

Sygn. akt: KIO/UZP 1066/08

KIO/UZP 1071/08

WYROK
z dnia 21 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 października 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **3 października 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81-300 Gdynia,

B Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-476 Poznań,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia** protestów:

A Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81-300 Gdynia z dnia 5 września 2008 r.

B Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-476 Poznań z dnia 11 września 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazuje dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wynikającym z uzasadnienia orzeczenia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81-300 Gdynia,**
 - B** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-476 Poznań,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 249 zł 06 gr** (słownie: osiem tysięcy dwieście czterdzieści dziewięć złotych sześć groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81-300 Gdynia** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty **6 217 zł 06 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście siedemnaście złotych sześć groszy) przez **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni, Al. Zwycięstwa 96/98,**

81-451 Gdynia na rzecz **Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-476 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

2

4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81-300 Gdynia,**

B kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-476 Poznań.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Zieleni prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „oczyszczanie miasta Gdyni w zakresie dróg – rejon II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 12 sierpnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 166-223612.

A.

Dnia 5 września 2008 r. Odwołujący się Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Sp. z o.o., dalej „Sanipor”, wniósł protest dotyczący postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7, art. 29 ust.1, art. 32 ust. 1, art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. z 1964, Nr 16, poz. 93 z póź. zm.), dalej k.c. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący się przytacza następującą argumentację:

Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający nierówno traktuje wykonawców, w ten sposób że stawia mniejsze wymogi wykonawcom składającym ofertę na część B,C,D, w odróżnieniu od wykonawców ubiegających się o zamówienie na część A. I tak, w zakresie części A ogranicza możliwość powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom (Rozdział 2 pkt 2.1.2 i 2.1.3 SIWZ) oraz wymaga posiadania zezwolenia na odpady o kodach 15 02 02, 15 02 03, 16 81 02, jak również posiadania polewarek oraz wprowadza tzw. „okresy

3

przejściowe” (Załącznik Nr 6 do SIWZ Sekcja C, Rozdział I, pkt 5 ppkt 5.3), gdy tymczasem w odniesieniu do pozostałych części takich wymagań nie formułuje.

Odwołujący się podkreśla, że w Rozdziale 12 pkt 12.4 SIWZ Zamawiający postanowił, iż „ceny jednostkowe i stawki określone przez wykonawcę nie będą podlegały podwyższeniu w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia”, co zdaniem Odwołującego się jest niedopuszczalne, również w świetle orzecznictwa Zespołów Arbitrów. Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający bezpodstawnie przerzucił wyłącznie na wykonawcę skutki podwyżek cen, tymczasem wykonawca nie jest w stanie przewidzieć w dniu sporządzania oferty takich zmian.

Odwołujący się zarzuca, że brak podstaw prawnych do nakładania na wykonawców obowiązku przekazywania do Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej informacji (na potrzeby Zintegrowanego Systemu Ratowniczego) o ilości i rodzaju posiadanego sprzętu

(Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 1, ppkt 1.14 oraz Sekcja B, pkt 1, ppkt 1.11).

Odwołujący się wyjaśnia, że powyższy wymóg nie jest związany z przedmiotem zamówienia, ani nie jest konieczny i niezbędny dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Obowiązek powyższy nie wynika również z przepisów Pzp, a dodatkowo Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za te czynności.

W ocenie Odwołującego się, wymóg, aby nie zanieczyszczać części pasa drogowego położonego wzdłuż jezdni oraz aby w trakcie oczyszczania nie dopuścić do spływu lub zrzutu piasku lub innych zanieczyszczeń do studzienek kanalizacji deszczowej (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 1, ppkt 1.16) nie jest możliwy do spełnienia.

Niedopuszczalne i sprzeczne z przepisami Pzp oraz społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współzycia społecznego jest postanowienie, zgodnie z którym Zamawiający zastrzega sobie możliwość wprowadzenia zmian „w terminach rozpoczęcia i zakończenia usługi związanej z utrzymaniem zimowym dróg w zależności od warunków atmosferycznych i potrzeb” (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 2, ppkt 2.1.1, analogicznie pkt 3, ppkt 3, pkt 4, ppkt 4.1 i 4.5 oraz Sekcja B, pkt 2, ppkt 2.1.1, pkt 3, ppkt 3.3, pkt 4, ppkt 4.5). Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający uzależnił zmianę terminów od bardzo nieprecyzyjnej i niejasnej przesłanki. Tymczasem wykonawca zobowiązany jest utrzymywać przez cały czas pełną gotowość (Załącznik Nr 6, Sekcja A, pkt 1, ppkt 1.1., pkt 2, ppkt 2.5.2), podczas gdy wypłata wynagrodzenia obejmuje jedynie „rzeczywisty zakres wykonanych prac” (Rozdział 12 i § 4 ust. 3 wzoru umowy). W ten sposób Zamawiający naruszył przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w całkowitym wynagrodzeniu wykonawcy nie uwzględnił kosztów pełnego i rzetelnego przygotowania się do realizacji zamówienia oraz utrzymywania ciągłej gotowości do należytego wykonania usług. Dodatkowo Odwołujący się wskazuje na naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób

4

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz który zakazuje przedmiotowego opisu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający w sposób niewłaściwy określił warunki kwalifikujące zimę. Zdaniem Odwołującego się nie może być tak, że nie wystąpienie jednego z czynników powoduje zaliczenie zimy do kategorii lżejszej (załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 2, ppkt 2.2), bowiem brak tego czynnika nie przesądza o niższym nakładzie pracy.

W ocenie Odwołującego się Zamawiający ogranicza prawo własności wykonawcy do dysponowania własnym sprzętem do „innych celów” (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 2, ppkt 2.5.7 i Sekcja B, pkt 2, ppkt 2.5.6), co jest zwykłym nadużyciem prawa, bowiem to wykonawca powinien decydować czym i w jaki sposób usługę wykona. Za takie ograniczenie należy także uznać wymóg przypisania sprzętu do danej trasy (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 2, ppkt 2.6.2). Powyższy wymóg ogranicza również możliwość należytego świadczenia usług przez wykonawcę, gdyż nie pozwala na wykorzystanie sprzętu „przypisanego” do danej trasy w sytuacji, gdy nie jest tam potrzebny, a konieczność jego użycia wystąpiła w innej lokalizacji.

Za warunek nadmierny i nieuzasadniony Odwołujący się uznaje wymóg sterowania pługiem z kabiny kierowcy w zakresie opuszczania, podnoszenia i regulacji kąta ustawienia (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 7, ppkt a).

W ocenie Odwołującego się, niemożliwe jest zagwarantowanie sprawności urządzeń przez cały okres realizacji usługi. Należy zauważyć bowiem, że urządzenia techniczne mogą ulec awarii, mimo zachowania należytej staranności i dbałości o te urządzenia.

Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający wadliwie określił sposób obliczenia ceny. W Załączniku Nr 6 do SIWZ, Sekcja C, Rozdział I nie umieścił wzoru rozliczania prac w okresie letnim, w przypadku, gdy nastąpi awaria systemu GPS (w pkt 1 ppkt 1.1. określono jedynie zasady rozliczania dla usług związanych z likwidacją skutków zimy). W pkt 2 ppkt 2.2 nieprawidłowo ustalono, że cena za 100 m² powierzchni oczyszczanej ręcznie jest równa cenie 2 km pługowania. Tymczasem nakład pracy, a więc koszty oczyszczania ręcznego są nieporównywalnie wyższe. Ponadto Zamawiający w ten sposób ustalił cenę za wykonawcę, podczas gdy Zamawiający nie może ograniczać wykonawcy w zakresie kalkulacji kosztów niezbędnych do wyliczenia właściwej ceny usługi. W pkt 2 ppkt 2.4 Zamawiający

bezpodstawnie ograniczył wynagrodzenie wykonawcy, które jest oparte na faktycznych kosztach posypywania jezdni środkami chemicznymi przez zastrzeżenie, że będzie je rozliczał jak dla kat. I i II zimy lekkiej. Treść pkt 2 pkt 2.5 stanowi naruszenie dobrych obyczajów, zasad współżycia społecznego oraz k.c., gdyż kwalifikuje do usługi posypywania sytuacje, w których pojazdy wykonawcy jednocześnie posypują i pługują. Tak więc w

5

powyższych okolicznościach wynagrodzenie wykonawcy jest nieadekwatne do zakresu realizowanych czynności. Za tego rodzaju naruszenie należy również uznać treść pkt 5 pkt 5.3., zgodnie z którym Zamawiający zastrzega możliwość wprowadzenia okresów przejściowych, ale nie formułuje jasnych kryteriów i przesłanek ich wprowadzenia. Ponadto należy dodać, że w okresach tych ulega zmniejszeniu wynagrodzenie wykonawcy, podczas gdy sam wykonawca nie jest w stanie swobodnie obniżyć kosztów, przy założeniu że zobowiązany jest w krótkim czasie przywrócić pełną gotowość.

Odwołujący się wskazuje, że projekt umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ) jest sprzeczny z przepisami k.c. Wskazuje na zapis § 3 ust. 6 zgodnie, z którym „ceny określone § 3 ust. 2 nie podlegają podwyższeniu w czasie trwania umowy”. Odwołujący się zwraca uwagę, że na obliczenie ceny mają wpływ opłaty niezależne od wykonawcy, np. tzw. „opłata marszałkowska”. W § 4 ust. 4 brak zapisu o możliwości wystawienia faktury w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokona odbioru robót w terminie 7 dni od daty zgłoszenia przez wykonawcę zakończenia prac, co będzie skutkowało nieuzasadnionym odsunięciem w czasie terminu zapłaty. W § 4 ust. 8 Zamawiający określił zbyt długi termin płatności wynagrodzenia, gdyż w powiązaniu z § 4 ust. 4 termin ten wynosi co najmniej 28 dni. W § 5 ust. 1 Zamawiający zawarł postanowienie, że wykonawca ma „także wykonywać wszystkie inne czynności nie wymienione w opisie przedmiotu zamówienia, lecz niezbędne do właściwej realizacji umowy”. Taki zapis jest niedopuszczalny, gdyż wykonawca nie jest w stanie ocenić, jakie czynności i w jakim zakresie mogą być potrzebne do wykonania, a także kiedy oraz ile razy w okresie trwania umowy może taka potrzeba wystąpić, co powoduje, że wykonawca nie może wyliczyć właściwej ceny oferty i w konsekwencji naraża się na poniesienie rażących strat. Przedmiotowy zapis byłby możliwy do zaakceptowania jedynie wówczas, gdyby SIWZ przewidywała cenę za każdą wykonaną przez wykonawcę „inną czynność nie wymienioną w opisie przedmiotu zamówienia”. W ocenie Odwołującego się, przedmiotowy zapis narusza również przepis art. 32 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się podnosi również, że Zamawiający wykorzystuje swoją silniejszą pozycję przez stosowanie niedozwolonych klauzul, co pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 5 k.c. Jako przykład Odwołujący się wskazuje następujące postanowienia: jednostronne uprawnienie Zamawiającego do decydowania o zakresie realizacji umowy i jego zmianach (§ 4 ust. 5), nałożenie wyłącznie na wykonawcę obowiązku zapłaty kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy (§ 7 ust. 1), uprawnienie wyłącznie zamawiającego do odstąpienia od umowy w szeregu okolicznościach (§ 9 ust. 4).

Ponadto, wadliwy jest sposób naliczania kar umownych przez Zamawiającego, ze względu na fakt, że jest niejasny i niezrozumiały, nie może budzić bowiem wątpliwości co do podstawy i wysokości przedmiotowych kar (§ 7 wzoru umowy). Zdaniem Odwołującego się, kary nie powinny być zbyt wygórowane, a podstawą ich naliczania powinno być

6

wynagrodzenie za konkretne czynności, a nie całkowite miesięczne wynagrodzenie wykonawcy. Niedopuszczalne jest także obciążanie karą za brak wyposażenia w urządzenia do monitorowania pracy sprzętu, gdyż kara umowna w świetle art. 483 § 1 k.c., może być przewidziana jedynie za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Podobnie należy ocenić okoliczność nakładania kar umownych za wystąpienie awarii urządzeń monitorujących, bowiem na wystąpienie takich sytuacji wykonawca nie ma wpływu (§ 7 ust. 10 wzoru umowy).

Zamawiający stauje nierówność stron umowy w ten sposób, że przysługuje mu prawo do odstąpienia od umowy w terminie 30 dni, zaś wykonawcy narzucił termin 3-miesięczny (§ 9 ust. 3 i 6 umowy).

W związku z powyższym Odwołujący się wnosił o modyfikację SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Dnia 19 września 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, w ten sposób, że uwzględnił go w zakresie zapisów w Załączniku nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 1, ppkt 1.14 oraz Sekcja B, pkt 1, ppkt 1.11 oraz w zakresie braku możliwości rozliczenia prac w okresie letnim w przypadku awarii urządzeń monitorujących, zaś w pozostałym zakresie protest oddalił. Zamawiający kwestionuje interes prawny Odwołującego się.

Zdaniem Zamawiającego wymagania stawiane wykonawcom dla części A, B, C i D zamówienia zostały określone z uwzględnieniem przewidywanego zakresu usług w poszczególnych częściach zamówienia i wymaganego standardu ich wykonania.

Odnosnie postanowień Rozdziału 12 pkt 12.4 SIWZ Zamawiający stwierdza, że w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć, wykonawcy przysługuje ochrona z art. 357 k.c. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, wykonawca kalkulując cenę oferty ma możliwość uwzględnienia ewentualnego wzrostu cen.

W Załączniku Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 1, ppkt 1.16 nie ma mowy o zakazie spływu lub zrzutu piasku i innych zanieczyszczeń do studzienek kanalizacji deszczowej, lecz o prowadzeniu prac w taki sposób, aby taki spływ lub zrzut maksymalnie ograniczyć. Sposób oczyszczania jezdni, w której zamontowane są kratki kanalizacji deszczowej opisany został w Załączniku Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, pkt 2.5.6, 2.6.11, 2.6.12.

Zamawiający wyjaśnia, że nie ma możliwości w sposób dowolny dokonywania zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia sezonu zimowego, oczyszczania letniego i sprzątania pozimowego, gdyż zmiany te są możliwe jedynie w zależności od panujących warunków atmosferycznych i potrzeb. Zaś ewentualne koszty utrzymywania gotowości można uwzględnić w kalkulacji przedmiotowych usług.

Zamawiający dopuszcza wykorzystanie sprzętu do innych celów, jednakże dopiero po zakończeniu wykonywania usługi dla Zamawiającego.

