

WYROK
z dnia 24 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.02.2012 r. przez wykonawcę **Henryk Lis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX SYSTEM Henryk Lis, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach oraz utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach – rejon EB-1” (znak NZ.271.1.332.2011).

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następującym zakresie:

- 1.1. określenie w opisie przedmiotu zamówienia dla części nr 1 (świadczenie usług utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach – rejon EB-1) odrębnie powierzchni wykonanych z PCV oraz odrębnie powierzchni drewnianych;**
- 1.2. wykreślenia dotychczasowego zapisu Działu III SIWZ pkt 1 lit. e) i nadanie temu zapisowi następującego brzmienia: „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.**

1

2. kosztami postępowania w wysokości **18 775 zł 50 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt pięć złotych i pięćdziesiąt groszy) obciąża Zamawiającego - **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Henryk Lis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX SYSTEM Henryk Lis, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego - **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice** na rzecz wykonawcy **Henryk Lis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX SYSTEM Henryk Lis, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice** kwotę **18 775 zł 50 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt pięć złotych i pięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 24 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 302/12

Zamawiający – Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn.: „Świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach oraz utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach – rejon EB-1” (znak NZ.271.1.332.2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 01.02.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 03.02.2012 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2012/S 23-037686.

W dniu **01.02.2012 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ

Odwwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11.02.2012 r.** Odwołujący wskazał, iż wnosi odwołanie od postanowień ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz postanowień SIWZ dotyczącej przetargu nieograniczonego na „świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach oraz utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach - rejon EB-1" ogłoszonym przez Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, ul. Grażyńskiego 5.

Odwwołujący wskazał, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w ustawie Pzp, a w szczególności:

1. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niewłaściwe, nieprecyzyjne, niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mających i mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp poprzez pozostawienie uznaniu Zamawiającego decyzji o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8, art. 22 ust. 1 pkt. 4, art. 25 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r w sprawie

rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez niezgodne z przepisami opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22. ust 1 pkt 4. Ustawy Pzp, 5. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 Ustawy Pzp, art. 2 pkt 1) Ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt. 2 ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001r. z późn. zmianami oraz art. 1 ust. 2 ustawy o denominacji złotego z dnia 7 lipca 1994r. z późn. zmianami, poprzez wprowadzenie wymogu podania ceny jednostkowej ujednoczonej oraz innych cen jednostkowych z dokładnością do czterech miejsc po przecinku,

6. art. 45 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez żądanie wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowe progi,

7. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 i 2 poprzez zatajenie wartości szacunkowej dla poszczególnych części zamówienia,

8. art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 Ustawy oraz art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w kwestii kształtowania obowiązków i uprawnień zarówno wykonawcy jak i zamawiającego,

9. art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 Ustawy oraz art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów wskutek wprowadzenia postanowienia blokującego

wzrost ujednoczonej ceny jednostkowej w przypadku zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia,

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie powtórzenia czynności polegającej na opisie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami Ustawy Pzp,
3. nakazanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
4. nakazanie wprowadzenia do SIWZ postanowień dających prawo Wykonawcy prawo do wypowiedzenia umowy w przypadku drastycznego zmniejszenia przedmiotu zamówienia,
5. nakazanie wprowadzenia do SIWZ postanowień o waloryzacji wynagrodzenia niezależnie od uznania Zamawiającego,
6. nakazanie powtórzenia czynności sformułowania opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zgodzie z postanowieniami Ustawy Pzp oraz przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów,

4

7. uchylenie określonego przez Zamawiającego sposobu wyliczenia ceny ofertowej w części dotyczącej obowiązku zastosowania ujednoczonej ceny jednostkowej oraz innych cen jednostkowych z dokładnością do czterech miejsc po przecinku,
8. nakazanie ujawnienia wartości szacunkowej dla poszczególnych części zamówienia zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp,
9. nakazanie ustalenia wysokości wadium dla poszczególnych części przedmiotu zamówienia w zgodzie z art. 45 ust. 4 Ustawy Pzp,
10. nakazanie wykreślenia z SIWZ, postanowienia blokującego wzrost ujednoczonej ceny jednostkowej w przypadku zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia,
11. nakazanie wskazania w SIWZ terminu podpisania umowy oraz terminu faktycznego rozpoczęcia świadczenia usługi,
12. nakazanie wykreślenia z wszelkich dokumentów stanowiących SIWZ, w szczególności z projektów umów wskazanych postanowień naruszających Ustawę Pzp oraz powszechnie obowiązujące przepisy,
13. nakazanie uzupełnienia SIWZ o zapisy nakładające na Zamawiającego obowiązek przekazania map geodezyjnych oraz kluczy do pomieszczeń,
14. nakazanie uzupełnienia postanowień SIWZ o zapisy proponowane przez Odwołującego lub identyczne w swej treści,
15. nakazanie takiego sformułowania zaskarżonych zapisów umowy, aby nie naruszały wskazanych przepisów ustawy oraz zasady równości stron stosunku cywilnego, zasad współżycia społecznego i zasady swobody umów oraz przyjętych zwyczajów,
16. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
17. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem uwzględnienie odwołania, umożliwi Odwołującemu rzetelne skalkulowanie ceny, przygotowanie oferty oraz udział w postępowaniu zgodnie z przepisami Ustawy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Działanie Zamawiającego naruszające przepisy Ustawy, uniemożliwia Odwołującemu złożenie należytej wycenionej oferty. Naruszenie prowadzi do tego, iż Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż uniemożliwiając mu złożenie oferty właściwie skalkulowanej powoduje niemożliwość osiągnięcia zakładanego dochodu. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, szkodę stanowią także utracone dochody.

W uzasadnieniu wskazał, iż w dniu 3 lutego 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o przetargu zamieszczone przez Zamawiającego. W

5

dniu 1 lutego 2012 r., Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ dotyczącą przetargu nieograniczonego na „świadczenie usług utrzymania terenów 5 zewnętrznych w nieruchomościach oraz utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez

KZGM w Katowicach -rejon EB-1". Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 Odwołujący wnosi odwołanie w terminie 10 dni od zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Wobec powyższego niniejsze odwołanie należy uznać za wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Wskazał również, że w dniu 10 lutego 2012 r., Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł na konto Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie. Zgodnie z art. 180 ust. 5, Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 11 lutego 2012 r. pocztą elektroniczną.

Podniósł, iż powyżej zarzucane przez Odwołującego naruszenia Ustawy przejawiają się w następujących postanowieniach ogłoszenia o przetargu oraz SIWZ.

I. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach (część nr 2 przedmiotu zamówienia) oraz utrzymania czystości i porządku w budynkach (część nr 1 przedmiotu zamówienia) zarządzanych przez KZGM w Katowicach - rejon EB 1 Poszczególne części, określone zostały w Rozdziale VI SIWZ. Zamawiający dla części nr 1 przedmiotu zamówienia, w załączniku nr 1 do umowy "zestawienie powierzchni wewnętrznej sprzątej w rejonie EB nr 1", podaje adresy poszczególnych nieruchomości oraz metraż dwóch kategorii powierzchni:

- powierzchnia wewnętrzna (kolumna nr 3 załącznika).

- powierzchnia kwartalna (kolumna nr 4 załącznika),

a w załączniku nr 2 do umowy "zakres obowiązków usługi utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez OEB 1,, określa czynności do wykonania na: klatkach schodowych, korytarzach, kabinach dźwigowych, pomieszczeniach wspólnego użytku, balustradach, poręczach, drzwiach wejściowych do klatek, oknach, parapetach okiennych, drzwiach piwnicznych, strychowych i innych prowadzących do pomieszczeń wspólnego użytku z wyszczególnieniem czynności na nich do wykonania raz dziennie, raz w tygodniu, raz na trzy miesiące, na bieżąco, z wymogiem zastosowania emulsji antypoślizgowej do powierzchni PCV, a do powierzchni drewnianych z zastosowaniem środków konserwujących drewno. Tak opisany przedmiot zamówienia części nr 1, bez określenia wielkości wyżej wymienionych poszczególnych powierzchni pomieszczeń i elementów do sprzątania przy różnym zakresie i częstotliwości wykonywania usług powoduje, zdaniem Odwołującego, brak możliwości rzetelnej kalkulacji ceny oferty. W jego ocenie każdy potencjalny wykonawca może się domyślać, które to powierzchnie i w jakiej wielkości zostały wliczone do poszczególnych kategorii powierzchni wykazanych w kol. 3 i 4 zał. nr 1 do umowy. W ocenie

6

Odwołującego zachodzi również pytanie, czy powierzchnię okien wykazaną w Rozdziale VI pkt. 3A SIWZ zaliczono do powierzchni wewnętrznej, czy kwartalnej wykazanej w załączniku nr 1 do umowy, czy w ogóle jej w tych powierzchniach nie uwzględniono. W Rozdziale VI pkt 3A SIWZ, Zamawiający podaje „Powierzchnia okien do mycia wynosi: 1904,93 m² (powierzchnia obejmuje mycie dwustronne dla okien nierozkręcanych i czterostronne dla rozkręcanych)." Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie informuje, jaką powierzchnię stanowią okna rozkręcane ani też nie podaje ilości okien rozkręcanych. Zdaniem Odwołującego bez wątpienia, konieczność rozkręcania okien wpływa znacząco na zwiększenie wielkość nakładów pracy potrzebnych ze strony Wykonawcy na każdorazowe wykonanie usługi mycia okien. Tym bardziej, iż w ciągu obowiązywania umowy czynność mycia okien będzie wykonywana aż 16 razy. Pomimo, iż zgodnie z rozdziałem I pkt 5 załącznika nr 2 do umowy dla części nr 1, Zamawiający stawia odmienne wymogi, co do zastosowania środków czyszczących dla powierzchni PCV, a inne dla powierzchni drewnianych nie podaje jednak metrażu poszczególnych rodzajów powierzchni tj. powierzchni PCV, powierzchni drewnianych, rozdział I pkt 5 załącznik nr 2 do umowy dla części nr 1 (...) Do powierzchni mocno zabrudzonych należy używać środki posiadające atest PIS, do powierzchni PCV - emulsje antypoślizgowe, a do powierzchni drewnianych środki konserwujące drewno. Zdaniem Odwołującego bez wątpienia konieczność zastosowania specjalistycznych środków myjąco – konserwujących, zamiast zwykłych środków do mycia, rodzi większe koszty. Ponadto koszt zakupu środków konserwujących drewno różni się zdecydowanie od kosztu zakupu emulsji antypoślizgowej. Jak wskazał Odwołujący inny nakład pracy potrzebny do sprzątania powierzchni drewnianych, inny do powierzchni PCV świadczy o konieczności posiadania przez wykonawcę wiedzy o wielkości poszczególnych typów powierzchni dla właściwego oszacowania kosztów wykonywanej usługi. W związku z

faktem, iż Zamawiający w Rozdziale IV.A pkt.4 wprowadza dodatkowe określenia dla powierzchni wewnętrznej (kol.3 - prace bieżące), a dla powierzchni kwartalnej (kol.4 - czynności okresowe) (...). Do ustalenia stawki należy przyjąć łączną powierzchnię wewnętrzną (kolumna nr 3 załącznika nr 1 do projektu umowy - prace bieżące) oraz powierzchnię kwartalną (kolumna nr 4 załącznika nr 1 do projektu umowy - czynności okresowe) - należy przyjąć sumę tych powierzchni (...) w ocenie Odwołującego rodzi się pytanie, czy powierzchnie wspólnego użytku, dla których zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy pkt. L1 winna być raz dziennie wykonywana usługa obchodu i usuwania zanieczyszczeń, zostały wliczone do powierzchni wewnętrznych - (prace bieżące), czy też powierzchnie te zostały wliczone do powierzchni kwartalnych - (czynności okresowe) z uwagi na fakt, iż zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy pkt. 1.3 powierzchnie wspólnego użytku mają być umyte raz na trzy miesiące. Zdaniem Odwołującego, tak sporządzony opis części

7

nr 1 przedmiotu zamówienia nie zawiera szeregu istotnych informacji mających wpływ na właściwe skalkulowanie ceny ofertowej usługi.

Wykaz nieruchomości wchodzących w skład części nr 2 przedmiotu zamówienia zawiera „Zestawienie powierzchni zewnętrznej sprzątanej w rejonie EB nr 1”. Zestawienie to podaje adresy poszczególnych nieruchomości, powierzchnię zewnętrzną (kol.3), tereny zielone - sprzątanie (kol.4), tereny zielone - pielęgnacja (kol. 5) oraz „Zestawienie powierzchni zewnętrznej sprzątanej budynków Skarbu Państwa” Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy dla części nr 2 wskazał łączną powierzchnię zewnętrzną, w którą jak wynika z innych zapisów SIWZ wchodzi między innymi powierzchnie chodników, dróg wewnętrznych osiedlowych, placów utwardzonych. Jak wskazał w dalszej kolejności Odwołujący załącznik nr 2 do umowy „zakres obowiązków usługi utrzymania terenów zewnętrznych ...” określa czynności do wykonania między innymi na chodnikach, drogach wewnętrznych, placach utwardzonych. Zdaniem Odwołującego określenie wielkości powierzchni dróg wewnętrznych, nawierzchni ulicznych, chodników ma szczególne znaczenie dla zapewnienia odpowiedniej ilości sprzętu potrzebnego do zimowego utrzymania dróg, (czynność wskazana w załączniku nr 2 do umowy, pkt I. 3), Ponieważ dla każdej z tych powierzchni konieczne jest zastosowanie innego rodzaju sprzętu do odśnieżania, co zresztą sam Zamawiający potwierdził określając minimalne wymagania sprzętowe stawiane potencjalnym wykonawcom, a zatem, w ocenie Odwołującego, niezbędna jest znajomość wielkości poszczególnych rodzajów powierzchni. (rozdział II pkt 2 B SIWZ) (...) wykonawca musi dysponować takimi urządzeniami technicznymi i sprzętem jak:

- a) traktor lub inny pojazd mechaniczny z pługiem śnieżnym - min. 1 szt.,
- b) odśnieżarka spalinowa - min. 1 szt.; (...)

Bezsporne jest, zdaniem Odwołującego, iż odśnieżanie dróg wewnętrznych osiedlowych zdecydowanie różni się od odśnieżania chodników. Aby odśnieżanie dróg wewnętrznych osiedlowych było przez wykonawcę wykonane szybko, sprawnie i przede wszystkim racjonalnie ekonomicznie wymaga zastosowania innego rodzaju sprzętu. A zatem wiedza o wielkości poszczególnych typów powierzchni tj. chodników, dróg wewnętrznych osiedlowych, placów pozwoli każdemu wykonawcy zapewnić odpowiedni sprzęt w ilości faktycznie potrzebnej do realizacji zadania zgodnie ze sztuką i racjonalnym zarządzaniem ekonomicznym. Odwołujący wskazuje w tym miejscu uzasadnienia, iż w toczącym się równolegle postępowaniu przetargowym na podobny zakres usług, nieujawniony wykonawca także zwracał się do Zamawiającego z prośbą o ujawnienie powyższych informacji, a zatem wiedza ta nie jest potrzebna tylko i wyłącznie Odwołującemu. Pytanie od nieujawnionego wykonawcy brzmi następująco: „Prosimy o podanie informacji czy powierzchnia wskazana w załączniku nr 1 do umowy nr 9a dotycząca części II zamówienia, w kolumnie „c” powierzchnia zewnętrzna to ilość powierzchni utwardzonej? Jeżeli tak to prosimy o podania

8

ii. m2 w rozbiciu na drogi, parkingi, chodniki”. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie nr 8: „Zamawiający informuje, iż powierzchnia wskazana w załączniku nr 1 do projektu umowy (Załącznik nr 9a do SIWZ) dotyczący części nr 2 jest całkowitą powierzchnią zewnętrzną objętą usługą określoną w umowie. Z uwagi na fakt, że wszystkie drogi, parkingi i chodniki są powierzchniami utwardzonymi Zamawiający nie widzi potrzeby ich „rozbijania” na

oddzielne obszary". Jako dowód Odwołujący przywołał: wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 19 stycznia 2012 r. Jak wskazuje Odwołujący, Zamawiający odmówił jednak udzielenia informacji poprzestając jedynie na podaniu ogólnej powierzchni terenów, z których powyższe informacje w żaden sposób nie wynikają. Co więcej wskutek nieznanomości granic poszczególnych nieruchomości na etapie składania ofert, żaden potencjalny wykonawca, również Odwołujący, nie jest w stanie nawet w wyniku przeprowadzenia wizji w terenie, ustalić wyżej wskazanych wielkości. Jak wskazuje powyższe, Zamawiający próbuje przerzucić swoje obowiązki wynikające z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na wykonawców nie dokonując rzetelnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia poprzez podanie wielkości i zakresu wszystkich czynności składających się na przedmiot przetargu, zabezpiecza Wykonawców przed „dorzucaniem” dodatkowych czynności przez Zamawiającego już w trakcie wykonywania samej usługi. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający dokonuje również prac remontowych zarówno wewnątrz budynków (np.: wymiana okien, naprawa posadzek klatek schodowych) jak również prac remontowych dotyczących terenów zewnętrznych (np.: naprawa chodników, parkingów, dróg osiedlowych itp.) to można ze stuprocentową pewnością stwierdzić, iż dział techniczny Zamawiającego posiada wszystkie potrzebne dane, o których ujawnienie wnoszą Odwołujący. W świetle powyższego niezrozumiałe jest również zastanawiający jest fakt celowego i zamierzonego nieujawniania przez Zamawiającego niezbędnych informacji do pełnego, precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, mimo, iż Zamawiający ma świadomość o istnieniu ustawowego obowiązku.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę Izby na wcześniej zaistniałe fakty. W dniu 26 maja 2011 r. Zamawiający ogłosił przetarg na świadczenie usług utrzymania czystości i porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych oraz utrzymanie zieleni w obrębie nieruchomości administrowanych przez KZGM w Katowicach. Odwołujący w wyżej wymienionym przetargu złożył w dniu 06.06.2011 r. odwołanie podnosząc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy w szczególności niedokładne określenie przedmiotu zamówienia. Odwołanie to zostało przez Zamawiającego w całości przyjęte. Wszystkie zarzuty Odwołującego zostały uznane za zasadne. Decyzją Zamawiającego postępowanie to zostało unieważnione z uwagi na okoliczność, że: "... Zamawiający stwierdził, iż dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ustawy Pzp tj. dokonując opisu przedmiotu

zamówienia nie podał wszelkich niezbędnych informacji i wymagań, co do przedmiotu zamówienia...".

