

**Sygn. akt: KIO/UZP 1230 /08**

**WYROK**  
**z dnia 21 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **RAR R. Olwiński R. Wachowski, Sp. J., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** protestu z dnia **14 października 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** 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 wpisu uiszczonego przez **RAR R. Olwiński R. Wachowski, Sp. J., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz **RAR R. Olwiński R. Wachowski, Sp. J., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **RAR R. Olwiński R. Wachowski, Sp. J., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa**.

### **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Konserwację oświetlenia ulicznego na terenie M. St. Warszawy” (NDZP/133/PN/80/08)*, zostało wszczęte przez Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, zwane dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 189-250537 w dniu 30.09.2008 r. W tym dniu została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: *„SIWZ”*

W dniu 14.10.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. art.180 ust.3 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: *„Pzp”* firma: „RAR” R. Olwiński - R. Wachowski Spółka Jawna, 01-904 Warszawa, ul. Aspekt 69 lok. 2 i 3, adres dla korespondencji: 01-513

Warszawa, ul. Felińskiego 2 B, zwana dalej: „*Protestującym*” albo „*Odwolującym*” wniosła protest na SIWZ.

Protestujący stwierdził, iż przedmiotem protestu są postanowienia SIWZ zawarte w:

1. punkcie 12 „*Opis sposobu obliczenia ceny*”,
2. „*Formularzu ofertowym*”,
3. Specyfikacji Technicznej - pkt 27, pkt 32, pkt 48,
4. wzorze umowy nr NDZP/1333/PN/80/08 - § 2 ust.2, ust.10, § 3 ust.3, § 5 pkt 26, pkt 31, § 7 pkt 1 ppkt 3.

Powyższe zapisy wskazują, zdaniem Protestującego, na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i opisu sposobu kalkulacji ceny ofertowej, ustanawiające warunki wykonywania zamówienia, z których w sposób oczywisty wynika oczekiwanie Zamawiającego na nieodpłatne świadczenie przez wykonawców części robót, oraz wymagające od wykonawców nadmiernych i niemożliwych do wykonania części świadczeń stanowiących przedmiot zamówienia, naruszają one przepisy:

- art. 29 ust.1 i 2,
- art. 2 pkt 13,
- art. 7 ust.1 Pzp,

czym naruszają jego interes prawny uniemożliwiając złożenie rzetelnie skalkulowanej oferty i ubieganie się o uzyskanie zamówienia na zasadach określonych przepisami obowiązującego prawa.

Interes prawny Protestującego został naruszony w sposób oczywisty przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu i bezprawne nie zastosowanie się do bezwzględnych dyspozycji przepisów Pzp i tym samym obarczenie postępowania wadami implikuje pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia ważnej umowy na mocy obowiązujących przepisów Pzp. Wobec powyższego żądał modyfikacji treści SIWZ, doprowadzenia przedmiotowego postępowania do stanu zgodnego z prawem, gdyby jednak okazało się, iż Zamawiający nie dokonał modyfikacji zapisów w SIWZ, w Specyfikacji Technicznej, we wzorze umowy NDZP/1333/PN/80/08 oraz formularzu ofertowym, żądał alternatywnie unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Po pierwsze, Protestujący w ramach argumentacji stwierdził, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług polegających na konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie M. st. Warszawy (kod CPV 50.23.20.00 - Usługi w zakresie konserwacji publicznych instalacji oświetleniowych i sygnalizatorów).

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił dokładnie ilość opraw objętych świadczeniem konserwacji w każdej części. Jako kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty przyjęto: „*miesięczną cenę brutto konserwacji 1 oprawy oświetleniowej*” (pkt 14.1. SIWZ).