7

Podział na trasy wraz z przypisaniem do nich sprzętu dotyczy, jak wynika z treści SIWZ, wyłącznie planów akcji zimowej i ma znaczenie organizacyjne, pokazujące jednocześnie jak wykonawca planuje rozdysonować wymagany sprzęt. Z dalszej części oprotestowanego zapisu wynika, że Zamawiający nie wymaga, aby zawsze ten sam pojazd obsługiwał daną trasę. Co więcej, w spornym postanowieniu podkreśla się jedynie, aby trasa była obsługiwana przez co najmniej jeden pojazd.

Wymagania co do pługa mają związek z koniecznością uzyskania wymaganego przez Zamawiającego standardu świadczenia usług. Brak żądanego wyposażenia może bowiem wpłynąć istotnie na czas wykonywania usługi, a co za tym idzie, na konieczność zapłaty kar umownych.

W kwestii zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń i wykorzystywanego sprzętu Zamawiający stwierdza, że wykonawca ma 48 godzin na usunięcie awarii od chwili jej wystąpienia, a dotyczącej systemu monitorowania, zaś w pozostałych wypadkach zabezpieczenie może stanowić zadysponowanie sprzętu rezerwowego.

Zamawiający przewidział możliwość ręcznego usuwania skutków zimy wyłącznie w miejscach niedostępnych dla sprzętu mechanicznego. Zamawiający równając koszt odśnieżania ręcznego 100 m² z mechanicznym pługowaniem 2 km jezdni, oparł się na wieloletnich doświadczeniach w tym zakresie. Ponadto Zamawiający wskazuje, że powyższa usługa stanowi marginalną część przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwraca uwagę, że niezależnie od kategorii drogi, podejmowane działania profilaktyczne powinny być takie same, a posypywanie prowadzone jednakowymi środkami chemicznymi. Jednakowa też jest cena, a jej zróżnicowanie może następować wyłącznie w zależności od występujących warunków atmosferycznych i tylko wówczas, jeśli wykonawca w swojej kalkulacji uzna takie zróżnicowanie za celowe.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego się, iż wykonawca ponosi większe koszty w przypadku wykonywania jednoczesnego posypywania i pługowania w stosunku do posypywania.

W odniesieniu do okresów przejściowych, Zamawiający stoi na stanowisku, że przedmiot zamówienia jest obciążony dużym ryzykiem zarówno po stronie wykonawcy, jak i Zamawiającego, który zobowiązał się nie wprowadzać okresów przejściowych w grudniu, styczniu i lutym.

Zamawiający zwraca uwagę, że strony umowy o zamówienie publiczne mogą, ale nie muszą, zastrzec w jej treści klauzul waloryzacyjnych.

Termin zapłaty faktury zgodny jest z ustawą z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r., Nr 139, poz. 1323 z późn. zm.).

8

Nie jest możliwe wskazanie w sposób jednoznaczny wszystkich sytuacji, w których konieczne jest wykonanie „wszystkich innych czynności niewymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, lecz niezbędnych do właściwej realizacji umowy”.

Postanowienia § 9 ust. 3 wzoru umowy stanowią odzwierciedlenie przepisu art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, zaś postanowienia § 9 ust. 6 stanowią umowną ofertę Zamawiającego, stąd też termin o którym tam mowa może być wydłużony lub skrócony zgodnie z wolą stron.

Zamawiający wyjaśnia, że w § 9 ust. 10 wzoru umowy wyraźnie zaakcentowano przesłankę odpowiedzialności w postaci winy, a nie jak twierdzi Odwołujący się działań niezawinionych.

Bezzasadny jest zarzut nieprecyzyjnego ukształtowania zasad naliczania kar umownych, bowiem zasady te wynikają z § 7 ust. 3, 5 i 6 wzoru umowy. Dodatkowo w ust. 4 podano definicję wyrażenia „za nienależyte wykonanie prac”, a w ust. 2 podkreślono konieczność udokumentowania przejawów nieprawidłowego wykonania umowy w dzienniku prac oraz protokołach odbioru prac.

Konkludując Zamawiający stwierdza, że wykonawca powinien wziąć pod uwagę fakt, że wymogi Zamawiającego wynikają z obowiązku zapewnienia sprawnego ruchu ulicznego w mieście.

Odwołujący się nie zgodził się z rozstrzygnięciem Zamawiającego i dnia 24 września 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, jednocześnie wskazując wprost na postanowienia SIWZ podlegające modyfikacji: Rozdział 2, pkt 2.1.2 i 2.1.3, Rozdział 12, pkt 12.4, Załącznik Nr 6: Sekcja A, pkt 2, ppkt 2.1.1, pkt 3, ppkt 3.3, pkt 4, ppkt 4.1, pkt 4, ppkt 4.5, Sekcja B, pkt 2, ppkt 2.1.1, pkt 3, ppkt 3.3, pkt 4, ppkt 4.5, pkt 7, ppkt a, Sekcja C, pkt 2, ppkt 2.2, Sekcja C, Rozdział I, pkt 5, ppkt 5.3, § 3 ust. 6, § 5 ust. 1, § 4 ust. 5, § 7 ust. 1, 6, 9, 10 wzoru umowy albo alternatywnie unieważnienie postępowania.

B.

Dnia 11 września 2008 r. Odwołujący się Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., dalej Zakład Sprzątania wniósł protest dotyczący postanowień SIWZ, wakując na naruszenie art. 7 ustawy Pzp. Za bezpodstawne uznaje Odwołujący się żądanie wyposażenia pojazdów w urządzenia do monitorowania pracy, a co za tym idzie nakładanie kar za brak przedmiotowego urządzenia.

W § 7 wzoru umowy Zamawiający przewidział kary umowne, ale nie określił w jakim trybie będzie stwierdzał uchybienia będące podstawą nakładania kar.

9

Postanowienia § 9 pkt 6 wzoru umowy stwarzają Zamawiającemu możliwość regularnego i bezkarnego opóźniania zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy i w ten sposób stawiają Zamawiającego w uprzywilejowanej pozycji.

Odwołujący się kwestionuje możliwość Zamawiającego w ograniczaniu wykonawcy w swobodnym dysponowaniu swoim sprzętem oraz wprowadzenie okresów przejściowych, które w istotny sposób mają wpływ na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy (Załącznik Nr 6 do SIWZ).

Zamawiający ustalił wymóg posiadania bazy sprzętowej w sposób niejednolity do wykonawców różnych części zadań, co stanowi przejaw utrudniania nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego Odwołujący się wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ w oprotestowanym zakresie.

Dnia 19 września 2008 r. Zamawiający protest oddalił z argumentacją tożsamą, jak w przypadku rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez „Sanipor”, w zakresie podniesionych zarzutów.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł odwołanie dnia 24 września 2008 r., w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący się wykazali, iż w przedmiotowym postępowaniu ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż nie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia w oparciu o zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na cztery części (A, B, C, D) i dopuścił składanie ofert częściowych. Jednocześnie w Rozdziale 2, w pkt 2.1.2 SIWZ w odniesieniu do części A zastrzegł, że dopuszcza powierzenie podwykonawcom części prac z wyłączeniem usług w zakresie utrzymania zimowego, sprzątnięcia pozimowego i oczyszczania letniego, wymagających wykorzystania mechanicznego sprzętu specjalistycznego, o którym mowa w rozdziale 4 SIWZ (tj. pługo-posypywarko-solarka, pług odśnieżny, pług klinowy lub wirnikowy, zamiatarka mechaniczna ciągniona lub samojezdna, polewarka, ładowarka samojezdna, wytornica solanki), natomiast w przypadku pozostałych części zamówienia Zamawiający dopuścił powierzenie podwykonawcom części prac bez ograniczeń (pkt 2.1.3).