Jako dowód Odwołujący przywołał: treść pisma KZGM nr NZ.271.1.085.2011.BJ z dnia 16.06.2011 r.

W ocenie Odwołującego brak rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia niesie konsekwencje dwojakiego rodzaju. W przypadku przeszacowania zakresu danej czynności, wykonawca zbyt wysoko określi swoje wynagrodzenie i znacznie zmniejszy w ten sposób potencjalne szanse na wygranie przetargu, natomiast w przypadku niedoszacowania zakresu i wielkości danej czynności, skalkuluje własne wynagrodzenie na zbyt niskim poziomie, co może spowodować straty na wykonywaniu umowy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niepełny z użyciem niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających lub mogących mieć wpływ na prawidłowe sporządzenie oferty.

W związku z powyższym Odwołujący żąda, aby Zamawiający właściwie i precyzyjnie określił przedmiot zamówienia poprzez określenie wielkości:

1. powierzchni klatek schodowych,
2. powierzchni korytarzy,
3. powierzchni kabin dźwigowych,
4. powierzchni pomieszczeń wspólnego użytku,
5. powierzchni okien z podziałem na okna rozkręcane i nierozkręcane bądź podanie ilości okien rozkręcanych i nierozkręcanych,
6. ilości drzwi do mycia (piwnicznych, strychowych i innych prowadzących do pomieszczeń wspólnego użytku),
7. powierzchni drewnianych, powierzchni PCV,

8. powierzchni chodników, powierzchni wewnętrznych dróg osiedlowych, powierzchni placów.

Odwołujący wskazał, iż wielokrotnie zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie KIO stwierdzane było, iż Zamawiający zobowiązany jest do precyzyjnego, rzetelnego i jasnego formułowania przedmiotu zamówienia, jak również wszystkich aspektów mających wpływ na późniejsze wykonywanie przedmiotu zamówienia. Przykład: Sygn. akt: KIO 2710/10, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2010 r. „...Izba stwierdza w ślad za dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie, iż nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający

10

obciąża bowiem w ten sposób wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej. Tymczasem przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje jednoznacznie zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty winny być zamieszczone przez zamawiającego w SIWZ i dostępne wszystkim wykonawcom na równych zasadach "(w niniejszym postępowaniu Wykonawca chcąc pozyskać dla niego niezbędne informacje do przygotowania oferty, w praktyce zmuszony byłby przez Zamawiającego do przeprowadzenia wizji lokalnej, która i tak niewiele byłaby w stanie wyjaśnić). Jak wskazał Odwołujący podobnie zostało wskazane w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 2376/10, W dalszej kolejności wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r., w którym zostało wskazane, że: „W ocenie Izby, trudności po stronie Zamawiającego doprecyzowania przedmiotu zamówienia nie mogą być podstawą do niestosowania regulacji ustawowych i prowadzić do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy. W wyniku uwzględnienia [odwołania - przyp. red.] Izba nakazuje modyfikację w punkcie VII 11 SIWZ pkt 7 w taki sposób, aby jednoznacznie wynikało z tej regulacji z jakiej ilości koszy w poszczególnych rejonach usuwane będą nieczystości, (...)”.

II. W ramach kolejnego zarzutu Odwołujący wskazał na Rozdział VI SIWZ „opis przedmiotu zamówienia” (...) gdzie Zamawiający zastrzega możliwość zmniejszenia ilości i powierzchni nieruchomości w trakcie toczącego się postępowania, także przed jego rozpoczęciem. Przewidywane zmiany wynika z faktu toczących się rozmów nt. wydzierżawienia części terenów objętych niniejszą usługą innym podmiotom. Na dzień wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, czy zmiany w ogóle nastąpią a także w jakim zakresie, gdyż ostateczna decyzja w tym zakresie zależy od osób trzecich. Jeśli zmiany nastąpią, oznaczać to będzie rezygnację ze świadczenia usług na wydzierżawionych terenach(..). W dalszej części przywołanego rozdziału SIWZ zostało wskazane, że: „(..) Powyższa zmiana nie wyklucza możliwości zaistnienia innych zmian w ilości i powierzchni nieruchomości objętych usługą, w trakcie obowiązywania umowy wynikającej z § 12 ust. 3-4 projektu umowy”.

Zdaniem Odwołującego powyższe zapisy wskazują, że Zamawiający nie jest w stanie na obecnym etapie oszacować możliwych zmniejszeń zakresu przedmiotu umowy na przestrzeni 4 lat obowiązywania umowy. Odwołujący podniósł, że dotychczasowa współpraca z Zamawiającym wskazuje, iż są jednostki administracyjne Zamawiającego, gdzie na przestrzeni nawet kilku miesięcy zmniejszenia powierzchni były bardzo znaczące i skutkujące

11

zmniejszeniem wynagrodzenia wykonawcy o ponad 10 %. Jednocześnie Zamawiający nie dopuszcza w żadnym wypadku możliwości wypowiedzenia umowy przez wykonawcę z zachowaniem okresu wypowiedzenia. W sytuacji, w której Zamawiający nie jest w stanie oszacować możliwych zmniejszeń przedmiotu zamówienia, drastyczne zmniejszenie przedmiotu zamówienia, może spowodować rażąco wysoką stratę po stronie wykonawcy, której nie był w stanie oszacować bez wiedzy o możliwych zmniejszeniach przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że w pewnym momencie, wskutek zmian prawa może

hipotetycznie dojść do utraty 85% zarządzanej powierzchni, co skutkuje adekwatnym zmniejszeniem przedmiotu zamówienia. Przy nieproporcjonalnym zmniejszeniu kosztów (w tym kosztów stałych) Wykonawca zacznie ponosić stratę, wykonując zmniejszone w takim stopniu zamówienie. Zdaniem Odwołującego, postępowanie Zamawiającego narusza art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 Ustawy oraz art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w kwestii kształtowania obowiązków i uprawnień zarówno wykonawcy jak i zamawiającego. W związku z powyższym Odwołujący żąda wprowadzenia do projektów poszczególnych umów następującego zapisu. 12 „Jeśli zgodnie z umowami kolejnych powierzchni postanowieniami wskutek zmniejszeń całkowite wynagrodzenie wykonawcy uległoby zmniejszeniu o więcej niż 30 % w stosunku do pierwotnego wynagrodzenia ofertowego wykonawcy, wykonawca ma prawo wypowiedzenia zawartej umowy z zachowaniem trzy miesięcznego okresu wypowiedzenia.

III. W zakresie kolejnego zarzutu Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdziałem IV pkt. A.5 oraz pkt. B.6 SIWZ, Zamawiający wprowadza pojęcie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy: „Stawka ujednoczona w trakcie realizacji umowy może za zgodą Zamawiającego ulec jeden raz w roku waloryzacji o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych określony przez GUS na zasadach określonych w § 6 ust. 6 projektu umowy (załącznik nr 9 do SIWZ). Waloryzacja nastąpić może nie wcześniej niż po dwóch latach od zawarcia umowy. (...) szczegółowo określają to projekty umów na poszczególne części przedmiotu zamówienia, tj. § 6. załącznika nr 9 do SIWZ (umowa o świadczenie usługi utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach) dla części nr 1 przedmiotu zamówienia, oraz § 6. załącznika nr 9A do SIWZ (umowa o świadczenie usługi utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez KZGM w Katowicach) dla części nr 2 przedmiotu zamówienia. W § 6 załącznika nr 9 do SIWZ zostało wskazane, że: „Zamawiający dopuszcza możliwość jeden raz w roku waloryzacji ceny o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych określony przez GUS, jednak pierwsza waloryzacja nastąpić może nie wcześniej niż po dwóch latach od daty zawarcia umowy, pod warunkiem wyrażenia na nią zgody przez Zamawiającego.

12

Waloryzacja, jeżeli nastąpi, polegać będzie na waloryzacji stawki ujednoczonej, o której mowa w ust. 1 o sumę wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za lata poprzednie (pierwsza waloryzacja) stawek za poszczególne rodzaje powierzchni, o których mowa w ust. 1 pkt. a i b, a co za tym idzie waloryzacji stawki ujednoczonej, o której mowa w ust. 1 i 2 poprzez jej ponowne wyliczenie na dzień waloryzacji. W przypadku kolejnej waloryzacji nastąpi ona w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni. Planowana waloryzacja wymaga pisemnego wniosku złożonego Zamawiającemu przez Wykonawcę, z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem na koniec miesiąca kalendarzowego oraz wymaga sporządzenia aneksu do umowy w zakresie zapisów § 6 ust. 1-2”.

W ocenie Odwołującego sposób sformułowania niniejszego zapisu przez Zamawiającego, co do ewentualnej decyzji o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (użycie sformułowań „dopuszcza”, „pod warunkiem wyrażenia na nią zgody przez Zamawiającego”, „jeżeli nastąpi”) i jest on sprzeczny z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 1 i 2 Ustawy Pzp. Odwołujący, jak również każdy inny wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym powinien mieć pewność i jasność, co do wszystkich warunków realizacji zamówienia, a tym bardziej odnoszących się wprost do samego wynagrodzenia wykonawcy. Pewność waloryzacji wynagrodzenia lub jej brak na przestrzeni czterech lat wykonywania usługi wpływa w oczywisty sposób na kalkulację oferty cenowej każdego wykonawcy. Co więcej taki sposób sformułowania zapisów w projekcie umowy daje możliwość traktowania wybiórczo poszczególnych wykonawców. Odwołujący wskazał, że jednemu wykonawcy Zamawiający może wyrazić zgodę na waloryzację a drugiemu nie. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, aby zapewnić równe traktowanie wykonawców Zamawiający, powinien wprost określić, czy będzie waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy, czy też nie. Odwołujący proponuje w zamian wprowadzenie do projektu umowy następujących postanowień: „Wynagrodzenie wykonawcy zostanie zwaloryzowane po upływie 24 miesięcy wykonywania usługi, o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych określony przez GUS za poprzednie 24 miesiące, kolejna waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy

nastąpi po upływie kolejnych 12 miesięcy wykonywania usługi. Waloryzacja wchodzi w życie z pierwszym dniem miesiąca następującego po upływie wskazanych okresów."

Odwołujący wskazał również, iż § 6. załącznika nr 9 do SIWZ (umowa o świadczenie usługi utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach) dla części nr 1 przedmiotu zamówienia, w swej treści odwołuje się do punktów, które w rzeczywistości nie istnieją w umowie („...o których mowa w ust. 1 pkt. a i b...”).

IV. W ramach kolejnego zarzutu Odwołujący podniósł, że zgodnie z ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym UE Zamawiający w ogłoszeniu o przetargu wskazał jedynie, iż wartość

13

zamówienia przekracza kwotę 200.000,00 euro, co przy kursie przeliczeniowym 4,0196 zł za 1 euro, daje kwotę 803.920,00zł. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, iż nieujawniona wartość szacunkowa zamówienia może się mieścić w przedziale od 803.920,01 zł do nieskończoności. Jednocześnie Zamawiający wymaga wpłaty wadium w wysokości 73.500,00 zł (dla części nr 1 – 8.500,00 zł, dla części nr 2 – 65.000,00 zł). Odwołujący podniósł, że przyjmując hipotetycznie wartość szacunkową zamówienia na kwotę 2.000.000,00 zł (mieści się w przedziale podanym przez Zamawiającego) to wymóg wpłaty wadium w wysokości 73.500,00 zł narusza art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ kwota wymaganego wadium przekracza 3 % wartości zamówienia. Odwołujący żąda określenia wadium na poziomie nieprzekraczającym 3% wartości szacunkowej zamówienia dla poszczególnych części zamówienia.

V. Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale IV B pkt. 9 SIWZ „Cena ofertowa” dla części nr 2 przedmiotu zamówienia zamieścił zapis następujący: „Rozwiązanie to wprowadzono w celu zabezpieczenia wykonawcy przed ewentualnymi nierównomiernymi zmianami dwóch rodzajów powierzchni w sytuacji nierównomiernego kształtowania się kosztów wykonawcy dla ich utrzymania. W przypadku, kiedy zmniejszenie powierzchni miałyby spowodować przekroczenie progu 3%, a co za tym idzie obliczenie na nowo stawki ujednocionej, istnieje możliwość wzrostu tej stawki w stosunku do jej wartości pierwotnej (w zależności od wyniku działania matematycznego polegającego na obliczeniu średniej ważonej). Konieczne jest jednak, aby nowe wynagrodzenie, w przypadku zmniejszenia powierzchni, nie przewyższyło dotychczas obowiązującego na moment poprzedzający zmniejszenie powierzchni. Jeżeli więc miałyby się okazać, że $S_2 > S_1$ o taką wartość, że $W_3 > W_2$, to przy obliczaniu wynagrodzenia W_3 posłużymy się stawką dotychczasową S_1 , tj. $W_3 = S_1 \cdot (X_3 + Y_3)$ ”.

Zdaniem Odwołującego rozwiązanie to w postaci przedstawionego zapisu, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zabezpiecza wykonawców przed konsekwencjami finansowymi ewentualnych nierównomiernych zmian dwóch rodzajów powierzchni. Odwołujący określił hipotetyczny stan oparty na dotychczasowej praktyce: Biorąc pod uwagę, iż koszty usługi na terenach zewnętrznych są zdecydowanie większe, Odwołujący składa ofertę gdzie cena jednostkowa za usługę na terenach zewnętrznych wynosi 0,28 zł za 1 m², a cena jednostkowa za tereny zielone wynosi 0,15 zł za 1 m², co dawałoby określoną cenę jednostkową ujednocioną. Zgodnie z SIWZ nie jest wykluczone również, iż po pewnym czasie wskutek ewentualnej zmiany prawa, zmiany podejścia organu nadzrędnego wobec Zamawiającego (Prezydent Miasta Katowice) może się zdarzyć, iż większość terenów zielonych bądź wszystkie zostaną przekazane/wydzierżawione/sprzedane podmiotom trzecim np. wspólnotom mieszkaniowym poszczególnych nieruchomości, co spowoduje, iż

14

zmniejszeniu ulegnie zakres przedmiotu zamówienia o więcej niż 3 %. Jak wskazał Odwołujący zatem zgodnie z zapisami rozdziału IV B pkt 9a) SIWZ, znajdzie konieczność wyliczenia nowej ujednocionej ceny jednostkowej. W skrajnym przypadku może się zdarzyć, iż „odpadną” wszystkie tereny zielone, a wtedy nowa ujednociona cena jednostkowa będzie wynosić 0,28 zł, czyli będzie większa niż stara ujednociona cena jednostkowa. Wtedy zgodnie z wskazanym postanowieniem SIWZ, taka wyższa ujednociona cena jednostkowa nie obowiązuje, pozostaje stara cena ujednociona pomimo, iż faktyczne koszty ponoszone przez Wykonawcę na terenach zewnętrznych pozostają takie same bądź mogą się zwiększyć wskutek wzrostu kosztów stałych, które mogą wzrosnąć z powodu zmniejszenia przedmiotu

zamówienia. Skutkowałoby to koniecznością wykonywania usługi poniżej kosztów wykonawcy, powodując stratę, czego z uwagi na brak znajomości wielkości ewentualnych zmniejszeń nie jest Odwołujący w stanie oszacować. Zamawiający nie dopuszcza w żadnym wypadku wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę, zatem Odwołujący żąda wykreślenia zastrzeżenia, iż nowa stawka ujednoczona nie może być wyższa niż stawka ujednoczona dotychczasowa. Odwołujący tym zakreślił Zamawiającemu naruszenie art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 Ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w kwestii kształtowania obowiązków i uprawnień zarówno wykonawcy jak i zamawiającego.

VI. W odniesieniu do kolejnego zarzutu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w opublikowanym ogłoszeniu o przetargu w rozdziale II.2.1. „całkowita wielkość lub zakres” zamieścił jedynie informację „powyżej 200 000 EUR” W udostępnionej SIWZ, Zamawiający również nie ujawnił wartości szacunkowej zamówienia, jak również wartości szacunkowych poszczególnych części zamówienia. W ocenie Odwołującego ustawodawca wylicza enumeratywnie wyjątki od zasady jawności postępowania. Podanie wartości szacunkowej zamówienia nie zostało w ten sposób wskazane, a w związku z tym obowiązkiem Zamawiającego jest podanie wartości szacunkowej zamówienia, zwłaszcza, iż szereg innych postanowień ustawy odnosi się bezpośrednio do tejże wartości szacunkowej zamówienia. Wykonawca nie jest w stanie sprawdzić czy Zamawiający ustalił wartość szacunkową rzetelnie, zgodnie z przepisami ustawy, czy też nie. W ten sposób Zamawiający pozbawia go możliwości skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Wiedza o wartości szacunkowej zamówienia jest niezbędna dla wykonawcy, albowiem gdyby wartość szacunkowa zamówienia dla którejkolwiek części zamówienia była zbyt niska to może on odstąpić od składania oferty na tę części zamówienia, mając świadomość faktu, iż jego oferta nie zostanie wybrana. Uniknie w ten sposób czasochłonnej i kosztowej procedury przygotowania oferty, która z góry nie będzie możliwa do zaakceptowania przez

15

Zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający celowo i świadomie „ukrywa” wyliczoną przez siebie wartość szacunkową zamówienia chcąc w ten sposób uniemożliwić Odwołującemu lub innym podmiotom zweryfikowanie rzetelności jej ustalenia. Na dowód swojego twierdzenia Odwołujący wskazał, iż w organizowanych w ostatnim czasie postępowaniach, większość złożonych ofert znacząco przekraczała wartości szacunkowe zamówienia obliczone przez Zamawiającego. I tak w przetargu, w którym otwarcie ofert nastąpiło 6 lutego 2012 r. na pięć złożonych ofert tylko cena jednej oferty mieściła się w wartości szacunkowej zamówienia. W opinii Odwołującego, w ten sposób Zamawiający próbuje pozostawić sobie możliwość dowolnego wyboru Wykonawców korzystając z postanowień ustawy Pzp odnoszących się do możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia już po otwarciu ofert. Jak wskazał Odwołujący dotychczasowa praktyka Zamawiającego wskazuje, iż w jednych wypadkach korzystając z możliwości ustawowej podwyższa kwotę, jaką może przeznaczyć na wykonanie zamówienia i zawiera umowę, a w innych przypadkach nie. Zaniechanie podania przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia dla poszczególnych części zamówienia narusza, zdaniem Odwołującego, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 180 i następane Ustawy. Odwołujący we wcześniej prowadzonym postępowaniu zadał pytanie o wartość szacunkową zamówienia. Wbrew postanowieniom art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi i nie ujawnił wartości szacunkowej poszczególnych części zamówienia. Jak dowód powyższego Odwołujący wskazał na treść pisma Zamawiającego. Odwołujący podniósł ponadto, iż w toczącym się równoległym postępowaniu przetargowym na podobny zakres usług, nieujawniony wykonawca także zwracał się z prośbą ujawnienie powyższych informacji.

