bardziej nie ma możliwości nakreślenia postanowień, które uradowałyby Odwołującego.

6) Zarzut nr 12

Argumentacja Zamawiającego zasługiwała na aprobatę. Żądania Odwołującego w istocie nie zmierzały do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających wskazane przepisy prawa, ale do nadania postanowieniom umowy treści przez żadaną przez Odwołującego.

IV. Koszty postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1) oraz ust. 3 pkt 1) i 2) i ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1) lit a) oraz 2) lit. a) i b) w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp *do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw*. Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu na usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15 000 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) lit. a) i b) rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN, inne uzasadnione wydatki.

§ 7 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia stanowi, że *W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części*.

§ 7 ust. 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia stanowi, że *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw*.

Z kolei zgodnie z § 7 ust. 6 *Koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych*.

KIO 1517/24 – Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 złotych poniesioną przez Odwołującego oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Z czterech zarzutów jeden okazał się zasadny. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 3/4 i Zamawiający w części 1/4.

Odwołujący poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 złotych tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 16 650 zł (22 200 zł x 3/4).

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 950 zł, stanowiącą 1/4 sumy kosztów postępowania odwoławczego.

Izba nie zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwoty kosztów poniesionych przez Zamawiającego tytułem noclegu. Zgodnie z ww. rozporządzeniem do kosztów postępowania zalicza się inne uzasadnione koszty. Zamawiający nie uzasadnił kosztów rezerwacji 3 pokoi jednoosobowych wraz ze śniadaniem. Izba również nie znalazła uzasadnienie dla ww. kosztów.

KIO 1520/24 – Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Z dwóch zarzutów jeden okazał się zasadny. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 1/2 i Zamawiający w części 1/2.

Odwołujący poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000 złotych tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7 500 zł (15 000 zł x 1/2).

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł, stanowiącą 1/2 sumy kosztów postępowania odwoławczego.

Izba zniosła wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba nie zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwoty kosztów poniesionych przez Zamawiającego tytułem noclegu. Zgodnie z ww. rozporządzeniem do kosztów postępowania zalicza się inne uzasadnione koszty. Zamawiający nie uzasadnił kosztów rezerwacji 3 pokoi jednoosobowych wraz ze śniadaniem. Izba również nie znalazła uzasadnienie dla ww. kosztów.

KIO 1531/24 – Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 złotych oraz kwotę 851 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę jak

również kwotę po 3 600 złotych poniesioną przez Odwołującego oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Z dziesięciu zarzutów jeden okazał się zasadny. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 9/10 i Zamawiający w części 1/10.

Odwołujący poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 19 451 złotych tytułem wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia swego pełnomocnika (15 000 zł + 851 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał do wysokości 20 745 zł (23 051 zł x 9/10).

Zamawiający poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał do wysokości 2 305,10 złotych (23 051 zł x 1/10).

Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1 295 zł, stanowiącą po potrąceniu 1/10 sumy kosztów postępowania odwoławczego.

Izba nie zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwoty kosztów poniesionych przez Zamawiającego tytułem noclegu. Zgodnie z ww. rozporządzeniem do kosztów postępowania zalicza się inne uzasadnione koszty. Zamawiający nie uzasadnił kosztów rezerwacji 3 pokoi jednoosobowych wraz ze śniadaniem. Izba również nie znalazła uzasadnienia dla ww. kosztów.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....