10

W rozdziale 5, w pkt 5.1 ppkt 3 SIWZ Zamawiający, w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, zawarł żądanie przedstawienia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wydanego na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r., Nr 39, poz. 251 z późn. zm.), obejmującego co najmniej odpady o kodach: 20 02 01, 20 02 02, 20 02 03, 20 03 03, zaś w przypadku składania oferty na część A zezwolenie musi obejmować, oprócz w/w kodów, także odpady o kodach: 15 02 02, 15 02 03, 16 81 02.

Z powyższego wynika, że Zamawiający odrębnie ukształtował wymogi w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia, jednakże Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołujących się, iż Zamawiający nierówno traktuje wykonawców, odmiennie określając wymogi wobec wykonawców składających ofertę na część A, a odmiennie składających ofertę na część B, C i D. To, że Zamawiający postawił większe wymogi dla pierwszej grupy wykonawców nie oznacza jeszcze, że nierówno ich traktuje. Należy bowiem zauważyć, że po pierwsze, dla części A, przedmiotem usługi stanowiącej przedmiot zamówienia są drogi kategorii I_s, I, II, a więc drogi o najważniejszym znaczeniu komunikacyjnym dla funkcjonowania miasta, jak i drogi o dużym znaczeniu komunikacyjnym, z lokalizacją ważnych obiektów użyteczności publicznej. Zaś pozostałe części zamówienia obejmują drogi lokalne, również gruntowe (Rozdział 2, pkt 2.2). Kategoria dróg determinuje standard wykonania usługi, np. dla dróg kategorii I_s, I nie dopuszcza się do występowania na jezdni warstwy zajeżdżonego śniegu (w przypadku zimy lekkiej, średniej i ciężkiej), a to z kolei wpływa na wymagania sprzętowe, w zakresie transportu odpadów itp. Po drugie, podział zamówienia na części ułatwia dostęp do zamówienia wykonawcom o mniejszym potencjale osobowo-sprzętowym (w zakresie części B, C i D). Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, podzielenie zamówienia na części wzmocniło konkurencję w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego. W przeciwnym bowiem razie (gdyby tego podziału zabrakło) wykonawca zobowiązany byłby złożyć ofertę na cały przedmiot zamówienia, gwarantując spełnienie wszystkich wymogów Zamawiającego.

W Sekcji C SIWZ, Zamawiający w Części I ujął zasady rozliczania usług dla części A. W Rozdziale 5, pkt 5.3 Zamawiający zastrzegł sobie „prawo do wprowadzania w miesiącach: październik, listopad, marzec i kwiecień tzw. okresów przejściowych, w których do dyspozycji znajdować się powinny pojazdy do pługowania i posypywania, w ilości nie mniejszej niż 5 szt. W okresach przejściowych, w zależności od warunków atmosferycznych wykonywane mogą być – poza zadaniami związanymi z utrzymaniem zimowym – prace, odpowiednio określone dla oczyszczania letniego lub sprzątnięcia pozimowego. W takim przypadku wynagrodzenie Wykonawcy będzie proporcjonalne do czasów trwania okresów przejściowych i ilości zaangażowanego sprzętu, w odniesieniu do ceny miesięcznego

11

utrzymania gotowości zimowej (tzn. 5 pojazdów – 60% ceny miesięcznego utrzymania gotowości zimowej; 6 pojazdów – 70%, 7 pojazdów – 80% itd.)”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej takie postanowienia są niedopuszczalne. Zamawiający przewiduje, że realizacja usług utrzymania zimowego dróg odbywać się będzie od 1 listopada do 31 marca. Jednym z elementów utrzymania zimowego jest utrzymanie całodobowej gotowości zimowej do likwidacji skutków zimy (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, Rozdział 2, pkt 2.1, ppkt 2.1.2, lit a). Cena miesięcznego utrzymania gotowości zimowej uwzględnia wynagrodzenie wykonawcy związane z zapewnieniem realizacji przedmiotu zamówienia, nie ujęte w oddzielnie rozliczanych usługach i obejmuje w szczególności: m.in. utrzymanie stanu gotowości do podjęcia pełnego zakresu działań związanych z likwidacją skutków zimy (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja C, Rozdział 2, pkt 2, ppkt 2.1). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że może wprowadzić zmiany w terminach rozpoczęcia i zakończenia usługi związanej z zimowym utrzymaniem dróg w zależności od warunków atmosferycznych i potrzeb. Przejaw tej regulacji stanowią tzw. okresy przejściowe, w czasie trwania których Zamawiający żąda utrzymywania w dyspozycji minimum 5 szt. pojazdów do pługowania i posypywania, przy jednoczesnym założeniu, że może wystąpić konieczność użycia większej ilości pojazdów. Uzależnia bowiem wynagrodzenie wykonawcy m.in. od ilości zaangażowanego sprzętu (przewiduje więc konieczność wykorzystania sprzętu w ilości większej niż 5) i wartość miesięcznego wynagrodzenia w okresie przejściowym odnosi do ceny miesięcznego utrzymania gotowości zimowej (Załącznik nr 6 do SIWZ, Sekcja C, Rozdział 1, pkt 5, ppkt 5.3). Oznacza to, że w przedmiotowym okresie Zamawiający oczekuje jednak utrzymywania gotowości zapewniającej możliwość realizacji zadań związanych z likwidacją skutków zimy, czyli utrzymania pełnej gotowości, jednakże wynagrodzenie nie będzie odpowiadało cenie miesięcznego utrzymania gotowości zimowej, a będzie proporcjonalne do czasu trwania okresów przejściowych i zaangażowanego sprzętu. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że za tak określoną gotowość (dyspozycyjność sprzętu w ilości wymagającej zaangażowania i konieczność jego użycia, a więc zaangażowania też określonego potencjału osobowego) wykonawca powinien otrzymać 100% wynagrodzenia za miesięczne utrzymanie gotowości zimowej. Stąd też ustalenie okresów przejściowych, w tym stanie rzeczy, należy uznać za bezcelowe. Nie może być bowiem tak, że w okresach przejściowych, które trwać mogą maksymalnie 4 miesiące, wykonawca będzie miał zapewnione wynagrodzenie jedynie na poziomie 60% ceny miesięcznego utrzymania gotowości zimowej, podczas gdy zobowiązany będzie zagwarantować tyle pojazdów, ile będzie potrzebnych do prawidłowego wykonania usługi. W tym miejscu należy również zauważyć, że wykonawca nie ma możliwości zaangażowania sprzętu stanowiącego nadwyżkę ponad określone minimum 5 szt. W ramach innego zamówienia, gdyż rozpoczęcie prac związanych z usuwaniem skutków zimy (pługowanie,

12

posypywanie lub obie czynności jednocześnie) powinno nastąpić niezwłocznie, tzn. w takim czasie po uzyskaniu informacji meteorologicznych o przewidywanym wystąpieniu zjawisk zimowych by zapewnić spełnienie podstawowego celu utrzymania zimowego dróg, nie później jednak niż w ciągu pół godziny od momentu wystąpienia zjawiska (Załącznik nr 6 do SIWZ, Sekcja A, Rozdział 2, pkt 2.5, ppkt 2.5.2). Widać z tego wyraźnie, że Zamawiający w okresie od października do kwietnia zamierza zapewnić sobie utrzymanie zimowe dróg przez utrzymanie gotowości zimowej i jest to działanie jak najbardziej prawidłowe, zważywszy na konieczność realizacji potrzeb społeczności lokalnej. Jednakże sposób ustalenia wynagrodzenia za tak ustaloną gotowość nie może się ostać, bowiem tylko pozornie gotowość w okresach przejściowych jest utrzymywana na niższym poziomie. Zwrócić należy również uwagę, że doświadczenie życiowe uczy, iż utrzymanie zimowe dróg jest możliwe tylko przy utrzymaniu gotowości na takim poziomie, aby gwarantowało podjęcie i zrealizowanie czynności mających na celu utrzymanie stałej przejezdności i bezpieczeństwa ruchu.