VII. W dalszej kolejności, odnosząc się do kolejnego zarzutu, Odwołujący podniósł, że zarzuca Zamawiającemu, że w SIWZ nie określił terminu rozpoczęcia wykonywania usługi, pozostawiając sobie dowolność w zakresie kształtowania tego obowiązku względem poszczególnych wykonawców. Zdaniem Odwołującego, fakt czy od dnia podpisania umowy wybrany wykonawca będzie miał 1 dzień, 10 dni czy może 20 dni na faktyczne rozpoczęcie wykonywania usługi ma fundamentalny wpływ na sposób przygotowania ofert a w skrajnym przypadku na podjęcie decyzji o udziale w przetargu. Co więcej Zamawiający może w ten

sposób w niedozwolony sposób preferować jednego wykonawcę, dając mu dłuższy czas na przygotowanie się do faktycznego rozpoczęcia wykonywania usługi. W poprzednich postępowaniach Zamawiający wprost określał termin rozpoczęcia świadczenia usługi wskazując, że: „Termin realizacji zamówienia dla każdej części wynosi: 12 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 października 2011 r.”. W ocenie Odwołującego przepisy Ustawy Pzp pozostawiają do decyzji Zamawiającego dzień zawarcia umowy, określając jedynie, że umowa nie może być zawarta wcześniej niż 10 dni od dnia

16

rozstrzygnięcia postępowania. Jednakże, zdaniem Odwołującego, dowolność ta nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych o czym stanowi art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie narusza, w ocenie Odwołującego, także art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp, poprzez nie wskazanie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty. Odwołujący żąda, aby w celu zachowania zasad równego traktowania wykonawców na etapie składania ofert Zamawiający określił, w jakim terminie od dnia uprawomocnienia się decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty nastąpi podpisanie umowy oraz w jakim terminie od dnia zawarcia umowy ma nastąpić faktyczne rozpoczęcie świadczenia usługi. W związku z powyższym Odwołujący proponuje następujący zapis w SIWZ „Zawarcie umowy nastąpi w trzecim dniu roboczym licząc od pierwszego dnia po upływie terminu na wniesienie odwołania od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy”

VIII. Odnosząc się do kolejnego zarzutu Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale IV SIWZ, zatytułowanym „cena ofertowa” określił sposób obliczania ceny oferty. Na tej podstawie został zbudowany formularz „oferty” stanowiący załącznik nr 1A, a dotyczący obliczenia ceny całkowitej dla części 2 przedmiotu zamówienia. Do obliczania ceny całkowitej oferty posłużyć ma między innymi wartość określona przez Zamawiającego jako „stawka ujednolicona”, która ma być podana z dokładnością do czwartego miejsca po przecinku. W świetle całości postanowień SIWZ wartość zwana przez Zamawiającego błędnie „stawką ujednoliconą” jest w rzeczywistości klasycznym przykładem ceny jednostkowej za usługę sprzątnięcia 1 m² powierzchni. Odwołujący wskazał, że ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach w art. 3 ust. 1 pkt 2 wskazuje, że: cena jednostkowa towaru (usługi) - cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach. Wskazał, że ustawa z dnia 7 lipca 1994 r o denominacji złotego w art. 1 ust. 2 wskazuje, że nowa jednostka pieniężna o nazwie złoty będzie dzieliła się na 100 groszy. Podniósł również, że za cenę uważa się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, a ceną jednostkową jest cena ustalona za jednostkę danego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach (art. 3 ust. 1 Ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001 roku). Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27.06.2008r., sygn. akt: XII Ga 206/08 (strony 11-12). W ocenie Odwołującego zatem cena jednostkowa powinna być podana wyłącznie w jednostkach pieniężnych znanych polskiemu systemowi płatniczemu. W Polsce jednostką płatniczą jest złoty, który dzieli się na 100 groszy, a więc cena jednostkowa może być podana wyłącznie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Odwołujący na dowód powyższego

17

twierdzenia, iż wartości wymagane, a błędnie określone jako „stawka” i „ujednolicona stawka” przez Zamawiającego są w rzeczywistości ceną jednostkową oraz ujednoliconą ceną jednostkową na co wskazują również następujące postanowienia SIWZ:

a) zapis rozdziału I pkt. 2 b) SIWZ (...) „cenę ofertową za wykonanie części zamówienia, na które złożona jest oferta, oraz pozostałe ceny zawarte w pkt. 1 formularza OFERTA,” - załącznik nr 1 A;

b) w tym postanowienia § 7 pkt. 2 załącznika nr 9 i 9A do SIWZ (projekty umów), gdzie zostało wskazane, że wykonawca zobowiązany jest do wystawiania faktur na rzecz Zamawiającego w ten sposób, aby faktury za wykonane usługi dotyczące nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa (wyodrębnione w załączniku nr 1) wystawiane były odrębnie. Bezspornie, zdaniem Odwołującego, w celu wystawienia oddzielnych faktur dla

nieruchomości Skarbu Państwa konieczne jest pomnożenie ujednoczonej ceny jednostkowej za 1 m² powierzchni przez faktyczną wielkość powierzchni,
c) postanowienia rozdziału IV pkt. A.8 oraz pkt. B.9. SIWZ rozdział IV pkt. A.8 SIWZ. Jeżeli w trakcie realizacji usługi zamawiający skoryguje ilość budynków, a także wielkość powierzchni budynków, dla których świadczone są usługi, zamawiający jest uprawniony do zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy na zasadach określonych w § 12 ust. 5 projektu umowy (załącznik nr 9 do SIWZ)(...) rozdział IV pkt. B.9 SIWZ: „Zgodnie z zapisem § 12 ust. 3 i następnego projektu umowy, w trakcie obowiązywania umowy, Zamawiający ma prawo do zmniejszenia ilości i powierzchni nieruchomości, dla których świadczone są usługi objęte umową, przyjęto następujący sposób obliczania wynagrodzenia w przypadku zmniejszenia powierzchni (określony w § 12 ust. 6-7 projektu umowy)”.

Zważywszy na powyższe, zdaniem Odwołującego, bezsporne jest również, iż w przypadku zmniejszenia lub zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia wynagrodzenie wykonawcy zostanie zmniejszone/zwiększone w oparciu o ujednoczoną cenę jednostkową i faktyczną wielkość powierzchni zmniejszenia/zwiększenia. Wartości określane jako „stawka” i „ujednoczona stawka” przez Zamawiającego są w rzeczywistości, zdaniem Odwołującego, ceną jednostkową oraz ujednoczoną ceną jednostkową. A zatem wymóg podania w załączniku nr 1A (formularz oferta) ceny jednostkowej oraz ujednoczonej ceny jednostkowej z dokładnością do czterech miejsc po przecinku narusza art. 2 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt. 2 ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001 r. z późn. zmianami oraz art. 1 ust. 2 ustawy o denominacji złotego z dnia 7 lipca 1994 r. z późn. zmianami, zaś postępowanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp.

IX. W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami rozdziału III pkt 1e) SIWZ Zamawiający dopuścił składanie innego dokumentu w zastępstwie opłaconej polisy OC w każdym możliwym przypadku, rozszerzając w niedozwolony sposób zapis § 1. ust 1

18

pkt. 10 niżej wymienionego rozporządzenia. Wskazał na zapis: „opłaconą polisę lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności” i podnosząc, że w § 1 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zapis ten ma następujące brzmienie: „Zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: 10) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Odwołujący wskazał zatem, iż postanowienia przywołanego rozporządzenia dopuszczają złożenie innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej wykonawcy wyjątkowo i wyłącznie w przypadku braku opłaconej polisy oc. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył w ten sposób art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8, art. 22 ust. 1 pkt. 4, art. 25 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez niezgodne z przepisami opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22. ust 1 pkt 4. Ustawy Pzp.

X. W odniesieniu do kolejnego zarzutu Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę zapisy § 3 (obowiązki wykonawcy) załącznika nr 9 i 9A (projekty umów) oraz dotychczasową praktykę zamawiającego, który w przypadku zawierania nowych umów nie przekazuje map geodezyjnych nieruchomości objętych przedmiotem umowy, Odwołujący żąda przekazania map najpóźniej w chwili zawarcia umowy. Wskazał w tym miejscu, że praktyką Zamawiającego jest, iż granice terenów objętych zakresem umowy wskazywane są umownie, „na oko”. Dokładna znajomość granic terenów objętych umową szczególnie istotne jest w okresie zimowym w czasie wykonywania usług odśnieżania, gdyż Zamawiający wymaga, aby wykonawca przejął odpowiedzialność odszkodowawczą za tereny przekazane. W przypadku zaistnienia jakiegokolwiek szkody pierwszym żądaniem każdego towarzystwa ubezpieczeniowego jest udowodnienie czy miejsce zdarzenia jest w granicach terenu objętego umową a zatem przekazanie map geodezyjnych określających granice

objętych umową jest do poszczególnych nieruchomości konieczne prawidłowego świadczenia usług oraz przejęcia odpowiedzialności cywilnej przez Wykonawcę. Przekazanie map służy również weryfikacji podanych w SIWZ przez Zamawiającego wielkości powierzchni. W związku z powyższym Odwołujący żąda wprowadzenia do projektu umowy następującego postanowienia. „Zamawiający w dniu zawarcia umowy zobowiązany jest do

19

przekazania map geodezyjnych wszystkich terenów objętych zakresem niniejszej umowy. Nieprzekazanie w terminie map geodezyjnych zwalnia Wykonawcę z odpowiedzialności za szkody wyrządzone Zamawiającemu lub osobom trzecim niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. W celu należytego wykonywania usług wewnątrz budynków, Odwołujący żąda wprowadzenia do projektu umowy następującego postanowienia: " Zamawiający w dniu zawarcia umowy zobowiązany jest do przekazania kluczy do wszystkich budynków i pomieszczeń objętych zakresem niniejszej umowy". W ocenie Odwołującego brak sformułowania obowiązków Zamawiającego we wskazanym zakresie narusza, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 Ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego całościowa ocena sposobu prowadzenia postępowania przez Zamawiającego wykazana szczegółowo powyżej, w szczególności brak pełnego precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, brak zachowania należytej staranności przy wykonywaniu czynności, potwierdza, iż Zamawiający naruszył wskazane na wstępie przepisy Ustawy, dokonując równocześnie uszczerbku interesowi prawnemu Odwołującego. Odwołujący podniósł, że dotychczasowa praktyka współpracy z Zamawiającym wskazuje, iż w wypadku niejasności lub nieprecyzyjności zapisów w zawartych umowach, Zamawiający często dokonuje wykładni rozszerzającej obowiązki wykonawcy przy równoczesnym zawężaniu obowiązków Zamawiającego. Reasumując, zważywszy na powyższe ustalenia faktyczne i prawne oraz oczywiste naruszenia przepisów ustawy Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 23.02.2012 r. Zamawiający w toku rozprawy przedstawił w piśmie z dnia 22.02.2012 r. zatytułowanym „Odpowiedź na odwołanie” swoje stanowisko. Podniósł, że częściowo uznaje odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ustawy Pzp tj. w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia oraz zarzutu dotyczącego dokumentacji w zakresie ubezpieczenia oc.

Jednocześnie oświadczył, iż dokona zmian w treści SIWZ w sposób określony w pkt I uzasadnienia. Ponadto wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie oraz przyznanie Zamawiającemu poniesionych kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego według rachunku przedstawionego na rozprawie.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 11.02.2012 r. r. wpłynęło do Zamawiającego odwołanie wniesione przez Henryka Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX SYSTEM z siedzibą w Katowicach przy ul. Łętowskiego 20. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w szczególności naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w ustawie Pzp poprzez niedookreślenie powierzchni drewnianych w związku z

20

postawionym wymogiem użycia odmiennych środków czyszczących dla powierzchni PCV i innych dla drewnianych oraz podniósł zarzut niezgodnego z przepisami opisanego sposobu dokonania oceny spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazał, że uznaje wyżej określone zarzuty oraz oświadcza, że wprowadzi zmiany w SIWZ poprzez skreślenie w załączniku nr 2 do umowy "Zakres obowiązków usługi..." w pkt I ust. 5 części zdania: "do powierzchni PCV - emulsje antypoślizgowe, a do powierzchni drewnianych środki konserwujące drewno". Bez zmian pozostanie zdanie w pozostałym zakresie, tj.: "Do powierzchni mocno zabrudzonych należy używać środki posiadające atest PIS."

Zamawiający wskazał ponadto, że uznaje również zarzut niezgodnego z przepisami opisanego sposobu dokonania oceny spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp za zasadny i dokona zmiany treści pkt III ppkt 1 lit. e) SIWZ, który otrzyma brzmienie: e) opłaconą polisę OC, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów i wniosków Odwołującego w całości.

Następnie Zamawiający podniósł, że Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w pzp, w szczególności:

- 1) nieprecyzyjne, niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia;
- 2) pozostawienie uznaniu Zamawiającego decyzji o waloryzacji wynagrodzenie;
- 3) wprowadzenie wymogu podania ceny ujednoliconej oraz innych cen jednostkowych z dokładnością do czterech miejsc po przecinku;
- 4) żądanie wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowe progi;
- 5) zatajenie wartości szacunkowej dla poszczególnych części zamówienia;
- 6) przekroczenie zasady swobody umów w kwestii kształtowania obowiązków i uprawnień stron;
- 7) rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów wskutek wprowadzenia postanowienia blokującego wzrost ujednoliconej ceny jednostkowej w przypadku zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do powyższego Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego są bezpodstawne.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na określeniu postanowień SIWZ oraz wzoru umowy.

21

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Zdaniem Izby w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wysokości wadium oraz postanowień umowy podmiotem posiadającym interes we wniesieniu środka ochrony prawnej jest każdy zainteresowany wykonawca, który uprawdopodobni, że postanowienia te uniemożliwiają temu wykonawcy udział w postępowaniu. W tym wypadku należy przychylić się do reprezentowanego w doktrynie i orzecznictwa szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia.

Ponadto w ocenie Izby w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu w odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia podmiotem posiadającym interes we wniesieniu środka ochrony prawnej jest każdy zainteresowany wykonawca, który uprawdopodobni, iż opis przedmiotu zamówienia może naruszać uczciwą konkurencję. W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Odwołujący wskazał, iż w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż zapisy SIWZ uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o wskazane zamówienie na równi z innymi podmiotami. Choć w toku rozprawy podniósł również, iż wnoszący przedmiotowe odwołanie również w interesie innych wykonawców – aby uzmysłowić im skalę trudności związaną z realizacją usług - jednakże stanowisko to zostało przez Odwołującego

22

wyrażone w odniesieniu do zarzutu Zamawiającego, który podniósł, że skorzystanie ze środka ochrony prawnej ma jedynie na celu opóźnienie postępowania i jego utrudnienie celem zdobycia zamówień dodatkowych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba uwzględniła również dowody zgłoszone przez Odwołujące w toku rozprawy w postaci korespondencji z lat 2009-2011 pomiędzy Zamawiającym a Odwołujący związanej z realizacją usług dla rejonów EB-5 oraz EB-7.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, ze względu na sposób i zakres sformułowanych przez Odwołującego zarzutów oraz żądań, należy wskazać na ścisłe powiązanie podniesionych w odwołaniu zarzutów z ich podstawą faktyczną, która powoduje, iż zarzuty te nie mogą być rozpatrywane przez Izbę w oderwaniu od ich podstawy. Wszakże o istnieniu zarzutu możemy mówić jedynie wówczas, gdy wskazana została jego podstawa faktyczna w postaci czynności lub zaniechania zamawiającego. O istnieniu zarzutu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Wskazanie jedynie przepisu, który został przez zamawiającego naruszony nie przesądza o istnieniu zarzutu, gdyż ten winien być wynikiem działania lub zaniechania zamawiającego. Powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, która wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (...). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu formułowany jest wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do konkretnego przepisu ustawy Pzp. Zatem brak wskazania podstaw faktycznych w ramach formułowania zarzutu czyni taki zarzut niepełnym i wadliwym. Izba nie ma obowiązku ustalania samodzielnie podstaw faktycznych zarzutów, gdyż takie postępowanie jest sprzeczne z zasadą wyrażoną w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

23

Powyższe rozważania natury ogólnej odnoszą się w szczególności do wskazanych przez Odwołującego norm prawnych wyrażonych w art. 8 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8, art. 22 ust. 1 pkt 4, jak również wskazanego w uzasadnieniu art. 180 i następnym ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał i nie sprecyzował istoty powyższych zarzutów, nie dookreślił również ich podstaw faktycznych uzasadniających kwestionowanie czynności, bądź zaniechań Zamawiającego w tym zakresie. W tym miejscu należy również wskazać, iż z zarzutami winny korelować formułowane przez Odwołującego żądania, w szczególności jeżeli dotyczą one postanowień umowy i zmierzają do nadania umowie określonej treści.