W pkt 12.5 SIWZ: „Opis sposobu obliczenia ceny” oraz w § 2 ust.1 wzoru umowy Zamawiający wymaga podania „całkowitego wynagrodzenia” za konserwację wskazanej ilości opraw. W tym kontekście nasuwa się istotna wątpliwość, zdaniem Protestującego, mogąca skutkować błędnym sporządzeniem oferty, z uwagi na treść i układ załączonego do SIWZ wzoru „Formularza oferty”, w którym Zamawiający wskazał na obowiązek podania „ceny netto”, „VAT”, „ceny brutto”. Czy wskazane pozycje, w świetle postanowień sposobu obliczenia ceny i postanowień umowy mają dotyczyć „ceny ofertowej” rozumianej jako sumaryczne wynagrodzenie za wykonywanie wskazanych usług czy też mają dotyczyć „miesięcznej ceny konserwacji 1 oprawy oświetleniowej”? Ten brak jednoznaczności może powodować błędy w sporządzeniu oferty, skutkujące możliwością jej odrzucenia.

W związku z tym Protestujący żądał wprowadzenia do SIWZ właściwych zapisów, jednoznacznie wskazujących na kwotę (cena jednostkowa za miesięczną konserwację 1 oprawy, czy też kwota wynagrodzenia za świadczenie usług objętych przedmiotem postępowania), jaką należy podać w formularzu ofertowym.

Po drugie, w Specyfikacji technicznej zwanej dalej: „ST”: „Zakres konserwacji” Zamawiający wymagał od wykonawców, między innymi, usuwania i naprawy zniszczeń, jakie następować będą w wyniku kolizji drogowych. Zgodnie z postanowieniami pkt 48 ST oraz § 3 wzoru umowy płatności za wykonywanie tych napraw, obejmujące koszty materiałów (słupy, maszty, wysięgniki i oprawy) dokonywane będą przez Zamawiającego tylko do wysokości 10% wartości umowy brutto. W przypadku: „wykorzystania przez Wykonawcę”, zdaniem Protestującego, tej kwoty Zamawiający nie będzie pokrywał wydatków na zakup niezbędnych materiałów, pomimo iż będzie wymagał ich wykonania. Oznacza to, zdaniem Protestującego, że w przypadku zaistnienia zdarzeń losowych (kolizji drogowych powodujących uszkodzenie słupów, masztów, opraw itp.), których nieprzewidywalne na etapie zawierania umowy koszty przekroczą 10% ceny ofertowej, koszty te Wykonawca zobowiązany będzie pokrywać ze środków własnych, świadcząc de facto nieodpłatną usługę na rzecz Zamawiającego [np. zakup tylko 3 masztów o wysokości powyżej 18 m uszkodzonych w wyniku np. 3 kolizji drogowych może spowodować wykorzystanie prawie w całości kwoty na naprawy uszkodzeń (szacunek 10% ceny brutto za część zamówienia - Rejon Praga Północ). Likwidacja i naprawy wszelkich pozostałych skutków kolizji drogowych (zgodnie z prognozą Zamawiającego - punkt 12.2.2. SIWZ - należy przewidywać w tym rejonie ok. 25 takich zdarzeń) odbywać się będą musiały na koszt wykonawcy].

Jest to, zdaniem Protestującego, istotne naruszenie zasad rzetelnego i uczciwego prowadzenia postępowania, niezgodnego z postanowieniem pkt 13 art. 2 Pzp - zamówienie to umowa odpłatna, a więc umowa, w której określone świadczenia wykonawcy powodują powstanie ekwiwalentnego zobowiązania finansowego Zamawiającego. Przyjęta przez

Zamawiającego nieuczciwa próba przeniesienia kosztów na wykonawcę jest o tyle niezrozumiała, jak uważa Protestujący, że sposób rozliczenia kosztów, jakie ponosić będzie Wykonawca z tytułu napraw uszkodzeń powstałych w wyniku kolizji drogowych został dostatecznie precyzyjnie i jednoznacznie określony w zakresie progu 10% ceny ofertowej.

Wobec powyższego, Protestujący zażądał usunięcia zapisów dotyczących obowiązku nieodpłatnego dokonywania napraw elementów oświetlenia uszkodzonych w wyniku kolizji drogowych, w przypadku gdy ilość i zakres tych prac przekroczy 10% ceny ofertowej.