Z tych względów, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, utrzymanie tzw. okresów przejściowych w tym kształcie, nie może się ostać. Po pierwsze, ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia, po drugie, zakres świadczenia jest uznaniowy (potrzeby Zamawiającego i warunki atmosferyczne), tymczasem zakres świadczenia musi być pewny, tak żeby wykonawca miał możliwość prawidłowo skalkulować cenę oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym, wykonawca ma

pewność jedynie co do tego, że w czterech miesiącach Zamawiający może wprowadzić obniżoną gotowość, która w istocie ma być na poziomie gotowości do wykonania usługi według określonego standardu, zaś gwarantowane wynagrodzenie wynosi 60% ceny miesięcznego utrzymania gotowości zimowej.

Stanowisko powyższe potwierdza również orzecznictwo. W ocenie Sądu Okręgowego Warszawa Praga (wyrok z dnia 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05) niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeb zamawiającego, bowiem jest to sformułowanie tak ogólne, iż nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. Zakres zmniejszenia zamówienia pozostaje dla wykonawców nieprzewidywalny, a zasadność takiego zmniejszenia trudno weryfikowalna. Tymczasem wykonawca przystępując do postępowania przetargowego, dokonuje analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny. W konsekwencji sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04).

13

W Rozdziale 12, pkt 12.4 SIWZ Zamawiający postanowił, iż „ceny jednostkowe i stawki określone przez wykonawcę nie będą podlegały podwyższeniu w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia”. Takie postanowienie nie sprzeciwia się przepisom ustawy Pzp, ani nie stanowi naruszenia art. 5 k.c. Ponadto, nie bez znaczenia pozostaje fakt, że umowa ma być zawarta do dnia 31 października 2010 r., a więc na dwa lata. Nie jest to okres długi i w oparciu o prognozowane wskaźniki makroekonomiczne, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca może w sposób rzetelny skalkulować swoją ofertę.

Zamawiający wymaga „prowadzenia robót w taki sposób, aby nie zanieczyszczać części pasa drogowego położonego wzdłuż jezdni (zwłaszcza ciągów pieszych) i maksymalnie ograniczyć spływ lub zrzut piasku i innych zanieczyszczeń do studzienek kanalizacji deszczowej”. Nie jest więc tak jak twierdzi Odwołujący się „Sanipor”, że Zamawiający nie dopuszcza do spływu lub zrzutu jakichkolwiek zanieczyszczeń, ale wskazuje na konieczność ich maksymalnego ograniczenia. Natomiast wymóg zakazu zanieczyszczania części pasa drogowego położonego wzdłuż jezdni należy odczytywać w taki sposób, że oczyszczanie jezdni nie może prowadzić do zanieczyszczania, np. ciągów pieszych. Kosztem przejezdności ulic nie może być bowiem sparaliżowanie ruchu pieszych.

Zamawiający określił, że jednym z podstawowych obowiązków wykonawcy jest „dysponowanie przez cały okres realizacji zamówienia dostateczną do wykonywania zadań objętych przedmiotem zamówienia ilością osób oraz sprzętu, zapewniającą realizację usług w standardach określonych w SIWZ (ilość sprzętu określona w rozdz. 4 siwz stanowi wyłącznie minimum będące warunkiem dopuszczającym do udziału w postępowaniu) oraz bazą terenową i zapleczem warsztatowym zgodnie z sekcją A, pkt 7, lit. j, k” (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, Rozdział 1, pkt 1.1). Jednocześnie „Zamawiający przewiduje, że realizacja usług utrzymania zimowego dróg odbywać się będzie od 1 listopada do 31 marca”. Jednakże „Zamawiający może wprowadzić zmiany w terminach rozpoczęcia i zakończenia usługi związanej z utrzymaniem zimowym dróg w zależności od warunków atmosferycznych i potrzeb”. Zaś „rozpoczęcie prac związanych z usuwaniem skutków zimy (pługowanie, posypywanie lub obie czynności jednocześnie) na trasach obejmujących drogi ujęte w wykazach powinno nastąpić niezwłocznie, tzn. w takim czasie po uzyskaniu informacji meteorologicznych o przewidywanym wystąpieniu zjawisk zimowych by zapewnić spełnienie podstawowego celu utrzymania zimowego dróg, o którym mowa w sekcji A, pkt 2.1.2, nie później niż w ciągu pół godziny od momentu wystąpienia zjawiska” (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, Rozdział 2, pkt 2.1, ppkt 2.1.1 oraz ppkt 2.5.2). Wynagrodzenie za wykonane usługi obliczane będzie na podstawie cen jednostkowych i rzeczywistego zakresu wykonanych prac (Rozdział 12 SIWZ). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, rozwiązanie takie jest możliwe do zastosowania, przy przyjęciu, o czym mowa była powyżej, że

14

utrzymanie gotowości zimowej. Tylko w takich warunkach wykonawca ma możliwość prawidłowego skalkulowania ceny oferty.

Podobną regulację zastosował Zamawiający w odniesieniu do sprzątnięcia pozimowego, gdzie wprowadził możliwość zmiany terminu zakończenia usługi, a w zakresie oczyszczania letniego, zmiana może dotyczyć zarówno terminu rozpoczęcia lub zakończenia usługi w zależności od warunków atmosferycznych i potrzeb (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, Rozdział 3, pkt 3.3, Rozdział 4 pkt 4.1). Zaś w przypadku pozostałych części przedmiotu zamówienia analogiczna regulacja dotyczy utrzymania zimowego i sprzątnięcia pozimowego (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja B, Rozdział 2, pkt 2.1, ppkt 2.1.1, Rozdział 3, pkt 3.3). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej postanowienia powyższe należy uznać za prawidłowe. Zmiana terminu zakończenia sprzątnięcia pozimowego może mieć jedynie ten skutek, że usługa ta zostanie wykonana wcześniej, niż przed upływem dwóch tygodni po zakończeniu umownego sezonu zimowego. Może się przecież tak zdarzyć, że wykonanie czynności składających się na sprzątnięcie pozimowe nie będzie wymagało zakładanego zaangażowania czasowego. Jednakże zmiana ta nie wpłynie na zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy, bowiem wynagrodzenie wykonawcy skalkulowane jest kwotowo.