W zakresie zarzutów dotyczących postanowień umowy Izba pragnie również wskazać, iż należy ocenić ich ewentualny wpływ na możliwość uzyskania zamówienia (interes w jego uzyskaniu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) oraz ewentualny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Na tym etapie postępowania niemożność ubiegania się danego wykonawcy o zamówienie należy zrównać z wpływem na jego wynik materializujący się zawężeniem kręgu uczestników postępowania. W toku merytorycznego rozpoznania odwołania ustalenia wymaga, czy stwierdzenie naruszenia określonych przepisów przekłada się na obiektywny brak możliwości uzyskania zamówienia, tj. w odniesieniu do postanowień umowy, czy poza zwiększonym ryzykiem ekonomicznym wykonawca został pozbawiony możliwości sporządzenia ważnej oferty. W ocenie Izby przewidywane przez Odwołującego problemy i niedogodności w toku realizacji umowy, jak również trudności we współpracy z Zamawiającym, będące wynikiem dotychczasowych doświadczeń Odwołującego, nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do uwzględnienia

zarzutów odnoszących się do postanowień umowy. O takim naruszeniu mogłoby stanowić naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp lub na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisów ustawy Kodeks cywilny na skutek zawarcia w umowie określonych postanowień przy jednoczesnym wpływie tychże naruszeń na możliwość sporządzenia przez wykonawcę ważnej oferty i tym samym samą możliwość udziału w danym postępowaniu. W tym miejscu należy uznać za zasadne założenie, iż naruszenie wskutek zawarcia w umowie określonych i jednocześnie naruszających obowiązujące prawo zapisów pozwala na przyjęcie jako określonego modelu obiektywnej zasadności wykonawcy do rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W takich okolicznościach, tj. przy naruszających prawo elementach przyszłego stosunku zobowiązaniowego racjonalny wykonawca odstąpiłby od złożenia oferty ze względu na określone ryzyka, w tym zawarcie nieważnej umowy, jak również ze względu na obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma prawo zakładać, iż dojdzie do zawarcia ważnej umowy i jednocześnie istnieje obiektywna możliwość należytego spełnienia 24

świadczenia przez reprezentatywną część wykonawców działających w danej branży i spełniających warunki udziału w postępowaniu. W przeciwnym wypadku brak możliwości uzyskania zamówienia wykonawca ma prawo upatrywać w przeszkodach tkwiących w samej umowie. Trudno jest bowiem uznać, iż naruszające prawo zapisy umowy są pozbawione znaczenia dla decyzji potencjalnego wykonawcy. Jednocześnie nie sposób założyć, iż pogodzenie się wykonawcy z takimi postanowieniami umowy i nieodstąpienie od ubiegania się o zamówienie stanowi li tylko autonomiczną decyzję wykonawcy podyktowaną względami ekonomicznymi. Nieopłacalność realizacji zamówienia przez określonego wykonawcę nie jest tożsama z brakiem możliwości spełnienia świadczenia przez wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wszakże ich postawienie ma określić grupę wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Jeżeli na przeszkodzie temu, tj. udziałowi w postępowaniu, stoją jedynie postanowienia umowy mogą stać się przedmiotem zarzutów w ramach środków ochrony prawnej. Tym samym za przedmiot zaskarżenia można, przy uwzględnieniu specyficznych dla danego postępowania warunków, uznać tylko niektóre z postanowień umowy. Tym samym również nie wszystkie uwzględnione zarzuty odnoszące się do postanowień przyszłej umowy będą skutkowały uwzględnieniem odwołania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie należy jednak powyższego odnosić do ekonomicznej strony świadczenia, w tym jego finansowej rentowności oraz możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk. Pierwsze stanowią pochodną prowadzenia całokształtu działalności wykonawcy jako przedsiębiorcy, te drugie zaś mogą zostać wycenione i ujęte w cenie ofertowej stanowiącej ekwiwalent świadczenia na rzecz Zamawiającego. Umowa bowiem, stanowiąca w części element opis przedmiotu zamówienia, stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp winna pozwalać na identyfikację wszystkich wymagań Zamawiającego związanych z realizacją świadczenia – mających zarówno bezpośredni oraz pośredni wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

W ocenie Izby za przedmiotowo istotne elementy mogące wywierać powyższy wpływ na ważność oferty i obiektywną celowość ubiegania się o zamówienie należy uznać te postanowienia umowy, które odnoszą się do zakresu przedmiotowego świadczenia, w tym sposobu jego realizacji, wynagrodzenia oraz terminu. Izba wskazuje w tym miejscu, że nie jest to oczywiście katalog zamknięty, gdyż w określonych sytuacjach wymagana okazać się może indywidualna ocena wpływu zaskarżonego postanowienia umowy na możliwość ubiegania się wykonawcy o zamówienie. Należy również wskazać, iż zarówno opis przedmiotu zamówienia, sposób jego realizacji oraz termin wykonania są tymi elementami, które w sposób bezpośredni przekładają się na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

Nie sposób w tym miejscu pominąć również faktu, iż umowa zawierana jest z jednym wykonawcą i wpływ jej postanowień na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy

uwzględnieniu bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenia oferty i przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia wzoru umowy można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednio lub pośrednio przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Jeżeli do powyższego dochodzi ze względu na formę prawną wykonawcy, jego strukturę organizacyjną, odległość od miejsca świadczenia, doświadczenie, posiadany personel, środki techniczne itp. – a więc ze względu na właściwości samego wykonawcy – nie można mówić o wpływie wymagań przyszłej umowy na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych potencjalnych uczestników postępowania. Tego rodzaju elementy wymagają jedynie większego nakładu środków i pracy celem należytego wykonania zamówienia. Zatem jeżeli dodatkowe wymagania wynikające z umowy, mające znaczenie dla wykonawcy ze względu na jego odmienną sytuację prawną i faktyczną, wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Udział taki może być nieracjonalny ze względów ekonomicznych, który to interes wykonawcy nie jest przedmiotem ochrony w ustawie Pzp.

Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił i środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

W drugiej kolejności Izba biorąc pod uwagę zwarte w odpowiedzi na odwołanie zawartej w piśmie z dnia 22.02.2012 r. oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów wskazuje, iż powyższa czynność wymaga oceny jej znaczenia dla postępowania odwoławczego.

Należy wskazać, iż sama deklaracja i zapowiedź zmiany postanowień SIWZ ma jedynie charakter deklaracyjny i nie należy jej utożsamiać ze zmianą jej postanowień. W tym miejscu Izba w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 79/11, KIO 89/11 oraz KIO 90/11), w którym zostało wskazane, że: „W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd odnoszący się do możliwości uwzględnienia zarzutów odwołania w części wobec faktu, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego, a Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości lub wycofania odwołania przez odwołującego. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zwalnia Izby z obowiązku rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania, w odniesieniu do których nie ziszczyły się przesłanki zawarte w art. 189 ust. 2 Pzp, jeśli nie zostały wycofane przez odwołującego. W konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów kwalifikować należy, jako przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzenia postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone. (...) Wbrew twierdzeniom zamawiającego uwzględnienie zarzutów odwołania ma wpływ na wynik postępowania, niezależnie od rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów wyczerpuje przesłankę wskazaną w art. 192 ust. 2 Pzp – wywiera bezpośredni wpływ na treść sentencji orzeczenia”. Powyższe odnosi skutki również, gdy podtrzymane zarzuty dotyczą opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego powyższe nie stoi na przeszkodzie merytorycznego rozpoznania uwzględnionych zarzutów i uczynienia ich, w przypadku potwierdzenia się ich zasadności, przedmiotem orzeczenia i sentencji. Wynika to z faktu, iż tylko uczynienie przez Zamawiającego zadość żądaniom odwołania przed zamknięciem rozprawy, w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, może mimo stwierdzenia naruszenia przepisów powodować, że nakazywanie zmiany treści SIWZ byłoby działaniem niecelowym.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający zapowiedział jedynie czynność zmiany SIWZ, w tym w odniesieniu do pierwszego uwzględnionego zarzutu zapowiedziana modyfikacja SIWZ nie koreluje z żądaniem Odwołującego. Biorąc pod uwagę treść art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Zamawiający, w ramach uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jest nimi, tj. żądaniami związany – w przeciwieństwie do Krajowej Izby Odwoławczej, która jest związana jedynie zarzutami.

27

Tym samym konieczne okazało się nakazanie Zamawiającemu zmian treści SIWZ. Izba przyjęła ponadto, iż oświadczenie Zamawiającego zwarte w odpowiedzi na odwołanie stanowi dodatkowy argument przemawiający za potwierdzeniem się przedmiotowym zarzutów.

I. Na wstępie należy wskazać, iż stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie informacje odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności mające swój wpływ na przedmiotowo istotne postanowienia umowy (*essentialia negotii*), w tym na zakres przedmiotowy umowy, terminy realizacji oraz wynagrodzenie winny być przez Zamawiającego uzewnętrznione w treści dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ raz załącznikami do niej). Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie powyższego przepisu. Norma wyrażona w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie elementy przedkładające się na sporządzenie i przygotowanie przez wykonawcę oferty w sposób gwarantujący kompleksowe ujęcie przedmiotu świadczenia i jego należytą wycenę.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pominięcia w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 zamówienia (tereny zewnętrzne) danych w odniesieniu do poszczególnych powierzchni objętych przedmiotem zamówienia Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Tym samym Izba uznała, iż w powyższym zakresie nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże powyższy zarzut potwierdził się w odniesieniu do części 1 zamówienia (utrzymanie porządku wewnątrz budynków) w zakresie związanym z brakiem wyodrębnienia przez Zamawiającego powierzchni drewnianych i powierzchni PCV.

Izba stwierdziła, co następuje.

Izba w zakresie powyższego zarzutu ustaliła, iż Zamawiający w dziale VI SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” zawarł następujące postanowienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach oraz utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach – rejon EB-1.
2. Przedmiot zamówienia podzielony został na 2 części:

28

- a) część nr 1 – obejmuje utrzymanie czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach – rejon EB-1,
 - b) część nr 2 – obejmuje utrzymanie terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez KZGM w Katowicach – rejon EB-1.
3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:
- A** Część nr 1 – Świadczenie usług utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach – rejon EB-1:
Zamówienie obejmuje:

- a) obchód i utrzymanie czystości i porządku wewnątrz budynków, tj. do drzwi wyjściowych na zewnątrz włącznie, m.in.: poprzez zamiatanie i usuwanie nieczystości z klatek schodowych, korytarzy, kabin dźwigowych, komór zsypowych, pomieszczeń wspólnego użytku (m.in. strychy, suszarnie, ganki piwniczne),
- b) odkurzanie balustrad z poręczami,
- c) mycie klatek schodowych, korytarzy, kabin dźwigowych, komór zsypowych, pomieszczeń wspólnego użytku (m.in. strychy, suszarnie, ganki piwniczne), okien i parapetów okiennych na klatce schodowej, drzwi wejściowych do klatki, drzwi piwnicznych, balustrad z poręczami,
- d) udrażniania zsypów.

Powierzchnia okien do mycia wynosi: 1904,93 m² (powierzchnia obejmuje mycie dwustronne dla okien nierozkręcanych i czterostronne dla rozkręcanych).

Zamawiający informuje, iż nie ma okien wymagających czyszczenia z użyciem technik alpinistycznych.

Zamawiający informuje, że obecnie w budynkach zarządzanych przez EB-1 nie ma komór zsypowych.

Szczegółowy zakres obowiązków Wykonawcy zawiera załącznik nr 2 do projektu umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) wraz z załącznikami.

Szczegółowy wykaz nieruchomości wchodzących w skład poszczególnych części zamówienia, wraz z określeniem powierzchni do sprzątnięcia znajduje się w załączniku nr 1 do projektu umowy (załącznik nr 9 do SIWZ).

B. Część nr 2 – Świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez KZGM w Katowicach – rejon EB-1:

Zamówienie obejmuje:

- a) codzienny obchód i utrzymanie terenów zewnętrznych, m.in. poprzez codzienne zamiatanie i usuwanie nieczystości z powierzchni chodników, wszelkich dojazdów komunikacyjnych, w tym schodów i pochylni prowadzących do drzwi wejściowych do budynków zarządzanych przez KZGM, podwórze, bram prześwietów, placów zabaw, dróg

29

wewnętrznych, miejsc składowania odpadów, oczyszczania chodników i placów zabaw, dróg wewnętrznych, miejsc składowania odpadów, oczyszczania chodników i placów wykostkowanych z traw i chwastów rosnących pomiędzy kostką, płytami, utrzymanie czystości urządzeń zabawowych i ławek wypoczynkowych (bez napraw i konserwacji) oraz piaskownic – zakup i wymiana piasku przez wykonawcę 3 razy w roku, czyszczenie nawierzchni ulicznych i dróg wewnętrznych, czyszczenie miejsc pod wycieraczkami przed drzwiami wejściowymi do budynków, opróżnianie koszy na śmieci – zebrane zanieczyszczenia (z wyjątkiem liści i skoszonej trawy) usuwane do wskazanych przez zamawiającego kontenerów przynależnych do budynków;

- b) obchód i utrzymanie porządku i czystości terenów zielonych m.in. poprzez sprzątnięcie trawników i innych terenów zielonych z zanieczyszczeń w okresie całorocznym,
- c) w ramach obchodu Wykonawca zobowiązany jest m.in. bezzwłocznie zawiadamiać Zamawiającego o dostrzeżonych uszkodzeniach, awariach oraz zaistniałych zagrożeniach, odpadach i innych gromadzonych wielkogabarytowych nieprawidłowościach;
- d) zagospodarowanie i pielęgnację terenów zielonych m.in. poprzez usuwanie chwastów, spulchnianie miejsc wydeptanych i obsiewanie ich trawą (trawę kupuje wykonawca wg potrzeb – ok. 50kg na rok), okopywanie krawędzi na bieżąco przy chodnikach i drogach wewnętrznych, bieżącą likwidację tzw. samosiejek i samosiewów, pielęgnacja istniejących nasadzeń kwiatów, krzewów ozdobnych i żywopłotów (wraz z ich przycinaniem), podlewanie nowopowstałych nasadzeń roślin ozdobnych przez dwa kolejne okresy wegetacyjne od nasadzenia, nasadzenia zakupionych przez Zamawiającego kwiatów, koszenie trawy przy użyciu kosiarek – 3 razy w roku, przycinanie żywopłotów – 3 razy w roku;
- e) w okresie występowania zimowych warunków atmosferycznych usuwanie, przymywanie śniegu z chodników, dróg wewnętrznych, miejsc składowania odpadów, wszelkich ciągów i dojazdów komunikacyjnych, w tym schodów i pochylni prowadzących do drzwi wejściowych do budynków w sposób nie utrudniający komunikacji oraz nie powodujących zniszczenia istniejącej zieleni, oczyszczanie spływów do studzienek ściekowych ze śniegu i lodu, likwidację gołodzi, skuwanie oblodzeń, posypywanie

piaskiem i solą – dostawa piasku i soli przez Wykonawcę; (uwaga: w przypadku znacznie zwiększonych opadów śniegu, wywóz jego nadmiernych sprzymierzanych ilości może być powierzony Wykonawcy odrębnym zamówieniem).

- f) wykonywanie czynności o których mowa w pkt e) również w godzinach popołudniowych i wieczornych, a w razie potrzeby także w dni ustawowo wolne od pracy, celem zapewnienia bezpieczeństwa w warunkach zimowych;

30

Szczegółowy zakres obowiązków Wykonawcy zawiera załącznik nr 2 do projektu umowy (załącznik nr 9A do SIWZ).

Szczegółowy wykaz nieruchomości wchodzących w skład poszczególnych części zamówienia, wraz z określeniem powierzchni do sprzątnięcia znajduje się w załączniku nr 1 do projektu umowy (załącznik nr 9A do SIWZ).

Na obszarze EB-1 objętym usługą znajdują się :

a) piaskownice:

- przy ul. Szczecińskiej 18a-d – 1 szt. o szacunkowej pojemności 1 m³, -
- przy ul. Ordona 22 – 1 szt. o szacunkowej pojemności 4 m³,
- przy ul. Katowickiej 46c – 1 szt. o szacunkowej pojemności 4 m³, -
- przy ul. Okrzei 1-15 – 1 szt. o szacunkowej pojemności 3 m³,
- przy ul. Broniewskiego 1a – 1 szt. o szacunkowej pojemności 5 m³, -
- przy ul. Broniewskiego 3 – 1 szt. o szacunkowej pojemności 5 m³,
- przy ul. Korfatego 104 – 1 szt. o szacunkowej pojemności 4 m³, -
- przy ul. Modelarskiej 9 – 1 szt. o szacunkowej pojemności 2 m³,
- przy ul. Włakowiczówny 12 – 1 szt. o szacunkowej pojemności 2 m³;

b) place zabaw:

- przy ul. Katowickiej 46c, na którym znajduje się zjeżdżalnia, 2 bujaki sprężynowe, huśtawka konik, huśtawka łańcuchowa i drabinka do wspinania,
- przy ul. Korfatego 104, na którym znajdują się 2 bujaki.

c) żywopłoty – 10524,83 mb;

d) ławki – 115 szt., w tym:

- ławki drewniano-betonowe – 26 szt.; -
- ławki drewniano-metalowe – 87 szt.;
- ławki drewniane – 2 szt.;

e) kosze na śmieci – 15 szt.;

f) szacunkowy metraż nasadzeń do podlewania (wymaga także pielęgnacji) – 810,00 m²;

g) szacunkowa ilość kwiatów do nasadzenia – 2600 szt.