Z tych samych powodów żądał również usunięcia podobnych zapisów nakładających na wykonawcę:

- 1) albo obowiązek ponoszenia nakładów nie ujętych w zakresie usług konserwacji (np. pkt 32 ST, w którym Zamawiający zobowiązuje przyszłego wykonawcę do „uzupełnienia” tzn. zakupu i zainstalowania skradzionych elementów lub całych urządzeń np. szaf oświetleniowych),
- 2) albo nieodpłatnego świadczenia usług, których ilość i rodzaj nie zostały jednoznacznie określone (np. punkt 25 ST nakładający obowiązek podłączenia, załączenia i wyłączenia urządzeń oświetleniowych związanych z imprezami okolicznościowymi, których ilość ani zakres nie został określony).

Po trzecie, Zamawiający stanowiąc o zakresie zamówienia i sposobie świadczenia usługi postawił wykonawcy w pkt 27 ST wymóg: *„usunięcia w czasie maksymalnym 1,5 godziny od chwili otrzymania zgłoszenia, przypadków zaciemnienia ciągu opraw”*, jednocześnie sankcjonując karami umownymi za niedotrzymanie wskazanego terminu (§ 7 ust. 2 umowy). Mając na uwadze procedury naprawy urządzeń elektrycznych, kwestię identyfikacji powodu zaistnienia takiego zdarzenia (zaciemnienie ciągu opraw) a także lokalizację miejsca awarii i określenie sposobu jej usunięcia, Protestujący stwierdził, że wskazanie czasu: *„usunięcia awarii”*, bez uwzględnienia powyższych okoliczności stanowi o zaprzeczeniu racjonalności określenia wymaganego sposobu świadczenia (świadczenia z należytą starannością). Czym innym, jak wskazał Protestujący, i nie budzącym wątpliwości, jest nałożenie na wykonawcę obowiązku niezwłocznego, czy też natychmiastowego podjęcia działań i prac związanych z koniecznością usunięcia awarii w określonym czasie od zgłoszenia (szybkość podjęcia działań na zgłoszenie). Należy w tym miejscu zauważyć, że jednocześnie do innych, zidentyfikowanych sposobów naprawy w przypadku ich zaistnienia, Zamawiający wskazuje racjonalny czas naprawy (np. pkt 29 ST).

Stanowienie wysokich kar umownych za następstwa zdarzeń, których zaistnienie nie leży po stronie wykonawcy (losowość wystąpienia awarii lub też powstanie awarii w wyniku działań osób trzecich) stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, rozumianej przecież nie tylko jako jednakowe postawienie wymagań w stosunku

do wszystkich wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia, ale także, jako stanowienie wymagań możliwych do spełnienia przy zachowaniu należytej staranności działania wykonawcy. W związku z powyższym żądamy zmiany w postanowieniach wzoru umowy w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o wprowadzenie stosownych zmian zapisów do SIWZ (ST, wzoru umowy). W przypadku niemożności dokonania przez Zamawiającego zmian zapisów umowy, zmian w SIWZ i ST, żądamy unieważnienia postępowania jako postępowania prowadzącego do podpisania umowy niezgodnej z obowiązującym prawem, a więc podlegającej unieważnieniu.

W dniu 16.10.2008 r. Zamawiający faxem oraz poprzez zamieszczenie na stronie internetowej przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 22.10.2008 r. poprzez jego oddalenie w całości.

Zamawiający, nie zgodził się z zarzutem pierwszym - dotyczącym formularza cenowego, iż jest on niejednoznaczny i może spowodować błędy w sporządzaniu oferty. Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ - W ofercie Wykonawca podaje miesięczną cenę konserwacji 1 oprawy oświetleniowej (netto, VAT, brutto) dla wybranej części (maksymalnie 4 części). Wszystkie ceny winne być określone do dwóch miejsc po przecinku. Wykonawca zgodnie z w/w punktem wpisuje miesięczną cenę konserwacji w formularzu oferty. Na podstawie tej ceny wyliczona zostaje całkowita kwota za konserwację która zostaje wpisana w umowę.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieodpłatności usuwania awarii uznał go za bezzasadny. W przypadku wyczerpania kwoty 10% przeznaczonej na pokrywanie kosztów materiałów uszkodzonych w wyniku kolizji drogowych (zgonie z § 3 ust. 1 wzoru umowy) Wykonawca będzie zobowiązany odtwarzać urządzenia oświetleniowe uszkodzone w wyniku kolizji drogowych w ramach zaproponowanej stawki za konserwację oświetlenia (zgodnie z § 3 ust. 3 wzoru umowy). Stawki zaproponowane przez Wykonawców muszą więc uwzględniać konieczność odtwarzania urządzeń oświetleniowych uszkodzonych w wyniku kolizji drogowych także po wyczerpaniu 10% kwoty przeznaczonej na zapłatę za materiały oraz wszelkie koszty związane z naprawą oświetlenia zgodnie z wymogami § 5 wzoru umowy (min. kradzieże, dewastacje).