W zakresie oczyszczania letniego Zamawiający w istocie przypisał sobie uprawnienie do jednostronnego decydowania o terminie rozpoczęcia lub zakończenia usługi oczyszczania letniego. W istocie więc wstępnie zakładany termin realizacji usługi oczyszczania letniego, tj. od następnego dnia po zakończeniu sprzątnięcia pozimowego do rozpoczęcia sezonu zimowego, może ulec skróceniu, co w sposób istotny wpłynie na ilość głównych zabiegów dokonywanych w tym okresie (zamiatania i zmywania), a co więcej zarówno zakres, jak i częstotliwość wykonywania zabiegów może ulec zmianie. Można sobie więc wyobrazić, że Zamawiający, w ramach swojego uprawnienia skróci okres oczyszczania letniego do jednego miesiąca i zleci jednokrotne zmywanie i zamiatanie, przy zastrzeżeniu, że jaki to będzie termin zdecyduje jedynie Zamawiający. W świetle tych zapisów, termin jest niewiadomą, zakres wykonywanych zabiegów jest niewiadomą i częstotliwość zabiegów również jest niewiadomą. W tych warunkach nie sposób skalkulować cenę oferty. Zamawiający musi podać chociażby pewne minimum.

W zakresie możliwości wprowadzenia przez Zamawiającego zmiany w terminach rozpoczęcia i zakończenia usługi związanej z utrzymaniem zimowym dróg (w odniesieniu do części B, C, D) w zależności od warunków atmosferycznych i potrzeb, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że przedmiotowa regulacja nie może się ostać. W przeciwieństwie bowiem do części A, brak wynagrodzenia za utrzymanie gotowości zimowej. Stanowisko powyższe potwierdza również wcześniej cytowane orzecznictwo.

15

Zamawiający w Załączniku Nr 6, Sekcja A, pkt 2, ppkt 2.2 zdefiniował znaczenie użytych pojęć związanych z utrzymaniem zimowym, wprowadzając m.in. cztery kategorie zimy, tj. lekka, średnia, ciężka i bardzo ciężka. Zimę lekką identyfikują „opady śniegu, śniegu z deszczem, marznącego deszczu przelotne o słabym nasileniu, na nawierzchniach jezdni możliwość pojawienia się lokalnej śliskości np.: lodowicy, gołoledzi, błota pośniegowego; opad dobowy świeżo spadłego śniegu o grubości: $\leq 2,5$ cm, $T \text{ min.} \geq -4^\circ$ Zim C. ę średnią charakteryzują opady śniegu, chwilami intensywne połączone z zamieciami śnieżnymi; opad dobowy świeżo spadłego śniegu o grubości: powyżej 2,5 cm do 5,0 cm, $-7^\circ \text{ C} \leq T \text{ min.} < -4^\circ \text{ C}$, $T \text{ śred.} \leq 0^\circ$ Zima ci ężka oznacza „opady ciągłe z krótkimi przerwami, możliwy silny i C. porywisty wiatr powodujący zamiecie i zwieje śnieżne; opad dobowy świeżo spadłego śniegu o grubości: powyżej 5,0 cm do 10 cm, $-10^\circ \text{ T min.} < -7^\circ -6^\circ \text{ T } 0^\circ$ Zim C $\leq \text{C}$, $\text{C} \leq \text{śred.} \leq \text{C}^\circ$. ę bardzo ciężką definiują „intensywne opady śniegu, b. silny i porywisty wiatr połączony z zamieciami i zawiejami śnieżnymi powodującymi tworzenie się zasp na drogach; opad dobowy świeżo spadłego śniegu o grubości > 10 cm, $T \text{ min} < -10^\circ \text{ T śred.} < -6^\circ \text{ C}$, C. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że „brak spełnienia któregokolwiek z warunków kwalifikujących zimę jako średnią, ciężką lub bardzo ciężką (...), powoduje zaliczenie zimy do kategorii lżejszej (tj: zimy średniej do lekkiej, zimy ciężkiej do średniej itd.) (Załącznik Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, Rozdział 2). W kontekście przytoczonych postanowień Odwołujący się „Sanipor” podnosi, iż brak jednego z czynników charakteryzujących daną kategorię zimy nie powinien przesądzać o zakwalifikowaniu zimy do lżejszej kategorii, bowiem nie przekłada się to na mniejszy nakład pracy wykonawcy. Jednakże okoliczności tej Odwołujący się nie

wykazał, jak i nie zakwestionował podziału zimy na kategorie, a zakwestionował jedynie prawidłowość ustalenia warunków kwalifikujących zimę. Ponadto Odwołujący się nie wskazał cech optymalnych, które korelowałyby z zakresem podejmowanych czynności i umożliwiały właściwe określenie wynagrodzenia. Z tych względów podniesiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Określając standard wykonywania usług dla wszystkich części przedmiotu zamówienia, Zamawiający zastrzegł, że „nie dopuszcza sytuacji, w których sprzęt przydzielony do likwidacji skutków zimy w ramach zadań określonych niniejszą siwz, w warunkach zimy średniej, ciężkiej i bardzo ciężkiej będzie w trakcie i przed zakończeniem ww. zadań, wykorzystywany przez Wykonawcę do innych celów.” (Załącznik Nr 6, Sekcja A, Rozdział 2, pkt 2.5, ppkt 2.5.7 oraz Sekcja B, Rozdział 2, pkt 2.5, ppkt 2.5.6). Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż Zamawiający w sposób nie uprawniony ogranicza prawo do dysponowania sprzętem przez wykonawcę. Skoro bowiem Zamawiający żąda utrzymania gotowości zimowej i przewiduje za to odpowiednie wynagrodzenie to wykonawca nie może, choćby nie wykonując w danym czasie konkretnych czynności utrzymania zimowego, kierować sprzęt, który powinien pozostawać w dyspozycji

16

Zamawiającego, w inne miejsce, w celu wykonania usług nie związanych z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w sezonie zimowym wymaga dostarczenia, „na trzy tygodnie przed rozpoczęciem sezonu zimowego planów akcji zimowej zawierających podział na trasy oraz szczegółowy wykaz sprzętu (wraz z „przypisaniem” sprzętu do danej trasy i numeracją umożliwiającą jego identyfikację – podział na trasy uzgodniony z Zamawiającym), przy czym:

- każda trasa powinna być obsługiwana przez co najmniej jeden pojazd do pługowania i posypywania (pługo-posypywarko-solarka),
- Zamawiający wymaga aby drogi kategorii I_s, do czasu uzyskania wymaganego dla tej kategorii dróg standardu, oczyszczane były przez oddzielne, min. trzy pojazdy do pługowania i posypywania (pługo-posypywarko-solarki), z zaleceniem, że dwa z nich, w miarę możliwości, pracują w zestawie,
- Zamawiający wymaga aby ul. Morska, do czasu uzyskania wymaganego dla tej kategorii drogi standardu, oczyszczana była przez oddzielne, min. dwa pojazdy do pługowania i posypywania (pługo-posypywarko-solarki),
- zaleca się, aby każda trasa ograniczała się do jednej kategorii drogi, • długość tras należy ustalić tak, aby przy efektywnych dla danych prac prędkościach przejazdu sprzętu uzyskać wymagane powyżej w sekcji A, pkt 2.5 standardy”.