Informacje dodatkowe:

- Zamawiający umożliwi Wykonawcy odpłatnie dostęp do zimnej wody poprzez olicznikowane punkty jej poboru,
- Śmieci powstałe w wyniku realizacji usługi Wykonawca może składować w kontenerach na odpady komunalne, wskazanych przez Zamawiającego, a dostępnych dla mieszkańców danego rejonu,

31

-
- Piasek i sól do posypywania składowane będą w pojemnikach Wykonawcy we wskazanych przez Zamawiającego miejscach,
 - Zamawiający może udostępnić Wykonawcy jedynie pomieszczenia do złożenia narzędzi służących do realizacji usługi. Pomieszczenia te nie nadają się jednak zarówno do przebywania ludzi jak i na szatnie. Udostępnienie tego typu pomieszczeń, jeżeli w danym rejonie będą wolne odbywać się będzie na podstawie umowy najmu, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ. W rejonie EB-1 obecnie nie ma wolnych tego typu pomieszczeń.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający do umowy oświadczenie usług utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach (załącznik nr 9 do SIWZ) przekazał załącznik nr 1 zatytułowany „Zestawienie powierzchni wewnętrznej sprzątniętej w rejonie EB-1” w którym określił alfabetyczny wykaz nieruchomości obejmujący 460 obiektów z podaniem dla każdego obiektu adresu (kolumna nr 2), powierzchni

wewnętrznej o łącznej ilości 10.107,48 m² (kolumna nr 3) oraz powierzchni kwartalnej o łącznej ilości 19.750,25 m² (kolumna nr 4). W odrębnej tabeli zatytułowanej „Zestawienie powierzchni wewnętrznej sprzątej budynków Skarbu Państwa w rejonie EB nr 1” wskazał w kolejności alfabetycznej 3 obiekty z podaniem ich adresu (kolumna nr 2), powierzchni wewnętrznej o łącznej wartości 216,50 m² (kolumna nr 3) oraz powierzchni kwartalnej o łącznej wartości 526,40 m².

Do umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ przekazał również załącznik nr 2 zatytułowany „Zakres obowiązków usługi utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez oddział eksploatacji budynków nr ...” w którego treści określił m.in. następujące wymagania:

I. Czynności do wykonania:

1. Raz dziennie. (za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy):

- obchód, usuwanie nieczystości z klatek schodowych, korytarzy, kabin dźwigowych, komór zsympowych, pomieszczeń wspólnego użytku, zmiatanie od drzwi wejściowych do poziomu parteru włącznie.

2. Raz w tygodniu:

- zmiatanie i mycie klatek schodowych, korytarzy, kabin dźwigowych, komór zsympowych, zmiatanie pomieszczeń wspólnego użytku,

- odkurzanie balustrad z poręczami,

- mycie drzwi wejściowych do klatki.

3. Raz na 3 miesiące:

- mycie okien i parapetów okiennych na klatce schodowej, korytarzach,

- mycie drzwi piwnicznych, strychowych i innych prowadzących do pomieszczenia wspólnego użytku,

32

- mycie balustrad z poręczami,

- mycie pomieszczeń wspólnego użytku.

4. Na bieżąco (jednakże nie częściej niż 2 razy w miesiącu w danym budynku) udrażnianie zsympów po uprzednim zgłoszeniu przez Zamawiającego.

W dalszej kolejności, w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, iż Zamawiający do umowy oświadczenie usług utrzymania terenów zielonych w nieruchomościach zarządzanych przez KZGM w Katowicach (załącznik nr 9A do SIWZ) przekazał załącznik nr 1 zatytułowany „Zestawienie powierzchni zewnętrznej sprzątej w rejonie EB-1” w którym określił alfabetyczny wykaz nieruchomości obejmujący 458 obiektów z podaniem dla każdego obiektu adresu (kolumna nr 2), powierzchni zewnętrznej o łącznej ilości 136.113,05 m² (kolumna nr 3), powierzchni terenów zielonych przeznaczonych do sprzątania o łącznej ilości 180.351,95 m² (kolumna nr 4) oraz powierzchni terenów zielonych przeznaczonych do pielęgnacji o łącznej ilości 179.751,95 m² (kolumna nr 5). W odrębnej tabeli zatytułowanej „Zestawienie powierzchni zewnętrznej sprzątej budynków Skarbu Państwa w rejonie EB nr 1” wskazał w kolejności alfabetycznej 3 obiekty z podaniem ich adresu (kolumna nr 2), powierzchni zewnętrznej o łącznej wartości 868 m² (kolumna nr 3), powierzchni terenów zielonych przeznaczonych do sprzątania o łącznej ilości 417,5 m² (kolumna nr 4) oraz terenów zielonych przeznaczonych do sprzątania o łącznej ilości 417,5 m² (kolumna nr 5).

Do umowy stanowiącej załącznik nr 9A do SIWZ przekazał również załącznik nr 2 zatytułowany „Zakres obowiązków usługi utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez oddział eksploatacji budynków nr ...” w którego treści określił m.in. następujące wymagania:

I. Czynności do wykonania:

1. Raz dziennie:

- zmiatanie i usuwanie nieczystości z powierzchni chodników, wszelkich dojeżdż komunikacyjnych w tym schodów i pochylni prowadzących do drzwi wejściowych budynków zarządzanych przez KZGM, podwórzy, bram, prześwitów, placów zabaw, dróg wewnętrznych, miejsc składowania odpadów,

- usuwanie zanieczyszczeń z piaskownic,

- czyszczenie nawierzchni ulicznych oraz wpustów na drogach wewnętrznych,

- czyszczenie miejsc pod wycieraczkami przed drzwiami wejściowymi do budynków,

- sprzątanie trawników z zanieczyszczeń w okresie całego roku.

2. Na bieżąco wg potrzeb:

- spalanie miejsc wydeptanych i obsiewanie ich trawą do czasu osiągnięcia zamierzonego efektu (trawę kupuje Wykonawca), nasadzenia zakupionych przez Zamawiającego kwiatów – w okresie od 01 marca do 31 sierpnia,

33

- usuwanie chwastów, odchwaszczanie – okopywanie krawędzi przy chodnikach i drogach wewnętrznych, likwidacja tzw. samosiejek (drzew i krzewów), oczyszczanie chodników i placów wykostkowanych z traw i chwastów rosnących pomiędzy kostką, płytami – w okresie od 01 marca do 30 listopada,

- grabienie, zbieranie liści do worków (bez zbędnej zwłoki), ich wywóz sprzętem wykonawcy (do 3 dni od zebrania liści) i utylizacja,

- pielęgnacja istniejących nasadzeń kwiatów, krzewów ozdobnych i żywopłotowych – w okresie od 01 marca do 30 listopada; podlewanie nowopowstałych nasadzeń roślin ozdobnych przez dwa kolejne okresy wegetacyjne od nasadzenia,

- opróżnianie koszy na śmieci – zebrane zanieczyszczenia (za wyjątkiem liści, skoszonych trawy o obciętych żywopłotów) usuwanie do wskazanych przez Zamawiającego kontenerów przynależnych do danych nieruchomości,

- utrzymanie w czystości urządzeń zabawowych i ławek wypoczynkowych (bez naprawy i konserwacji).

3. W okresie występowania zimowych warunków atmosferycznych:

- usuwanie (przymywanie) śniegu z chodników i dróg wewnętrznych, miejsc składowania odpadów, wszelkich ciągów i dojazdów komunikacyjnych, w tym schodów wejściowych i pochylni prowadzących do drzwi wejściowych budynków w sposób nie utrudniający komunikacji oraz nie powodujący zniszczenia istniejącej zieleni,

- oczyszczanie spływów do studzienek ściekowych ze śniegu i lodu,

- w odniesieniu do ciągów komunikacyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem ciągów pieszych – likwidacja gołoledzi, skuwanie oblodzeń, posypywanie piaskiem i solą (dostawa piasku i soli przez Wykonawcę). Zamawiający nie dopuszcza posypywania solą ciągów komunikacyjnych przylegających bezpośrednio do terenów zielonych.

W przypadku pogorszenia się warunków atmosferycznych, które mogą spowodować utrudnienia w poruszaniu się szlakami komunikacyjnymi, wykonawca zobowiązany jest na bieżąco, w tym samym dniu w godzinach popołudniowych lub wieczornych (a w razie potrzeby także w dniu ustawowo wolne od pracy), do wykonania powyższych czynności, celem zapewnienia bezpieczeństwa w warunkach zimowych.

4. Trzy razy w roku:

- koszenie trawników przy użyciu kosiarek, a wykaszarkami jedynie przy drzewach, krzewach, krawężnikach, murach i ogrodzeniach (w okresie od 01 maja do 30 czerwca) zgodnie ze sztuką ogrodniczą, zgrabianie, przymywanie, załadowanie skoszonej trawy (bez zbędnej zwłoki), jej wywóz (do 3 dni od dnia zebrania worków lub sprzymowania) i utylizacja,

- przycinanie żywopłotów zgodnie ze sztuką ogrodniczą i uprzątnięcie terenu (w okresie od 01 maja do 30 września),

34

- wymiana piasku w piaskownicach (w okresie od 01 kwietnia do 30 września) piasek o właściwej granulacji, posiadający atest Państwowego Zakładu Higieny zakupuje wykonawca.

Izba ustaliła, ponadto, iż w odniesieniu do zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający w piśmie z dnia 22.02.,2012 r., zawierającym odpowiedź na odwołanie, wskazał, iż w dniu 11.02.2012 r. r. wpłynęło do Zamawiającego odwołanie wniesione przez Henryka Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX SYSTEM z siedzibą w Katowicach przy ul. Łętowskiego 20. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w szczególności naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w ustawie pzp poprzez niedookreślenie powierzchni drewnianych w związku z postawionym wymogiem użycia odmiennych środków czyszczących dla powierzchni PCV i innych dla drewnianych oraz podniósł zarzut niezgodnego z przepisami opisanego sposobu dokonania oceny spełnienia warunków określonych w art.22 ust. 1 pzp. Zamawiający uznaje wyżej określone zarzuty oraz oświadcza, że wprowadzi zmiany w SIWZ poprzez skreślenie w załączniku nr 2 do umowy "Zakres obowiązków usługi..." w pkt I ust. 5 części zdania: "do

powierzchni PCV - emulsje antypoślizgowe, a do powierzchni drewnianych środki konserwujące drewno". Bez zmian pozostanie zdanie w pozostałym zakresie, tj.: "Do powierzchni mocno zabrudzonych należy używać środki posiadające atest PIS."

Izba zważyła, co następuje.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu i biorąc pod uwagę argumenty wskazane przez Odwołującego ustalenia wymaga fakt, czy Zamawiający w odniesieniu do powierzchni, których uszczegółowienia żąda Odwołujący różnicuje czynności w ramach realizacji usługi. W ramach żądania Zamawiający wniósł o „Właściwe i precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia poprzez określenie wielkości: powierzchni klatek schodowych, korytarzy, kabin dźwigowych, pomieszczeń wspólnego użytku, powierzchni okien z podziałem na okna rozkręcane i nierozkręcane bądź podanie ilości okien rozkręcanych i nierozkręcanych, ilości drzwi do mycia (piwnicznych, strychowych i innych prowadzących do pomieszczeń wspólnego użytku), powierzchni drewnianych, powierzchni PCV oraz w zakresie terenów zewnętrznych powierzchni chodników, powierzchni wewnętrznych dróg osiedlowych i powierzchni placów”.

1. Odwołujący wskazał w tym zakresie, iż dla części 1 zamówienia (utrzymanie czystości w budynkach) tak opisany przedmiot zamówienia, bez określenia poszczególnych powierzchni pomieszczeń i elementów do sprzątania przy różnym zakresie i częstotliwości wykonywania usługi powoduje brak możliwości rzetelnej kalkulacji ceny oferty. Odwołujący podniósł, iż

35

przedmiotem domysłów może być okoliczność, które powierzchnie i w jakiej wielkości zostały wliczone do poszczególnych kategorii powierzchni wskazanych w kolumnie 3 i 4 załącznika nr 1 do umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ oraz, czy powierzchnie okien wskazane w Rozdziale VI pkt 3A SIWZ zaliczono do powierzchni wewnętrznej, czy kwartalnej wskazanej w załączniku nr 1 do umowy, czy w ogóle jej w tych powierzchniach nie uwzględniono. Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający nie zawarł informacji jaką powierzchnię stanowią okna rozkręcane ani nie podał ich ilości. W jego ocenie bowiem konieczność rozkręcania okien wpływa znacząco na zwiększenie nakładów pracy. Podniósł również, iż pomimo ujęcia w rozdziale I pkt 5 załącznika nr 2 do umowy dla części nr 1 odmiennych wymagań, co do zastosowania środków czyszczących dla powierzchni PCV i powierzchni drewnianych Zamawiający nie podał metrażu poszczególnych powierzchni, tj. powierzchni PCV i powierzchni drewnianych.

Izba wskazuje na wstępie, iż zawarte w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22.02.2012 r. uwzględnienie zarzutu odnoszącego się do niedookreślenia powierzchni wewnętrznych odnosi się tylko w części do jego podstawy faktycznej (powierzchnie drewniane i PCV) oraz całkowicie nie koreluje z żądaniem sformułowanym przez Odwołującego. Odwołujący w ramach żądania wniósł bowiem o podanie powierzchni poszczególnych pomieszczeń, w tym dookreślenie powierzchni PCV oraz powierzchni drewnianych, zaś Zamawiający zapowiedział w tej materii usunięcie z załącznika nr 2 do umowy „Zakres obowiązków usługi ...” w pkt I ust. 5 następującego zapisu: „do powierzchni PCV – emulsje antypoślizgowe, a do powierzchni drewnianych środki konserwujące drewno”. Nie sposób zatem uznać, iż doszło w tej materii do uwzględnienia zarzutu przez Zamawiającego. Tym samym jego podtrzymanie przez Odwołującego w toku rozprawy należy uznać za w pełni uzasadnione. Ponadto należy w tym miejscu wskazać, iż uwzględnienie tego zarzutu w części i zapowiedź zmiany, w ocenie Izby, tylko potwierdza jego zasadność w odniesieniu do braku wyszczególnienia powierzchni drewnianych i powierzchni PCV. W tym przedmiocie uznać należy, iż rozróżnienie przewidzianych przez Zamawiającego do utrzymania czystości środków dla powierzchni wykonanych z różnych materiałów (drewno oraz PCV) uzasadnia żądanie ich doprecyzowania.

Izba podzieliła w tym zakresie pogląd Odwołującego, iż brak określenia powierzchni poszczególnych elementów zamówienia przy różnym zakresie i sposobie wykonywania usług powoduje brak możliwości rzetelnej kalkulacji ceny oferty. W ocenie Izby dane te nie tylko mogą ale mają wpływ na prawidłowe sporządzenie oferty, której istotny element stanowi cena. Jak wskazał Odwołujący, w odniesieniu do części nr 1 zamówienia, brak szczegółowego wskazania powierzchni z dookreśleniem ich rodzaju (powierzchnie drewniane, powierzchnie PCV) przekłada się nie tylko na nakład pracy potrzebny do wykonania tak zróżnicowanych czynności ale również na stosowane do ich realizacji środki i

narzędzia. Jeżeli różne rodzaje powierzchni (wewnętrzne – drewniane, PCV) wymagają odmiennego nakładu pracy i środków to opis przedmiotu zamówienia winien zawierać informacje umożliwiające sporządzenie kalkulacji z uwzględnieniem powyższych różnic. W tym miejscu Izba za słuszne uznała założenie Odwołującego, iż w zakresie części 1 postawienie odmiennych wymogów co do zastosowanych środków uzasadnia konieczność wskazania powierzchni uwzględniającej ten fakt.

Tym samym, przy uwzględnieniu treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, należy wskazać, iż opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie informacje mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba w całości uwzględniła żądanie Odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu i nakazała Zamawiającemu modyfikację SIWZ poprzez określenie wielkości powierzchni drewnianych i PCV. Izba przy uwzględnieniu powyższego żądania pominęła w całości zapowiedziana przez Zamawiającego zmianę SIWZ, która nie koresponduje ze sformułowanym w odwołaniu żądaniem.

Wobec powyższego należy uznać, iż brak takiej informacji powoduje, iż w ramach niniejszego postępowania doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp na skutek nieprecyzyjnego dokonania opisu przedmiotu zamówienia.

W oparciu o dokumentację postępowania Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w odniesieniu do pozostałych czynności związanych z utrzymaniem porządku w budynkach, tj. czynności obejmujących utrzymanie czystości klatek schodowych, korytarzy, kabin dźwigowych, komór zsypowych, pomieszczeń wspólnego użytku określił dla nich w pkt I.1. oraz I.2. załącznika nr 2 do umowy na utrzymanie czystości wewnątrz budynków (załącznik nr 9 do SIWZ) czynności codzienne oraz wykonywane raz w tygodniu nie różnicując ich ze względu na poszczególne pomieszczenia. Tym samym dla wszystkich pomieszczeń, objętych żądaniem Odwołującego, przewidział raz dziennie obchód, usuwanie nieczystości oraz z częstotliwością raz w tygodniu czynności zamywania, mycia oraz odkurzania balustrad z poręczami. Oznacza to, że wszystkie te pomieszczenia objęte zostały analogicznymi czynnościami porządkowymi. W tym zakresie, biorąc pod uwagę strukturę zestawienia powierzchni wewnętrznej sprzątej w rejonie EB nr 1 (załącznik nr 1 do umowy), do powyższych czynności należy odnieść dane z kolumny nr 3 zatytułowanej „powierzchnia wewnętrzna”. Odrębnie Zamawiający określił czynności wykonywane raz na trzy miesiące (kwartalnie), które jak wynika z pkt I.3. załącznika nr 2 do umowy, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, obejmują mycie okien i parapetów okiennych na klatce schodowej i korytarzach, mycie drzwi piwnicznych, strychowych i innych prowadzących do pomieszczeń wspólnego użytku, mycie balustrad z poręczami oraz mycie pomieszczeń wspólnego użytku dla których zastosowanie ma, zgodnie ze strukturą zestawienia powierzchni wewnętrznej sprzątej w

rejonie EB nr 1 (załącznik nr 1 do umowy) kolumna nr 4 zatytułowana „powierzchnia kwartalna”. Tym samym Izba nie doszukała się w argumentacji Odwołującego oraz w dokumentacji postępowania podstawy do wyodrębnienia powierzchni poszczególnych pomieszczeń.