Ponieważ poprawne działanie oświetlenia ulicznego ma duży wpływ na bezpieczeństwo mieszkańców, czas naprawy oświetlenia musi być możliwie najkrótszy. Wykonawca, zdaniem Zamawiającego, posiadający odpowiednią liczbę fachowej kadry zdolny będzie do szybkiej reakcji i naprawę zaciemnionego ciągu opraw oświetleniowych.

Zbędne wydłużanie czasu potrzebnego na usunięcie awarii i ponowne załączenie oświetlenia, może skutkować wystąpieniem realnego zagrożenia dla uczestników ruchu drogowego. Zamawiający nie widzi naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż każdy z potencjalnych Wykonawców przed przystąpieniem do przetargu i znając wymagania postawione przez Zamawiającego, musi przeanalizować na ile rejonów może złożyć ofertę, tak aby możliwe było rzetelne wypełnianie obowiązków przez posiadaną kadrę pracowników.

W dniu 27.10.2008 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie, jak wskazał Odwołujący, wniesione w dniu 27.10.2008 r. miało miejsce z zachowaniem terminu określonego w przepisach art. 184 ust.2 (zgodnie z przepisami art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4.09.2008 r. zmieniającej ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058) do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie stosuje się przepisy w brzmieniu obowiązującym na dzień złożenia protestu). Podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w proteście.

W odniesieniu do zarzutu w zakresie niejednoznaczności Formularza cenowego i wysokości ceny ofertowej, Odwołujący uznał, iż wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu stanowią zadość żądaniu Odwołującego, w zakresie zarzutów dotyczących niejednoznaczności Formularza cenowego oraz kalkulacji ceny ofertowej.

W odniesieniu do zarzutu w ST z „*Zakresu konserwacji*”, tj. wymogu, między innymi, usuwania i naprawy zniszczeń, jakie następować będą w wyniku kolizji drogowych, Odwołujący stwierdził, co następuje: Zgodnie z postanowieniami pkt 48 ST oraz § 3 wzoru umowy płatności za wykonywanie tych napraw, obejmujące koszty materiałów (słupy, maszty, wysięgniki i oprawy) dokonywane będą przez Zamawiającego tylko do wysokości 10% wartości umowy brutto. W przypadku „*wykorzystania przez Wykonawcę*” tej kwoty Zamawiający nie będzie pokrywał wydatków na zakup niezbędnych materiałów, pomimo iż będzie wymagał ich wykonania. W następnej kolejności Odwołujący powtórzył argumentację w tym zakresie z protestu.

Odwołujący odnosząc się do wskazania Zamawiającego, iż wynagrodzenie za dokonywanie napraw elementów oświetlenia ulicznego uszkodzonego lub zniszczonego w wyniku kolizji drogowych przekraczające 10 % ceny ofertowej, wykonawca zobowiązany jest zawrzeć w kalkulowanej cenie jednostkowej, stwierdził, iż jest to naruszenie zasad określenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonywanie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, przepisy Pzp w sposób bezsporny zobowiązują Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia w sposób „jednoznaczny i wyczerpujący uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (art. 29 ust.1), w tym niewątpliwie - na możliwość rzetelnego skalkulowania ceny ofertowej.

Ponadto, stwierdził, iż obliczenie ceny na świadczenie usług konserwacji oświetlenia ulicznego przy wskazaniu przez Zamawiającego, z dokładnością co do jednej oprawy oświetleniowej, przy znajomości zakresu robót (doświadczeniu i wiedzy wykonawcy w tym zakresie), jest możliwe i nie budzi istotnych problemów.