Na tle tak sformułowanych wymagań Odwołujący się formułuje zarzut, że Zamawiający w ten sposób ogranicza prawo własności wykonawcy, co utrudnia należyte wykonanie usługi. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przedmiotowy zarzut jest niezrozumiały. Zamawiający żąda bowiem przedstawienia planu akcji zimowej, który w istocie stanowi logistyczną koncepcję wykonania usługi i jest warunkiem niezbędnym do prawidłowego wykonania usługi. Trudno bowiem sobie wyobrazić, żeby usuwanie skutków zimy następowało *ad hoc*. Niezbędne jest przypisanie do trasy odpowiedniego pojazdu, gdyż wtedy sposób świadczenia usługi jest jasno określony, a to z kolei jest korzystne zarówno dla wykonawcy (pracownicy mają wiedzę jakie działania, w jakim miejscu należy podejmować), jak i dla Zamawiającego (pewność, że wykonawca, przynajmniej w tym zakresie, jest przygotowany do świadczenia usługi). Jednocześnie, na marginesie należy dodać, że z przedmiotowych regulacji nie wynika, iż wykonawca nie będzie mógł wykorzystać sprzętu „przypisanego” do danej trasy, w sytuacji gdy spełni swoje zadania na danej trasie, a wystąpi potrzeba jego użycia na innej trasie.

Zamawiający w Załączniku Nr 6 do SIWZ, Sekcja A, Rozdział 7 określił warunki techniczne sprzętu, bazy i zaplecza warsztatowego. I tak w ppkt a w odniesieniu do pługo-posypywarko-solarki zastrzegł m.in., iż opuszczanie i podnoszenie pługa wraz z regulacją kąta ustawienia sterowane będzie z kabiny kierowcy. Odwołujący się podnosi, iż wymóg ten jest nadmierny i nieuzasadniony, bowiem usługę można wykonać również przy użyciu pługa

17

sterowanego w inny sposób. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela przedstawionego

poglądu, gdyż nie sposób odmówić Zamawiającemu uprawnienia do określenia sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, tym bardziej jeśli ma to wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia, a wskazany sprzęt jest dostępny (stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie). Fakt zaś, że sprzęt ten jest droższy może jedynie wpłynąć na cenę oferty.

Zamawiający zastrzegł, że „urządzenia i sprzęt zastosowany do prowadzenia usługi całorocznego oczyszczania dróg muszą być sprawne przez cały okres realizacji usługi (utrzymywanie i serwisowanie leży w gestii Wykonawcy)”. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, że postanowień powyższych nie można spełnić, gdyż wszelkie urządzenia techniczne są zawodne. Regulację tę należy odczytywać w taki sposób, iż Zamawiający oczekuje zapewnienia ciągłości świadczenia usługi, a z tym z kolei wiąże się konieczność dostarczenia sprzętu zastępczego.

Zamawiający w Załączniku Nr 6 do SIWZ, Sekcja C, określił sposób rozliczania usług objętych przedmiotem zamówienia, a w Rozdziale 1 zawarł regulacje dotyczące części A. W zakresie usługi związanej z utrzymaniem zimowym wskazał, że 100 m² ręcznego oczyszczania powierzchni rozliczane będzie tak, jak 2 km pługowania (Rozdział 2, ppkt 2.2). Podniesiony zarzut w tym przedmiocie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Odwołujący się „Sanipor” nie wykazał, że koszt ręcznego oczyszczania wskazanej powierzchni jest wyższy niż koszt pługowania określonej powierzchni. Ponadto sam sposób określenia kosztu ręcznego oczyszczania nie budzi sprzeciwu, gdyż według twierdzeń Zamawiającego zaprezentowanych na rozprawie, usługa ta należy do marginalnych. Kolejną kwestionowaną przez Odwołującego się „Sanipor” regulację, z której wynika, iż „posypywanie jezdni dróg środkami chemicznymi, w ramach podejmowanych, uzasadnionych działań profilaktycznych rozliczane będzie zawsze jak przy posypywaniu jezdni drogi kat. I i II dla zimy lekkiej” (Rozdział 2, ppkt 2.4), należy ocenić jako prawidłową. W postanowieniu tym nie sposób doszukać się ograniczenia wynagrodzenia wykonawcy. Trudno sobie bowiem wyobrazić, iż posypywanie podejmowane w ramach działań profilaktycznych będzie wymagało większego nakładu pracy niż posypywanie w warunkach zimy lekkiej. Również o żadnej dowolności Zamawiającego pod kątem zaliczenia drogi do określonej kategorii nie może być mowy, bowiem stawka za posypywanie w warunkach zimy lekkiej jest taka sama zarówno dla dróg kategorii I, jak i II. Jednocześnie „w przypadku wykonywania przez pojazdy prowadzące akcję zimową, jednoczesnego posypywania i pługowania jezdni, usługa taka będzie rozliczana jako usługa posypywania (Rozdział 2, pkt 2.5). Odwołujący się podnosi, iż wynagrodzenie za posypywanie jest nieadekwatne za wykonywanie usługi pługowania i posypywania, gdyż koszty są inne w przypadku obu rodzajów usług. Odwołujący się nie wskazał o jakie koszty chodzi i jaka jest ich wysokość, tak iżby wykazać, że przy łącznym wykonywaniu usługi posypywania i pługowania należało ustalić odrębne wynagrodzenie.

18

Jak wynika z § 4 ust. 4 wzoru umowy (dotyczącego części A) „w przypadku braku zastrzeżeń, co do zakresu i jakości wykonanych usług w miesiącu rozliczeniowym, przedstawiciel Zamawiającego zobowiązany jest do dokonania odbioru robót w terminie 7 dni roboczych od daty zgłoszenia przez Wykonawcę zakończenia prac, licząc od dnia roboczego, po którym nastąpiło zgłoszenie”. Zaś Zamawiający będzie dokonywał zapłaty należności w ciągu 21 dni od daty otrzymania faktury (§ 4 ust. 8 wzoru umowy). W świetle przytoczonych postanowień za nietrafne należy uznać twierdzenia Odwołującego się „Sanipor”, iż brak regulacji w przedmiocie braku odbioru robót przez Zamawiającego we wskazanym terminie. W tym względzie należy bowiem stosować odpowiednie unormowania k.c., dotyczące zwłoki wierzyciela, tj. art. 486 k.c. Zakreślony termin zapłaty nie budzi również zastrzeżeń. Oceny tej nie zmienia także fakt, że Zamawiający przewidział 7 -dniowy termin odbioru robót. Przyjęta w tym względzie regulacja nie sprzeciwia się bowiem przepisowi art. 5 k.c.

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy, „wykonawca zobowiązany jest wykonywać usługi z należyłą starannością, fachowo i terminowo w pełnym zakresie, określonym w załączniku Nr 1 do niniejszej umowy, a także wykonywać wszystkie inne czynności niewymienione w opisie przedmiotu zamówienia, lecz niezbędne dla właściwej realizacji umowy”. Zamawiający w ten sposób wskazał, że opisując przedmiot zamówienia określił główne czynności determinowane celem usługi będącej przedmiotem zamówienia. Nie oznacza to jednak, że niewymienienie którejkolwiek czynności niezbędnej do realizacji umowy niweczy cel lub staje się podstawą żądania dodatkowego wynagrodzenia. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w

tak zakreślonych ramach możliwe jest określenie przez wykonawcę, będącego przecież profesjonalistą, zamkniętego katalogu czynności niewyspecyfikowanych i właściwe skalkulowanie ceny oferty.

Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 3-krotnego wynagrodzenia miesięcznego brutto przypadającego za miesiąc poprzedni (lub 10% ceny oferty brutto, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło w pierwszym miesiącu realizacji zamówienia), w przypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca (§ 7 ust. 1 wzoru umowy). W istocie mowa tu o odszkodowaniu, bowiem w drodze umowy wykonawca zobowiązuje się wobec Zamawiającego do świadczenia odszkodowawczego z tytułu szkody, którą wyrządzi w wyniku swojego działania. Powyższa regulacja jak najbardziej może się ostać, zaś wykonawca ewentualnego odszkodowania będzie mógł dochodzić na zasadach ogólnych k.c. Zamawiający zastrzegł również, że „w przypadku braku pełnej realizacji przez Wykonawcę usług określonych w Załączniku nr 1 lub ich wykonania z nienależytą jakością lub starannością, potwierdzonych wpisem do Dziennika Prac i protokołem odbioru prac, Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną na zasadach określonych w niniejszym paragrafie” (§ 7 ust. 2 wzoru umowy). Za

19

nienależyte wykonanie prac rozumie się w szczególności realizację usługi niezgodnie z przyjętymi standardami, nieterminowo, niezgodnie z harmonogramem lub innymi uzgodnieniami dokonanymi z Zamawiającym (§ 7 ust. 5 wzoru umowy). Zdaniem Odwołującego się „Sanipor” takie usankcjonowanie obowiązku zapłaty kar umownych jedynie przez wykonawcę jest niedopuszczalne. W tym miejscu, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia, że regulacja powyższa wynika z treści art. 483 § 1 k.c. Kara umowna stanowi w istocie naprawienie szkody z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Oznacza to, że może dotyczyć wyłącznie świadczenia niepieniężnego, a do takiego zobowiązany jest wykonawca (dłużnik). Zamawiający nie ma również obowiązku stwierdzenia tego faktu z udziałem wykonawcy. Z doświadczenia życiowego wynika nawet, że częstokroć wykonawcy nie chcąc się narazić na przedmiotowe sankcje, celowo unikają udziału w tego rodzaju akcjach kontrolnych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Odwołujących się, iż przesłanki nakładania kar są niejasne. Z treści § 7 wzoru umowy wyraźnie wynika, iż wykonawca zobowiązany jest zapłacić karę umowną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania określonych prac. Jednocześnie Zamawiający zdefiniował, co oznacza pojęcie „nienależytego prac”. Kara umowna ma funkcję tylko wykonania spełniać nie kompensacyjną, ale i prewencyjną, stąd jej wysokość nie budzi zastrzeżeń. Analogicznie należy ocenić postanowienia, zgodnie z którymi, w przypadku nie wywiązania się przez Wykonawcę z obowiązku wyposażenia w prawidłowo działające urządzenia do monitorowania pracy sprzętu, wykonawcy przysługiwać będzie 50% wynagrodzenia brutto obliczonego na podstawie innych dostępnych dokumentów (np. kart drogowych), wskazujących zakres wykonanych prac za dany okres realizacji usługi” (§ 7 ust. 9 wzoru umowy), jak i postanowienia, że w przypadku wystąpienia awarii urządzeń monitorujących uniemożliwiającej realizację zadań systemu monitorowania, o których mowa z Załączniku nr 1, zawinionej przez Wykonawcę lub nieusunięcie takiej awarii w ciągu 48 godzin od jej wystąpienia – Zamawiający ma prawo każdorazowo naliczyć karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia miesięcznego brutto za każdą rozpoczętą dobę, w której nastąpiło ww. naruszenie (§ 7 ust. 10 wzoru umowy). W tym miejscu należy dodać, że żądanie wdrożenia systemu monitorowania pracy sprzętu należy uznać za uzasadnione. Trudno bowiem odmówić Zamawiającemu uprawnienia chociażby do bieżącego śledzenia pozycji pojazdów i bieżącej kontroli pracy sprzętu. Odwołujący się ewentualnie nie wykazał, że wymóg ten ogranicza uczciwą konkurencję. Nie wszyscy wykonawcy zajmujący się tego rodzaju działalnością będą mogli ten wymóg spełnić, jednakże nie świadczy to o nie zachowaniu uczciwej konkurencji. Zaś ewentualny koszt zakupu tych urządzeń należy uwzględnić w cenie oferty.

20

Za „niewywiązywanie się Wykonawcy z obowiązków wynikających z zapisów SIWZ innych niż wymienione powyżej [chodzi o ust. powyżej ust. 6 § 7 wzoru umowy],

Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia miesięcznego brutto za każdą stwierdzoną nieprawidłowość". Odwołujący się zarzuca, iż nie wiadomo o jaką nieprawidłowość chodzi. Stanowiska tego nie podziela Krajowa Izba Odwoławcza. Należy bowiem przyjąć, co z treści § 7 wzoru umowy jasno wynika, że chodzi o niewykonanie lub nienależyte wykonanie czynności, z wyjątkiem prac związanych z zimowym i pozimowym oczyszczaniem dróg oraz letnim oczyszczaniem dróg.

Zgodnie z § 9 ust. 1 wzoru umowy „Zamawiający może odstąpić od umowy w następujących przypadkach:

- a) wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy,
- b) zostanie wszczęte postępowanie układowe lub upadłościowe albo zostanie ogłoszona upadłość Wykonawcy lub Wykonawca utraci zdolność finansowania prac,
- c) powtarzającej się, czterokrotnej w ciągu jednego miesiąca udokumentowanej negatywnej oceny z tytułu nienależytego wykonania usługi,
- d) Wykonawca nie przystąpił do prac lub przerwał ich realizację bez uzasadnionej przyczyny oraz nie rozpoczął ich pomimo wezwania przez Zamawiającego na piśmie,
- e) Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku określonego w Załączniku nr 1 {zał. nr 6 do siwz} (wyposażenie w urządzenia do monitorowania pracy sprzętu)".

Odstąpienie od umowy może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach określonych w ust. 1 lit. a, zaś w pozostałych przypadkach, Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy niezależnie od daty powzięcia wiadomości o tych sytuacjach (§ 9 ust. 3 i 4 wzoru umowy). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przesłanki odstąpienia przez Zamawiającego od umowy są określone w sposób jasny i precyzyjny, zaś katalog tych przesłanek nie narusza przepisu art. 5 k.c.

Wykonawca może odstąpić od umowy w przypadku nieuregulowania przez Zamawiającego przez okres dłuższy niż 3 miesiące należności wynikających z faktur za realizację przedmiotu umowy (§ 9 ust. 6 wzoru umowy). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przedmiotowe postanowienie jest niedopuszczalne, gdyż naraża wykonawcę na obowiązek realizowania usługi w sytuacji, gdy opóźnienia w wypłacie wynagrodzenia będą znaczne. W efekcie, w ten sposób, termin płatności wynagrodzenia miesięcznego może zostać przesunięty w czasie o 118 dni (7 dni na dokonanie odbioru + 21 termin płatności + 90 dni), a wykonawca zostaje zmuszony przez ten okres do kredytowania zobowiązań Zamawiającego. Argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie, a poparta dowodami z dokumentów, iż Zamawiający reguluje swoje zobowiązania terminowo nie zmienia oceny spornego postanowienia, gdyż w rozstrzygnięciu protestu z

21

dnia 19 września 2008 r. Zamawiający wyjaśnia, iż przedmiotowa regulacja ma służyć zapewnieniu realizacji zadań publicznych „przy chwilowym niedysponowaniu środkami publicznymi”.

W tym stanie rzeczy zarzuty naruszenia przepisu art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 k.c. znalazły potwierdzenie, natomiast zarzut naruszenia przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, gdyż na dzień ustalania wartości zamówienia Zamawiający w sposób prawidłowy ustalili całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika Odwołującego się – Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański s.j., w kwocie 4 185 zł 06 gr.

22

(Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*