Biorąc pod uwagę żądanie Odwołującego dotyczące wskazania drzwi do mycia dla poszczególnych pomieszczeń należy wskazać, iż załącznik nr 2 do umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ raz w tygodniu obejmuje czynnością mycia drzwi wejściowe do klatki wraz z jednoczesnym myciem klatek schodowych, dla której to czynności zastosowanie ma kolumna nr 3 zestawienia powierzchni wewnętrznej sprzątej w rejonie EB nr 1 (załącznik nr 1 do umowy) zatytułowana „powierzchnia wewnętrzna”. Jednocześnie raz na 3 miesiące (pkt I.3. załącznika nr 2 do umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ) czynnością kwartalną, z odrębną ustaloną powierzchnią, objęte są pozostałe drzwi (piwniczne, strychowe i inne prowadzące do pomieszczeń wspólnego użytku), bez drzwi wejściowych do klatki. Tym samym Izba uznała, iż powyższe żądanie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia wobec ustalenia przez Zamawiającego odrębnej wartości powierzchni dla czynności kwartalnych.

Nie zasługuje również na uwzględnienie, ze względu na marginalny wpływ na wielkość nakładów pracy, uwzględnienie zarzutu i żądania związanego z brakiem wyodrębnienia powierzchniowej ilości okien rozkręcanych i nierozkręcanych. W tym

zakresie Izba nie podzieliła argumentu Odwołującego, że konieczność rozkręcania okien wpływa znacząco na zwiększenie wielkości nakładów pracy potrzebnych ze strony wykonawcy na każdorazowe wykonanie usługi mycia okien. Biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe nie sposób uznać, iż czynność rozkręcania okien wymaga specjalnych nakładów pracy wymagających precyzowania i ujmowania jej jako odrębnej czynności celem należytego określenia opisu przedmiotu zamówienia i prawidłowej jej wyceny. Przy uwzględnieniu charakteru przedmiotowej usługi stopień uszczegółowienia zakresu przedmiotowego winien umożliwiać należyte sporządzenie oferty i prawidłową wycenę poszczególnych czynności, co jednak nie może prowadzić do zachwiania granicy pomiędzy obowiązkiem Zamawiającego w tym zakresie a racjonalnością tego obowiązku. W tym wypadku bowiem granicę uszczegółowienia przedmiotu zamówienia określają nie tylko potrzeby wykonawców, ale również realne możliwości Zamawiającego.

Jedynie na marginesie Izba pragnie wskazać, w odniesieniu do podniesionych w treści odwołania przez Odwołującego wątpliwości, iż struktura tabeli zatytułowanej „Zestawienie powierzchni wewnętrznej sprzątej w rejonie EB nr 1” (załącznik nr 1 do umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ) wskazuje, że jeżeli czynność mycia okien, zgodnie z pkt I.3. załącznika nr 2 do umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, została przewidziana z częstotliwością raz na 3 miesiące to ujęcie powierzchni okien należy odnieść do kolumny powierzchni kwartalnych (kolumna nr 4) wspomnianego wyżej załącznika nr 1.

38

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż brak określenia wielkości powierzchni drewnianych i PCV, ze względu na przewidziany przez Zamawiającego odmienny sposób ich konserwacji powoduje, iż doszło do naruszenia w ramach niniejszego postępowania art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie dopatrzyła się jednak w powyższym zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nie próbował wykazać wpływu zaniechań Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia na uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Do naruszenia powyższych norm prawnych nie jest wystarczające wykazanie nieprecyzyjnego oraz niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia ale konieczne jest jednocześnie wykazanie dalszych konsekwencji takich uchybień, tj. ich ewentualnego wpływu na uczciwą konkurencję i nierówną pozycję wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej lub prawnej.

2. W odniesieniu do powierzchni terenów zewnętrznych (część nr 2 zamówienia) Odwołujący argumentował, że Zamawiający podając łączną powierzchnię zewnętrzną na którą składają się chodniki, drogi wewnętrzne osiedlowe oraz place utwardzone nie podał poszczególnych powierzchni dla tych elementów, dla których utrzymania, w jego ocenie, zastosowanie mają odmienne rodzaje sprzętu oraz odmienny charakter czynności. Z dokumentu zatytułowanego „Zestawienie powierzchni zewnętrznej sprzątej w rejonie EB nr 1” wynika, iż Zamawiający dla każdej nieruchomości wskazał następujące dane: powierzchnia zewnętrzna, tereny zielone – sprzątania oraz tereny zielone – pielęgnacja. W odrębnej tabeli zawarł zestawienie powierzchni zewnętrznej sprzątej dla budynków Skarbu Państwa w rejonie EB nr 1 z analogicznym podziałem poszczególnych powierzchni.

W tym zakresie w odwołaniu Odwołujący przywołał pkt I.3. załącznika nr 2 do umowy na usługi utrzymania terenów zewnętrznych, stanowiącej załącznik nr 9A do SIWZ. Analiza powyższego zapisu pozwala uznać, iż Zamawiający nie różnicuje sposobu utrzymania czystości na terenach, dla których podania szczegółowych powierzchni Odwołujący żąda. Takich wniosków nie sposób również wyprowadzić z pozostałych punktów tego załącznika. Z pkt I.1. załącznika nr 2 do umowy, stanowiącej załącznik nr 9A do SIWZ, wynika, iż poszczególne czynności porządkowe odnoszą się w tym samym stopniu do chodników, wszelkich dojazdów komunikacyjnych, podwórzy bram, prześwitów, jak również do dróg wewnętrznych, których wyodrębnienia i dla których dookreślenia powierzchni Odwołujący żąda. Taka sama sytuacja ma miejsce w odniesieniu do czynności w okresie zimowych warunków atmosferycznych określonych w pkt I.3. załącznika nr 2 do umowy stanowiącej załącznik nr 9A do SIWZ – przywołanym przez Odwołującego w treści odwołania. W okresie zimowym Zamawiający bowiem żąda usuwania (przymowania) śniegu z chodników i dróg wewnętrznych, wszelkich ciągów i dojazdów komunikacyjnych – zatem określa identyczny standard utrzymania dla tych terenów. W dalszej części tego punktu wymaga, w odniesieniu

39

do ciągów komunikacyjnych – a więc chodników oraz dróg wewnętrznych, likwidacji gołoledzi, skuwania obłodzeń, posypywania piaskiem i solą. W punkcie tym jedynie zwraca uwagę, że czynności te winny być wykonane ze szczególnym uwzględnieniem ciągów pieszych – co jest wymogiem w pełni zrozumiałym i nie powodującym zróżnicowania tych czynności w odniesieniu do dróg wewnętrznych. Zamawiający w zakresie ciągów pieszych i dróg wewnętrznych nie wskazuje na odmienne techniki ich utrzymania, jak również nie wskazuje na odmienną sprzęt do dokonania tych czynności. Izba w tym miejscu, w odniesieniu do argumentacji podniesionej w odwołaniu i w toku rozprawy przez Odwołującego wskazuje, że jeżeli Odwołujący przewiduje odmienne techniki usuwania śniegu, bądź zanieczyszczeń z chodników, dróg wewnętrznych i powierzchni placów to okoliczność ta jest wynikiem jego własnej organizacji wykonania usługi, nie zaś wymogiem narzuconym przez Zamawiającego.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek braku uszczegółowienia w ramach zadania nr 2 powierzchni z rozbiciem na chodniki, powierzchnie wewnętrznych dróg osiedlowych oraz placów.

W zakresie oddalonych przez Izbę zarzutów odnoszących się do braku uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu ogólnych wywodów poczynionych we wstępie uzasadnienia oraz szczegółowego rozpoznania poszczególnych zarzutów, należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał faktu, iż zaniechania Zamawiającego w tym przedmiocie uniemożliwiają realizację zamówienia, jego wycenę i tym samym że przekładają się one na niemożność złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty.

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego przewidzianej przez Zamawiającego możliwości zmniejszenia ilości i powierzchni nieruchomości w trakcie toczącego się postępowania, także przed jego rozpoczęciem Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów w tym zakresie. W powyższym zakresie Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 5 oraz art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasad swobody umów w kwestii kształtowania obowiązków i uprawnień zarówno wykonawcy jak i zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje.

40

W zakresie powyższego zarzutu ustaliła, iż Zamawiający w dziale VI SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” zawarł następujące postanowienia: „UWAGA!!! możliwość ilości i powierzchni Zamawiający zastrzega zmniejszenia nieruchomości w trakcie toczącego się postępowania, także przed jego rozpoczęciem. Przewidywane zmiana wynika z faktu toczących się rozmów nt. wydzierżawienia części terenów objętych niniejszą usługą innym podmiotom. Na dzień wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, czy zmiany w ogóle nastąpią, a także w jakim zakresie, gdyż ostateczna decyzja w tym zakresie zależy od osób trzecich. Jeśli zmiany nastąpią, oznaczać to będzie rezygnację ze świadczenia usług na wydzierżawionych terenach. Poniżej Zamawiający podaje adresy przedmiotowych nieruchomości, w stosunku do których toczą się rozmowy oraz możliwe zakresy zmian:

- ul. Broniewskiego 15-17 w następującym zakresie możliwych zmian: Zmniejszenie powierzchni objętej usługą o maksymalnie 630,00 m². Zmniejszenie może dotyczyć zarówno powierzchni zewnętrznej, jak i powierzchni terenów zielonych lub obu rodzajów powierzchni – na dzień wszczęcia postępowania brak możliwości określenia proporcji w jakich powierzchnie się zmieniają. Możliwe zmniejszenie ilości żywopłotów do przycinania o maksymalnie 49 mb.;

- ul. Broniewskiego 18 w następującym zakresie możliwych zmian: Zmniejszenie powierzchni objętej usługą o maksymalnie 255,00m². Zmniejszenie może dotyczyć zarówno powierzchni zewnętrznej, jak i powierzchni terenów zielonych lub obydwu rodzajów powierzchni – na dzień ogłoszenia przetargu brak możliwości określenia proporcji w jakich powierzchnie się zmieniają

Powyższa zmiana nie wyklucza możliwości zaistnienia innych zmian w ilości i powierzchni nieruchomości objętych usługą, w trakcie obowiązywania umowy wynikającej z § 12 ust. 3-4 projektu umowy.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 9 i 9A do SIWZ (projekt umowy) wskazał w § 12 w ust. 2, iż: „Zamawiający w trakcie realizacji umowy uprawniony jest do skorygowania poprzez zmniejszenie ilości nieruchomości, a także wielkości powierzchni nieruchomości, dla których świadczone są usługi objęte niniejszą umową. W § 12 ust. 3 wskazał, że: „Zmiana określona w ust. 3 może nastąpić w szczególności w następujących przypadkach:

- a) przejęcia, sprzedaży lub przekazania nieruchomości;
- b) remontu, przebudowy budynku/nieruchomości;
- c) podziałów działek gruntowych, ujawnienia w księgach wieczystych lub w wykazie ewidencji gruntów Zamawiającego jako władającego;
- d) przeprowadzenia kontrolnych pomiarów;
- e) zmian w strukturze organizacyjnej Zamawiającego.

41

Izba zważyła, co następuje.

Izba wskazuje na wstępie, iż dane dotyczące zakresu przedmiotu zamówienia stanowią, obok terminu oraz ceny, elementy istotne przyszłej umowy i tym samym wpływają na kształt oferty i sposób jej sporządzenia. Wykonawca przy określonym gwarantowanym zakresie przedmiotowym może w sposób należyty skalkulować cenę oferty. Jest to bowiem informacja istotna dla sporządzenia oferty i przekłada się na kalkulację ceny ofertowej i ewentualnych ryzyk związanych z ograniczeniem przedmiotu zamówienia.

W niniejszych okolicznościach Odwołujący nie żąda jednak określenia przez Zamawiającego gwarantowanego zakresu, lecz swoje żądanie koncentruje na prawie do odstąpienia od umowy w przypadku zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy o więcej niż 30% na skutek kolejnych zmniejszeń powierzchni. Ponadto wskazuje, iż drastyczne zmniejszenie przedmiotu zamówienia może spowodować rażąco wysoką stratę po stronie wykonawcy.

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy należy wskazać, iż Zamawiający możliwość zmiany w Rozdziale VI zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” odniósł do nieruchomości znajdującej się przy ulicy Broniewskiego 15-17 o powierzchni 630 m² oraz nieruchomości znajdującej się przy ulicy Broniewskiego 18 o powierzchni 255 m². Biorąc pod uwagę całkowity zakres zamówienia obejmujący 460 nieruchomości zmiana ta ma marginalne znaczenie dla całego zakresu przedmiotowego. Choć Zamawiający dopuszcza również zmniejszenie zakresu ilościowego w § 12 ust. 3 i 4 projektu umowy oraz w Rozdziale VI SIWZ to uznać należy, iż wskazane tam okoliczności mają charakter uzasadniony.

Należy przyjąć, iż dopuszczenie tego rodzaju możliwości, tj. zmniejszenia ilości i powierzchni objętej usługą sprzątania, stanowi realizację uprawnienia Zamawiającego wynikającego z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność została bowiem przewidziana przez Zamawiającego w treści SIWZ przy określeniu warunków takiej zmiany.

Biorąc pod uwagę powyższe uprawnienie Zamawiającego, wynikające z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, należy wskazać, iż ma ono swój bezpośredni wpływ na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli bowiem Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ i określa warunki takiej zmiany ten fakt ma istotny wpływ na udział wykonawcy w postępowaniu lub kalkulację przez wykonawcę ceny ofertowej. Gwarantowany do realizacji zakres przekłada się na pewność wykonawcy co do intratności ekonomicznej zamówienia. Brak takiej gwarancji stanowi ryzyko wykonawcy, które może on uwzględnić w ramach kalkulacji ceny ofertowej.

W tym miejscu Izba wskazuje na orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku

42

obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na

gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

W powyższego wyroku wynika również, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie. Ponadto należy wskazać, iż powszechną praktyką w tego rodzaju usługach jest stosowanie rozliczenia powykonawczego z możliwością ograniczenia zakresu przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z § 6 wzoru umowy Zamawiający w przypadku niewykonania określonych czynności przewiduje odpowiednie zmniejszenie wynagrodzenia w oparciu o ujednoliconą wartość stawki.

Izba wskazuje ponadto na ekonomiczne znaczenie postanowień umowy. Jeżeli bowiem postanowienia umowy łagodzą konsekwencje ryzyk związanych z jej realizacją to wykonawca nie musi ich ujmować w cenie oferty. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień łagodzących określone ryzyka zamawiający musi się liczyć z tym, iż zostaną one wkalkulowane w zaferowaną przez wykonawcę cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Wówczas zamawiający płaci za ryzyko uwzględnione przez wykonawcę. Celowe jest również wskazanie, iż Zamawiający w ramach niniejszego postępowania wprowadził w Rozdziale IVB pkt 9 SIWZ mechanizm zabezpieczenia wykonawcy przed ewentualnymi nierównomiernymi zmianami dwóch rodzajów powierzchni w sytuacji nierównomiernego kształtowania się kosztów wykonawcy dla ich utrzymania.

43

Należy również wskazać, iż argument Odwołującego odnoszący się do braku możliwości wypowiedzenia przedmiotowej umowy nie znajduje potwierdzenia. Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są bowiem usługi. Na mocy 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W tym miejscu należy podnieść, iż na mocy art. 750 ustawy Kodeks cywilny „Do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu”. Zgodnie z art. 746 § 2 ustawy Kodeks cywilny przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Jednakże gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę. W tym miejscu jednak należy wskazać, iż wiedza Odwołującego się wykonawcy o możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotowego i zakresie tej zmiany już na etapie ubiegania się o zamówienia publiczne może stanowić przesłankę do odpowiedzialności odszkodowawczej. Kwestia, czy taka okoliczność stanowi ważny powód w rozumieniu art. 746 § 2 ustawy Kodeks cywilny jest kwestią podlegającą ocenie. Na możliwość odstąpienia przez wykonawcę od umowy wskazuje ponadto § 10 ust. 4 wzoru umowy (załącznik nr 9 i 9A do SIWZ). Taką możliwość, w określonych okolicznościach, daje również art. 357¹ ustawy Kodeks cywilny.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w treści odwołania przepisów na skutek dopuszczenia możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotowego zamówienia.

III. W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia przez Zamawiającego uznaniowości i dowolności co do ewentualnej decyzji o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy Izba uznała, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, iż zgodnie z rozdziałem IV pkt A.5 SIWZ (część nr 1) „Stawka ujednoczona w trakcie realizacji umowy może za zgodą Zamawiającego ulec jeden raz w roku waloryzacji o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych określony przez GUS na zasadach określonych w § 6 ust. 6 projektu umowy (załącznik nr 9 do SIWZ). Waloryzacja nastąpić może nie wcześniej niż po dwóch latach od zawarcia umowy.

W zakresie części nr 2 kwestię związaną z waloryzacją wynagrodzenia Zmawiający określił w rozdziale IV pkt B.6 wskazując, że: „Stawki za poszczególne rodzaje powierzchni, a co za tym idzie stawka ujednoczona, w trakcie realizacji umowy mogą za zgodą Zamawiającego

44

ulec jeden raz w roku waloryzacji o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych określonych przez GUS na zasadach określonych w § 6 ust. 7 projektu umowy (załącznik nr 9A do SIWZ). Waloryzacja nastąpić może nie wcześniej niż po dwóch latach od zawarcia umowy”.