Problemem jest, jednakże, objęcie przez Zamawiającego przedmiotem zamówienia usuwania i naprawy zniszczeń, będących następstwem kolizji drogowych, których wystąpienie jest zdarzeniem losowym i nieprzewidywalnym, zarówno co do ilości jak i zakresu prac w każdym przypadku wystąpienia takiego zdarzenia. Narzucenie przez Zamawiającego sposobu rozliczeń z wykonawcą w tym zakresie - kosztorysowego w stosunku do określonej kwoty (a więc rzetelnego, przejrzystego i podlegającego weryfikacji), a w pozostawieniu pozostałego należnego wynagrodzenia poprzez nakaz ujęcia w jednostkowym koszcie miesięcznej konserwacji 1 oprawy oświetleniowej jest w ocenie Odwołującego, nieprawidłowy.

Przywołuje także art. 150 ust. 1 Pzp, odnoszący się do zasad określania wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ale jednocześnie w sposób jednoznaczny wskazujący, iż podstawą oceny ofert w zakresie należnego wynagrodzenia lub podstawy do ustalenia należnego wynagrodzenia może być:

- 1) cena całkowita podana w ofercie - obejmująca ściśle i jednoznacznie określoną wielkość (wolumen) przedmiotu zamówienia, lub
- 2) wartość nominalna zobowiązania, jeżeli w ofercie podawana jest cena jednostkowa (jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu) - co z kolei należy rozumieć, jako uprawnienie do takiego sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli Zamawiający nie jest w stanie wskazać precyzyjnie ilości prac lub usług, które wykonawca zobowiązany będzie wykonać.

W takim przypadku, umowa zostaje wykonana albo poprzez wykonanie wszystkich prac lub usług, jeżeli ich sumaryczna wartość jest mniejsza od określonego nominalnego zobowiązania albo umowa wygasa po wyczerpaniu tej kwoty, nawet wówczas gdy, nieprzewidywalna na etapie składania ofert ilość robót lub usług, nie zostanie w całości wykonana.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, zdaniem Odwołującego, nie dopełnia ani jednego ani drugiego wymogu.



Po pierwsze - podawana w ofercie, będąca podstawą wyboru - jednostkowa cena miesięcznej konserwacji 1 oprawy oświetleniowej, na podstawie której obliczana jest wysokość wynagrodzenia umownego nie wynika ze ściśle i jednoznacznie określonej wielkości przedmiotu zamówienia - ilość i zakres uszkodzeń, będących następstwem kolizji drogowych, które wykonawca zobowiązany będzie naprawiać nie została, bo z oczywistych powodów, nie mogła zostać jednoznacznie określona.

Po drugie - nie można utożsamiać sposobu obliczenia wynagrodzenia umownego na podstawie ceny jednostkowej, jako wartości nominalnej zobowiązania, gdyż ze wskazanych warunków sposobu wykonania zamówienia wynika, że nawet po rzeczywistym przekroczeniu tej wielkości umowa ma być nadal kontynuowana, tyle że Zamawiający nie będzie zobowiązany do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, iż Pzp zawiera jednoznaczną definicję, powołując się na art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 97, poz. 1050) o cenach zwanej dalej: „*ustawą o cenach*”, która definiuje cenę jako wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, które kupujący obowiązany jest zapłacić sprzedawcy za towar lub usługę uwzględniając podatek VAT oraz podatek akcyzowy o ile na podstawie odrębnych przepisów cena lub towar obciążona jest tymi podatkami. Ustawa o cenach określa także definicję ceny jednostkowej. Definicja ceny jednostkowej zawiera jej art. 3 ust. 1 pkt 2 określający jako cenę jednostkową, cenę ustaloną za jednostkę towaru lub usługi, której ilość lub liczba wyrażona jest w jednostkach miar.

W tym rozumieniu postawiony warunek przez Zamawiającego wliczenia kosztów wykonywania robót budowlanych polegających na wymianie wyeksploatowanej szafy, słupa, kabla, czy też wymiany słupa lub szafy na skutek kolizji drogowej lub kradzieży do ceny za konserwację po wyczerpaniu 10% wartości zamówienia nie stanowi ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 Pzp.