Powyższe szczegółowo określają projekty umów na poszczególne części przedmiotu zamówienia, tj. § 6 ust. 6 załącznika nr 9 do SIWZ (umowa o świadczenie usługi utrzymania czystości i porządku w budynkach zarządzanych przez KZGM w Katowicach) dla części nr 1, który stanowi, że: „Zamawiający dopuszcza możliwość jeden raz w roku waloryzacji ceny o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych określony przez GUS, jednak pierwsza waloryzacja nastąpić może nie wcześniej niż po dwóch latach od daty zawarcia umowy, pod warunkiem wyrażenia na nią zgody przez Zamawiającego. Waloryzacja, jeżeli nastąpi, polegać będzie na waloryzacji stawki ujednoczonej, o której mowa w ust. 1 o sumę wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za lata poprzednie (pierwsza waloryzacja) stawek za poszczególne rodzaje powierzchni, o których mowa w ust. 1 pkt. a i b, a co za tym idzie waloryzacji stawki ujednoczonej, o której mowa w ust. 1 i 2 poprzez jej ponowne wyliczenie na dzień waloryzacji. W przypadku kolejnej waloryzacji nastąpi ona w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni. Planowana waloryzacja wymaga pisemnego wniosku złożonego Zamawiającemu przez Wykonawcę, z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem na koniec miesiąca kalendarzowego oraz wymaga sporządzenia aneksu do umowy w zakresie zapisów § 6 ust. 1-2”.

Izba ustaliła, iż niemal analogiczny zapis znajduje się w § 6 ust. 7 załącznika nr 9A do SIWZ (umowa o świadczenie usługi utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez KZGM w Katowicach) dla części nr 2 przedmiotu zamówienia, który stanowi, że: „Zamawiający dopuszcza możliwość jeden raz w roku waloryzacji ceny o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych określony przez GUS, jednak pierwsza waloryzacja nastąpić może nie wcześniej niż po dwóch latach od daty zawarcia umowy, pod warunkiem wyrażenia na nią zgody przez Zamawiającego. Waloryzacja, jeżeli nastąpi, polegać będzie na waloryzacji, o sumę wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za lata poprzednie (pierwsza waloryzacja) stawek za poszczególne rodzaje powierzchni, o których mowa w ust. 1 pkt. a i b, a co za tym idzie waloryzacji stawki ujednoczonej, o której mowa w ust. 1 i 2 poprzez jej ponowne wyliczenie na dzień waloryzacji. W przypadku kolejnej waloryzacji nastąpi ona w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni. Planowana waloryzacja wymaga pisemnego wniosku złożonego Zamawiającemu przez Wykonawcę, z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem na koniec miesiąca kalendarzowego oraz wymaga sporządzenia aneksu do umowy w zakresie zapisów § 6 ust. 1-3”.

Izba zważyła, co następuje.

45

Po pierwsze należy wskazać, iż waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji umowy nie jest obowiązkiem Zamawiającego, nie stanowi ona również czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Wprowadzenie możliwości zastosowania takiego mechanizmu jest elementem łagodzenia przez Zamawiającego skutków ewentualnego wzrostu cen przekładającego się na ekonomiczną opłacalność realizacji zobowiązania przez wykonawcę. Mechanizm przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia został określony w § 6 ust. 6 wzoru umowy (załącznik nr 9 oraz 9A do SIWZ) i stanowi on realizację uprawnienia Zamawiającego w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż waloryzacja może nastąpić na pisemny wniosek wykonawcy,

który wymaga zgody Zamawiającego. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, iż zgoda taka będzie uzależniona od jego zdolności finansowej i ewentualnej zgody na zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy organu założycielskiego, którym jest Gmina Miasta Katowice.

Jak słusznie zauważył Zamawiający w toku rozprawy Odwołujący może wystąpić do sądu w zakresie podwyższenia wynagrodzenia, przy spełnieniu przesłanek ustawowych. W tym miejscu Izba wskazuje, iż możliwość taką, w określonych okolicznościach daje instytucja *rebus sic stantibus*, uregulowana w art. 357¹ ustawy Kodeks cywilny umożliwiająca w przypadku nadzwyczajnej zmiany okoliczności, grożących jednej ze stron nadmierną stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, wystąpienie z powództwem do sądu, który może orzec m.in. o wysokości świadczenia.

Biorąc jednakże pod uwagę zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy zważyć należy, iż przepis ten odnosi się do czynności przedsięwziętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skutkujących dostępem wykonawców do zamówienia. Nie sposób powiązać naruszenia normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie ze wskazanymi przez Odwołującego okolicznościami faktycznymi. Wszakże zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego na mocy art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jest instytucją odnoszącą się do etapu realizacji świadczenia.

W odniesieniu do uzależnienia możliwości waloryzacji wynagrodzenia od zgody Zamawiającego nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem nie sprecyzował na czym naruszenie powyższego przepisu polega, jak również nie wskazał dowodów na potwierdzenie jego naruszenia. Nie sposób założyć, iż okoliczność ta w sposób bezpośredni przekłada się na zakres świadczenia wykonawcy lub na sposób przygotowania przez wykonawcę oferty. Wszakże przedmiotem realizacji jest określona usługa i to do jej opisu odnosi się norma wyrażona w art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Klauzula waloryzacyjna przewidująca możliwość zwiększenia wynagrodzenia na określonym etapie realizacji umowy nie stanowi *essentialia negotii* przedmiotowego zobowiązania. Wpływa ona jedynie na wynagrodzenie i to w warunkach gdy wykonawca wystąpi z takim wnioskiem i nastąpi jego akceptacja przez Zamawiającego.

46

Choć dopuszczalność waloryzacji wynagrodzenia zmniejsza w istotny sposób ryzyko kontraktowe, jest ona jednak narzędziem fakultatywnym zmniejszania takiego ryzyka i nie sposób z jego braku lub uzależnienia zastosowania od woli Zamawiającego uczynić zarzutu temu ostatniemu. Brak jest w istocie przepisu, którego naruszenie można zarzucić Zamawiającemu w przypadku takiego sformułowania postanowień umowy.

W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców: Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Tym samym Izba uznała, iż uzależnienie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w toku realizacji umowy od zgody Zamawiającego nie stanowi naruszenia wskazanych w treści odwołania przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

IV. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 45 ust. 4 ustawy Pzp poprzez określenie wartości wadium ponad wskazany w ustawie próg 3% Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale V SIWZ zatytułowanym „Wadium” określił następujące wymagania: „Każdy wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium zgodnie z art.

45 ustawy Pzp w wysokości:

a) dla części nr 1: 8.500,00 zł;

b) dla części nr 2: 65.000,00 zł.

Zamawiający wskazał ponadto, iż Zamawiający zaleca, aby wpłatę wadium na każdą z części dokonać oddzielnie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający nie wskazał w protokole postępowania (druk ZP-PN) szacunkowej wartości postępowania. Ponadto w toku rozprawy Zamawiający podniósł, iż

47

wzór protokołu umożliwi wpisanie tej wartości po otwarciu ofert. Ujawnienie tej informacji, jak wskazał ponadto w toku rozprawy Zamawiający, umożliwi wykonawcom manipulację postępowaniem.

Izba ustaliła, iż informacja o wartości szacunkowej zamówienia została zawarta w przekazanym przez Zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania piśmie z dnia 01.12.2011 r. (znak EE.27.55.2011.GSz), zawierającym wniosek o wszczęcie postępowania, podpisanym przez Kierownika Działu Eksploatacji. Powyższe umożliwiło Izbie dokonanie merytorycznej oceny powyższego zarzutu.

Izba zważyła, co następuje.

Izba w zakresie braku konieczności ujawnienia wartości szacunkowej zamówienia przed terminem składania ofert podziela stanowisko Zamawiającego. Brak jest normy prawnej nakazującej Zamawiającemu ujawnienie tej informacji. Pomijając intencje Zamawiającego w nieujawnianiu tej informacji oraz ich ewentualną celowość należy zatem wskazać, że Zamawiający nie miał obowiązku przekazania tej informacji przed terminem składania ofert. Jak wynika z części ogólnej pkt 2 Druku ZP-1 zawartego w załączniku nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 1008, Nr 188, poz. 1154) informacje o wartości zamówienia można wypełnić po otwarciu ofert. Tym samym wskutek braku obowiązku przekazania tej informacji przed czynnością otwarcia ofert, którą Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział na dzień 13.03.2012 r. na godzinę 08.00 Odwołujący nie posiadał wystarczającej wiedzy do zweryfikowania prawidłowości ustalenia wysokości wadium.

Jednakże Izba w oparciu o przekazaną przez Zamawiającego dokumentację postępowania, a w szczególności pismo z dnia 01.12.2011 r. znak EE.27.55.2011.GSz ustaliła, iż ustalona przez Zamawiającego wysokość wadium nie przekracza 3% wartości szacunkowej zamówienia.

W odniesieniu do sprecyzowanego w treści odwołania żądania Odwołującego w przedmiocie powyższego zarzutu wskazać należy ponadto, iż ustawa Pzp nie nakazuje Zamawiającemu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia odrębnie dla każdej z części zamówienia.

Tym samym Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

V. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku zabezpieczenia wykonawców przed konsekwencjami finansowymi ewentualnych nierównomiernych zmian dwóch rodzajów

48

powierzchni przez wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm obliczenia nowej stawki ujednoczonej i tym samym wskazanego przez Odwołującego naruszenia art. 5 oraz art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ zatytułowanym „Cena ofertowa” w pkt B.9 dla części nr 2 wskazał, że: „Zgodnie z zapisem § 12 ust. 3 i następne projektu umowy, w trakcie obowiązywania umowy, Zamawiający ma prawo do zmniejszenia ilości i powierzchni nieruchomości, dla których świadczone są usługi objęte umową, przyjęto następujący sposób obliczania wynagrodzenia w przypadku zmniejszenia powierzchni (określony w § 12 ust. 6-7 projektu umowy):

a) w przypadku zmniejszenia powierzchni o mniej niż 3% stosuje się przy obliczaniu nowego wynagrodzenia (W2) cały czas stawkę ujednoczoną (S1) podaną w formularzu OFERTA, a więc:

$$W2 = S1 \cdot (X2 + Y2)$$

gdzie:

S1 – stawka ujednoczona (podana w formularzu OFERTA – załącznik nr 1A do SIWZ),

X2 – nowa powierzchnia zewnętrzna – po zmniejszeniu,

Y2 – nowa powierzchnia terenów zielonych – po zmniejszeniu.

b) w przypadku dalszego zmniejszenia powierzchni, w wyniku którego zmniejszenie powierzchni osiągnie lub przekroczy 3% w stosunku do powierzchni wyjściowej podanej w załączniku nr 1 do projektu umowy (X1 + Y1), oblicza się na nowo stawkę ujednoczoną wg następującego wzoru:

$$S2 = [(X3 \cdot A) + (Y3 \cdot B)] / (X3 + Y3)$$

gdzie:

S2 – nowa stawka ujednoczona,

X3 – nowa powierzchnia zewnętrzna – po zmniejszeniu,

Y3 – nowa powierzchnia terenów zielonych – po zmniejszeniu,

A – stawka za utrzymanie 1 m² powierzchni zewnętrznej (podana w formularzu OFERTA – załącznik nr 1A do SIWZ) – niezmienna przez cały czas obowiązywania umowy, za wyjątkiem sytuacji wynikającej z § 6 ust. 7 projektu umowy),

B – stawka za utrzymanie 1 m² terenów zielonych (podana w formularzu OFERTA – załącznik nr 1A do SIWZ) – niezmienna przez cały czas obowiązywania umowy, za wyjątkiem sytuacji wynikającej z § 6 ust. 7 projektu umowy).

Nowe wynagrodzenie miesięczne – W3 zostanie wyliczone wg wzoru:

49

$$W3 = S2 \cdot (X3 + Y3)$$

Rozwiązanie to wprowadzono w celu zabezpieczenia wykonawcy przed ewentualnymi nierównomiernymi zmianami dwóch rodzajów powierzchni w sytuacji nierównomiernego kształtowania się kosztów wykonawcy dla ich utrzymania.

W przypadku kiedy zmniejszenie powierzchni miałyby spowodować przekroczenie progu 3%, a co za tym idzie obliczenie na nowo stawki ujednoczonej, istnieje możliwość wzrostu tej stawki w stosunku do jej wartości pierwotnej (w zależności od wyniku działania matematycznego polegającego na obliczeniu średniej ważonej). Konieczne jest jednak, aby nowe wynagrodzenie, w przypadku zmniejszenia powierzchni, nie przewyższyło dotychczas obowiązującego na moment poprzedzający zmniejszenie powierzchni. Jeżeli więc miałyby się okazać, że $S2 > S1$ o taką wartość, że $W3 > W2$, to przy obliczaniu wynagrodzenia W3 posłużymy się stawką dotychczasową S1, tj. $W3 = S1 \cdot (X3 + Y3)$. Przy kolejnym zmniejszeniu powierzchni, oblicza się stawkę ujednoczoną ponownie i jeżeli okaże się, że przy kolejnym obniżeniu, przy obliczaniu nowej stawki nie nastąpi wzrost wynagrodzenia w sytuacji zmniejszenia powierzchni, do obliczeń zostanie wprowadzona nowa stawka ujednoczona.

Ustalono, że w § 6 ust. 2 załącznika nr 9A do SIWZ zostało wskazane: „Stawka ujednoczona, wyrażona w złotych z dokładnością do 4 miejsc po przecinku, stanowi średnią ważoną obliczoną z uwzględnieniem metrażu poszczególnych rodzajów powierzchni wskazanych w Załączniku nr 1 oraz stawek za poszczególne rodzaje powierzchni (...)”.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w odniesieniu do części nr 2 zamówienia w załączniku nr 9A (umowa o świadczenie usługi utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez KZGM w Katowicach) w § 12 w ust. 2, iż: „Zamawiający w trakcie realizacji umowy uprawniony jest do skorygowania poprzez zmniejszenie ilości nieruchomości, a także wielkości powierzchni nieruchomości, dla których świadczone są usługi objęte niniejszą umową. W § 12 ust. 3 wskazał, że: „Zmiana określona w ust. 3 może nastąpić w szczególności w następujących przypadkach:

- a) przejęcia, sprzedaży lub przekazania nieruchomości;
- b) remontu, przebudowy budynku/nieruchomości;
- c) podziałów działek gruntowych, ujawnienia w księgach wieczystych lub w wykazie ewidencji gruntów Zamawiającego jako władającego;
- d) przeprowadzenia kontrolnych pomiarów;
- e) zmian w strukturze organizacyjnej Zamawiającego.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż w § 12 ust. 6 wzoru umowy dla zadania nr 2 zawiera następujące postanowienia: „W przypadku zmniejszenia powierzchni objętej

wykonywana usługą o mniej niż 3% obniżenie wynagrodzenia nastąpi proporcjonalnie z uwzględnieniem stawki ujednocionej początkowej i łącznej powierzchni terenów. W przypadku zmniejszenia powierzchni objętej wykonywana usługą o co najmniej 3% obniżenie

wynagrodzenia nastąpi proporcjonalnie do zmiany danego rodzaju powierzchni tj. powierzchni terenów zewnętrznych lub powierzchni terenów zielonych objętych usługą, z uwzględnieniem stawek za poszczególne powierzchnie określonych w § 6 ust. 1 pkt a i b, tj. poprzez ponowne obliczenie stawki ujednocionej, w sposób wskazany w § 6 ust. 2 przy każdym kolejnym zmniejszeniu powierzchni, po przekroczeniu progu 3%. Jeśli w przypadku zmniejszenia powierzchni objętej umową o co najmniej 3%, stawka ujednociona, obliczona jako średnia ważona zgodnie z zapisem § 6 ust. 2, wzrośnie w taki sposób, że iloczyn nowej powierzchni objętej umową oraz nowej stawki ujednocionej będzie wyższy niż wynagrodzenie przed zmniejszeniem powierzchni, to do obliczenia nowego wynagrodzenia miesięcznego, o którym mowa w § 6 ust. 3, będzie stosowana stawka ujednociona w dotychczasowej wysokości". W ust. 2 zostało ponadto wskazane, że: „Kolejne zmiany powierzchni a co za tym idzie zmiany wynagrodzenia będą uwzględniały dokonane wcześniej zmiany, tj. w przypadku zmiany wysokości stawki ujednocionej, nowa stawka będzie dotyczyła całej powierzchni objętej usługą”.

Izba zważyła, co następuje.

W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący podniósł, iż przy założeniu zmniejszenia zakresu przedmiotowego o wszystkie tereny zielone przestaje obowiązywać dotychczasowa ujednociona cena jednostkowa i zajdzie konieczność wyliczenia nowej ujednocionej cen jednostkowej. W jego ocenie skutkowałoby to koniecznością wykonywania usługi poniżej kosztów wykonawcy, powodując stratę, czego z uwagi na brak znajomości wielkości ewentualnych zmniejszeń nie jest Odwołujący w stanie oszacować.

W ocenie Izby Odwołujący myli pojęcie stawki ujednocionej z ceną jednostkową tworząc na potrzeby swojego wyводу pojęcie „ujednocionej ceny jednostkowej”. Z ustaleń Izby dokonanych w oparciu o dokumentację postępowania oraz dokonanych w toku rozprawy wynika, iż ujednociona stawka jednostkowa jest wynikiem uśrednienia (średniej ważonej) cen jednostkowych dla poszczególnych terenów. O powyższym jednoznacznie świadczy § 6 ust. 2 załącznika nr 9A do SIWZ, w którym zostało wskazane, że: „Stawka ujednociona, wyrażona w złotych z dokładnością do 4 miejsc po przecinku, stanowi średnią ważoną obliczoną z uwzględnieniem metrażu poszczególnych rodzajów powierzchni wskazanych w Załączniku nr 1 oraz stawek za poszczególne rodzaje powierzchni (...)”.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jak wynika z treści odwołania Odwołujący swoje zarzuty w powyższym zakresie oparł w całości na domniemaniach i przypuszczeniach. Odwołujący nie przeprowadził przykładowej symulacji wskazującej, iż

wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm jest nieprawidłowy i nie umożliwia uzyskania zakładanych efektów. Biorąc pod uwagę, iż przedmiotem zarzutu jest sposób funkcjonowania pewnego algorytmu za wystarczający dowód należy uznać dokonaną symulację jego zastosowania w praktyce.

Tym samym Izba w całości podzieliła pogląd wyrażony przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie zawartej w piśmie z dnia 22.02.2012 r., że zaproponowane wyliczenie wskazuje, iż zaproponowane rozwiązanie jest sprawiedliwe a zmieniające się wynagrodzenie jest adekwatne do zmniejszania powierzchni. W tym zakresie Izba za potwierdzającą powyższe przyjęła dokonaną przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie symulację 5 wariantów zmiany powierzchni terenów zielonych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że w ramach przedmiotowego postępowania doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 5 oraz art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na skutek wprowadzenia niepoprawnego mechanizmu wyliczenia wynagrodzenia w przypadku zmniejszenia się zakresu przedmiotowego.

VI. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 180 i następnych ustawy Pzp na skutek braku ujawnienia wartości szacunkowej zamówienia dla poszczególnych części Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Jak zostało wskazane w pkt IV niniejszego uzasadnienia z części ogólnej pkt 2 Druku ZP-1 zawartego w załączniku nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 1008, Nr 188, poz. 1154) wynika, że informację o wartości zamówienia można wypełnić po otwarciu ofert. Tym samym skutek braku obowiązku przekazania tej informacji przed czynnością otwarcia ofert, którą Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział na dzień 13.03.2012 r. na godzinę 08.00 nie sposób uznać, iż nieujawnienie tejże informacji narusza zasadę jawności postępowania oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż do naruszenia wyrażonej w tym przepisie zasady mogłoby dojść w przypadku ujawnienia tej informacji jedynie wybranym wykonawcom.

Izba tym samym wskazuje w odniesieniu do powyższego zarzutu, iż Odwołujący nie wskazał źródła obowiązku wyjawienia na tym etapie postępowania wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący nie wskazał również źródła obowiązku dokonania ustalenia szacunkowej wartości zamówienia dla poszczególnych części zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia, określana dla postępowania jako całości, ma na celu i służy ustaleniu, czy istnieje obowiązek stosowania ustawy Pzp oraz jakiego rodzaju procedury

52

mają zastosowanie do jego udzielenia. Wartość ta m.in. przedkłada się bowiem na miejsce i sposób publikacji ogłoszenia o zamówieniu, terminy składania ofert, tryby udzielania zamówień, zakres żądanych od wykonawców dokumentów, jak również na katalog zaskarżalnych czynności w ramach środków ochrony prawnej. Brak jest zatem podstaw do ustalania jej odrębnie dla każdej części zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż Odwołujący myli pojęcia wartości zamówienia uregulowanego w art. 32 – 35 ustawy Pzp oraz kwoty jaka zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w rozumieniu art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. W tym miejscu Izba wskazuje, iż wartość szacunkowa zamówienia nie ma wpływu na podaną przed otwarciem ofert kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ta ostatnia jest bowiem wynikiem możliwości finansowych Zamawiającego.

W odniesieniu do naruszenia art. 180 i następnych ustawy Pzp wskazać należy, iż Odwołujący w tym zakresie nie sprecyzował naruszonych norm prawnych, jak również nie wskazał sposobu i istoty naruszenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nie doszło na skutek nieujawnienia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

VII. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegającego na braku określenia terminu rozpoczęcia usługi Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VII SIWZ zatytułowanym „Termin realizacji zamówienia” wskazał, że termin realizacji zamówienia dla każdej części zamówienia wynosi 48 miesięcy, od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, zaś planowany termin rozpoczęcia realizacji usługi dla każdej części zamówienia – nie wcześniej niż od dnia 16.04.2012 r.

Izba zważyła, co następuje.

W tym zakresie Izba ustaliła, iż Odwołujący oparł powyższy zarzut na niepełnym stanie faktycznym. Odwołujący nie uwzględnił okoliczności, iż SIWZ w Rozdziale VII zatytułowanym „Termin realizacji zamówienia” określa, że termin realizacji zamówienia dla każdej z części zamówienia wynosi 48 miesięcy, od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi.

53

Zaś planowany termin rozpoczęcia realizacji usługi dla każdej części zamówienia – nie wcześniej niż od dnia 16.04.2012 r.

Jak wynika z treści art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp SIWZ zawiera co najmniej termin wykonania zamówienia. Tym samym uznać należy, iż informacje zawarte w SIWZ w odniesieniu do terminu wykonania zamówienia spełniają powyższy wymóg. Jeżeli bowiem Zamawiający określił termin początkowy i okres realizacji świadczenia w pewnym przedziale czasu doszło do ustalenia terminu wykonania zamówienia.

Należy w tym miejscu wskazać, iż Odwołujący określił w sposób odmienny podstawę faktyczną zarzutu wskazując, że Zamawiający w SIWZ nie określił terminu rozpoczęcia wykonywania usługi i w odmienny sposób sprecyzował swoje żądanie w tym zakresie.

Żądanie Odwołującego obejmuje wskazanie w jakim terminie od dnia uprawomocnienia się decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej nastąpi podpisanie umowy oraz w jakim terminie od dnia zawarcia umowy ma nastąpić faktyczne rozpoczęcie świadczenia usługi. Izba wskazuje, iż jest ono oderwane od wskazanego sposobu realizacji naruszenia i jednocześnie nie znajduje swojej podstawy prawnej w ustawie Pzp. Tym samym nie sposób z powyższego braku uczynić Zamawiającemu zarzutu. W ocenie Izby informacje podane przez Zamawiającego w SIWZ wypełniają dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zaś żądanie Odwołującego pozostaje bez związku z powyższym przepisem oraz sformułowanym zarzutem. Nie sposób bowiem uznać, iż mogłoby dojść do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nie wskazanie terminu podpisania umowy, liczonego od dnia uprawomocnienia się decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz poprzez nie wskazanie w jakim terminie od dnia zawarcia umowy ma nastąpić faktyczne rozpoczęcie świadczenia usługi. Odwołujący nie wskazał na czym polega istota podniesionego zarzutu i tym samym nie wskazał źródła tego obowiązku oraz powodu uznania, iż podanie terminu wykonania zamówienia w sposób wynikający z SIWZ stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności jeżeli Zamawiający określił termin rozpoczęcia usługi poprzedzając go zwrotem „nie wcześniej niż (...)”.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba wskazuje, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na skutek braku określenia w SIWZ terminu rozpoczęcia wykonywania usługi.

VIII. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach oraz art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego w przedmiocie ustalenia dla stawki i stawki ujednoczonej konieczności jej wyrażenia z dokładnością do czterech miejsc po przecinku Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

54

Izba ustaliła, co następuje.

W Rozdziale IV SIWZ zatytułowanym „Cena ofertowa” w pkt A.1. i B.1. zostało wskazane, że cenę ofertową na kreślonej części (za cały okres obowiązywania umowy) wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu ofertowym w pkt 1 lit. e) załącznik nr 1 do SIWZ. Wyliczenie ceny ofertowej należy dokonać według następującego wzoru: [miesięczna wartość usługi netto x 48 miesięcy] + [miesięczna wartość podatku VAT x 48 miesięcy] = Cena ofertowa.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ zatytułowanym „Cena ofertowa” dla części 2 zamówienia wskazał w pkt B. 4., iż: „Do ustalenia stawki przez oferentów należy przyjąć powierzchnie zewnętrzna (kolumna 3 załącznika nr 1 do projektu umowy) oraz jedną spośród powierzchni terenów zielonych (sprzątanie) lub powierzchnię terenów zielonych (pielęgnacja) – większa spośród tych dwóch powierzchni (kolumna 4 lub 5 załącznika do projektu umowy). Stawka ujednoczona, a także stawki za poszczególne rodzaje powierzchni (powierzchnie zewnętrzne i tereny zielone) powinny zostać podane z dokładnością do 4 miejsca po przecinku (0,0000 zł)”.

Izba ustaliła następnie, że Zamawiający w § 6 ust. 2 załącznika nr 9A do SIWZ wskazał: „Stawka ujednoczona, wyrażona w złotych z dokładnością do 4 miejsc po przecinku, stanowi średnią ważoną obliczoną z uwzględnieniem metrażu poszczególnych rodzajów powierzchni wskazanych w Załączniku nr 1 oraz stawek za poszczególne rodzaje powierzchni (...)”.

Zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 9 i 9A do SIWZ) Zamawiający

przewidział w ramach realizacji umowy możliwość wystawiania miesięcznych faktur częściowych.

Izba zważyła, co następuje.

Z ustaleń Izby wynika, iż ujednoczona stawka jednostkowa jest wynikiem uśrednienia (średniej ważonej) zaoferowanych przez wykonawców cen jednostkowych dla poszczególnych terenów. Stawka ta nie jest ceną w rozumieniu art. 2 ust. 1 i tym samym nie sposób uznać, iż podanie jej z dokładnością do czterech miejsc po przecinku stanowi naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów. Jak wynika z Rozdziału IV lit. B SIWZ zatytułowanego „Cena ofertowa” podstawą do jej wyliczenia w oparciu o zasadę średniej ważonej są ceny jednostkowe (stawki za utrzymanie 1 m² powierzchni zewnętrznej oraz terenów zielonych) oraz powierzchnia zewnętrzna i powierzchnia terenów zielonych.

55

Tym samym do jej wyrażenia nie mają zastosowania przepisy odnoszące się do ceny oraz ceny jednostkowej. Jak wynika z analizy formularza ofertowego (załącznik nr 1 oraz 1A do SIWZ), jak również Rozdziału IV SIWZ zatytułowanego „Cena ofertowa” stawka ujednoczona służy do określenia i wyliczenia ceny ofertowej, o której mowa w Rozdziale IV SIWZ lit. A pkt 1 oraz lit. B pkt 1 – lecz ceną, w ścisłym tego słowa znaczeniu, nie jest. Izba ustaliła bowiem, iż stawka ujednoczona a także stawki za poszczególne rodzaje powierzchni służą jedynie rozliczeniu usługi na etapie jej realizacji oraz służą określeniu wynagrodzenia należnego wykonawcy na etapie realizacji umowy, w przypadku zmniejszenia ilości i powierzchni nieruchomości, dla których świadczono usługi stosownie do Rozdziału IV SIWZ pkt B.9. Tym samym nie służą one ani wyliczeniu ceny ofertowej ani nie są ceną ofertową, którą należy podać w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 i 1A do SIWZ – pkt 1.e). Wartości te mają zatem jedynie walor informacyjny umożliwiający rozliczenie realizacji usługi na etapie jej wykonania i tym samym dokonywanie miesięcznych płatności częściowych stosownie do treści § 7 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 9 i 9A do SIWZ).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach oraz art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego.

IX. W zakresie zarzutu naruszenia § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp na skutek rozszerzenia katalogu dokumentów składanych na potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale III SIWZ pkt 1 lit. e) wskazał, że: „W celu potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagane jest przedstawienie następujących dokumentów: opłacona polise lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności”.

Ustalono, że w odpowiedzi na odwołanie zawartej w piśmie z dnia 22.02.2012 r. Zamawiający wskazał, że: „(...) uznaje również zarzut niezgodnego z przepisami opisanego

56

sposobu dokonania oceny spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pzp za zasadny i dokona zmiany treści pkt III ppkt 1 lit. e) SIWZ, który otrzyma brzmienie: e) opłaconą polisę OC, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Izba zważyła, co następuje.

W tym miejscu Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko Odwołującego wyrażone w tym zakresie. Biorąc pod uwagę, iż w zakresie warunków udziału w postępowaniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zawiera zamknięty katalog dokumentów jego rozszerzenie przez Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne.

Niewątpliwie wykładnia literalna § 1 ust. 1 pkt 10 powyższego rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca, w celu wykazania, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia może przedstawić inny dokument tylko i wyłącznie w wypadku braku opłaconej polisy. Pominięcie przez Zamawiającego w Rozdziale III SIWZ w pkt 1e zwrotu „a w przypadku jej braku” powoduje, iż za dopuszczalne należy w oparciu o ten zapis uznać złożenie innego dokumentu w przypadku dysponowania przez wykonawcę opłaconą polisą. Nie taka jednak była intencja ustawodawcy w tej materii. Podstawowym dokumentem potwierdzającym spełnienie tego warunku jest dokument polisy i to polisy opłaconej, zaś inny dokument stanowi niejako dowód zastępczy i wyjątkowy.

Na istotną uwagę zasługuje również fakt, iż powyższy zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego. Zamawiający w piśmie z dnia 22.02.2012 r. zawierającym odpowiedź na odwołanie wskazał, iż uznaje również zarzut niezgodnego z przepisami prawa sposobu dokonania oceny spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp za zasadny i dokona zmiany treści pkt III ppkt 1 lit. e) SIWZ, który otrzyma brzmienie: „e) opłaconą polisę oc, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Jednakże biorąc pod uwagę, iż Zamawiający dokonał jedynie zapowiedzi modyfikacji SIWZ w tym zakresie Izba uznała za zasadne uwzględnienie powyższego zarzutu oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w tym zakresie.

Tym samym Izba uznała, iż w ramach powyższego zarzutu doszło do naruszenia przez Zamawiającego § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30

57

grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba w zakresie powyższej podstawy faktycznej nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8, art. 22 ust. 1 pkt 4 oraz art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. W toku przedmiotowego postępowania nie doszło do czynności odrzucenia oferty, zaś Odwołujący nie wskazał na czym opiera się wskazane przez niego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp. Nie wskazał również na sposób naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba wskazuje ponadto, iż art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zawiera delegację ustawową do wydania rozporządzenia wykonawczego. Wobec powyższego nie może on być podstawą zarzutu wobec zamawiającego.

X. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak sformułowania w treści umowy obowiązków Zamawiającego w zakresie przekazania wykonawcy map geodezyjnych oraz kluczy do pomieszczeń w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż projekt umowy, stanowiący załącznik nr 9 i 9A do SIWZ, nie zawiera regulacji w przedmiocie obowiązku Zamawiającego przekazania wykonawcy map geodezyjnych oraz kluczy do pomieszczeń. W toku rozprawy ustalono, iż kwestia braku takiego obowiązku nie była pomiędzy Stronami sporna.

Izba zważyła, co następuje.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba wskazuje, że sformułowane przez Odwołującego podstawy faktyczne zarzutów oraz żądania nie służą prawidłowej wycenie

przedmiotu zamówienia i tym samym nie odnoszą się one do kwestii związanej z wpływem na sporządzenie oferty lecz zmierzają do ułatwienia wykonawcy realizacji usługi. Wskazuje na powyższe m.in. zawarty w żądaniu termin spełnienia przez Zamawiającego tychże żądań („w dniu zawarcia umowy”). Biorąc pod uwagę powyższe te elementy świadczenia wykonawcy nie odnoszą się do sposobu sporządzenia oferty, lecz do etapu realizacji umowy w rozumieniu art. 354 § 2 ustawy Kodeks cywilny. Jednakże Odwołujący nie postawił zarzutu w postaci wskazanego powyżej przepisu.

58

W toku rozprawy Zamawiający podniósł, iż nie dysponuje mapami geodezyjnymi obszarów objętych usługą i tym samym nie może spełnić żądań Odwołującego. Ponadto uznał za niecelowe i niemożliwe do spełnienia żądanie Odwołującego przekazania kluczy do wszystkich pomieszczeń znajdujących się w budynkach, których liczba wynosi 460. Argumentował również, iż na przeszkodzie temu stoją wnioski lokatorów oraz wymagania towarzystwa ubezpieczeniowego ubezpieczającego przedmiotowe mienie.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba wskazuje na tezę zawartą w przywołanym w pkt III niniejszego uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców: Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Rozpoznając zarzuty odnoszące się do postanowień umowy Izba uznała za zasadne przywołanie w niniejszym orzeczeniu stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w tym zakresie w toku rozprawy. Złożone przez umocowanego pełnomocnika Zamawiającego oświadczenie stanowi bowiem istotną informację, nie tylko dla Odwołującego, ale również dla pozostałych uczestników postępowania i winna zostać zakomunikowana, przy uwzględnieniu zasady transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, iż: „Po postępowaniu przeprowadzonym w 2011 r. i po wniesionym odwołaniu o sygn. akt KIO 1800/11 wprowadził praktykę zgodną z tezami tego orzeczenia w ramach których tereny obejmujące usługi są wskazywane z natury przed realizacją usługi”. W ocenie Izby oświadczenie to wyczerpuje żądanie Odwołującego. Izba wskazuje, iż tereny objęte usługą zostały w SIWZ określone pod względem ilości, co umożliwi ich wycenę i tym samym przygotowanie oferty. Wskazanie precyzyjnych granic obszarów ma jedynie wpływ na realizację umowy i nie ma wpływu na sporządzenie oferty – jeżeli te obszary zostały zidentyfikowane ilościowo (powierzchnia obszaru) oraz miejscowo (adres nieruchomości).

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację Izba nie doszukała się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

59

XI. Izba w odniesieniu do podniesionych przez Odwołującego okoliczności faktycznych nie dopatryła się naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na brak wskazania sposobu jego naruszenia, jak również okoliczności i dowodów na potwierdzenie, iż na skutek wskazanych zaniechań Zamawiającego doszło do naruszenia zasady jawności postępowania. W zakresie art. 36 ust. 1 ustawy Pzp należy wskazać, iż do naruszenia powyższego przepisu może dojść w przypadku, gdy SIWZ nie zawiera wskazanych w powyższym przepisie elementów. Jednakże Odwołujący nie doprecyzował zarzutu w tym zakresie i nie wskazał, którego elementu brak w treści opublikowanej przez Zamawiającego SIWZ.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

60

61