Kryterium ceny oferty powinna być cena odnosząca się do przedmiotu zamówienia, czyli cena jaką Zamawiający zapłaci Wykonawcy, a nie jakakolwiek cena. Cena stanowi wartość wyrażoną w pieniądzu, którą Zamawiający jest zobligowany obowiązującymi przepisami zapłacić za wykonanie przedmiotu zamówienia, tj. za prowadzenie konserwacji i wykonywanie robót budowlanych jakimi są niewątpliwie roboty związane z likwidacją skutków zdarzeń losowych, naprawą lub wymianą wyeksploatowanej szafy oświetleniowej, wyeksploatowanego kabla lub słupa. Bez podania przez Zamawiającego ilości i jakości urządzeń podlegających naprawie lub wymianie nie może być mowy o cenie jednostkowej za wykonane roboty.

Podtrzymał żądania z protestu odnośnie: pkt 48 ST oraz § 3 wzoru umowy, jak również pkt 25 i 32 ST.

W odniesieniu do zarzutu związanego z zapisem Zamawiającego stanowiącym o zakresie zamówienia i sposobie świadczenia w pkt 27 ST wymóg: „*usunięcia w czasie maksymalnym 1,5 godziny od chwili otrzymania zgłoszenia, przypadków zaciemnienia ciągu opraw*”, jednocześnie usankcjonowany karami umownymi za niedotrzymanie wskazanego terminu (§ 7 ust. 2 umowy), Odwołujący podtrzymał w/w zarzut w całości wraz z argumentacją zawartą w proteście.

Dodatkowo wskazał, iż działania Zamawiającego prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i powodują nierówność stron, czym Zamawiający narusza obowiązujący przepis Pzp art. 7 ust 1. Linia orzecznicza w tym zakresie jest bezwzględna - w wyrokach z dnia 29.04.2005 r. (UZP/ZO/0-824/05), z 18.04.2006 r. (UZP/ZO/0-1042/06) arbitrzy zauważyli, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tym samym stwierdzając podstawę do unieważnienia postępowania, ze względu na brzmienie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 28.10.2008 r. Zamawiający faxem oraz poprzez zamieszczenie na stronie internetowej przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności SIWZ, po wysłuchaniu stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, ma interes prawny, gdyż poprawność sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu kalkulacji ceny ofertowej, czyli rzetelnego skalkulowania ceny ofertowej, a tego dotyczą podniesione w proteście i odwołaniu zarzuty, ma istotne i bezpośrednie znaczenie dla Wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie. W przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, tj. złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec nie podtrzymania przez Odwołującego zarzutu niejednoznaczności Formularza cenowego oraz kalkulacji ceny ofertowej w odwołaniu, niniejszy zarzut nie będzie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust.1 i 2 Pzp oraz art. 2 pkt 13 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w. zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp: „*Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*”, z kolei ust. 2 stanowi, że: „*Przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*”.

Zgodnie natomiast, z art. 2 pkt. 13 Pzp: „*Ilekczo w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane*”.

W odniesieniu do między innymi, usuwania i naprawy zniszczeń, jakie następować będą w wyniku kolizji drogowych oraz postanowień pkt 48 ST oraz § 3 wzoru umowy stanowiących, iż płatności za wykonywanie tych napraw, obejmujące koszty materiałów (słupy, maszty, wysięgniki i oprawy) dokonywane będą przez Zamawiającego tylko do wysokości 10% wartości umowy brutto, jak również zapisów nakładających na wykonawcę albo obowiązek ponoszenia nakładów nie ujętych w zakresie usług konserwacji (np. zakupu i zainstalowania skradzionych elementów lub całych urządzeń), albo nieodpłatnego świadczenia usług, których ilość i rodzaj nie zostały jednoznacznie określone (np. obowiązek podłączenia, załączenia i wyłączenia urządzeń oświetleniowych związanych z imprezami okolicznościowymi, których ilość ani zakres nie został określony) Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W ramach załącznika do SIWZ: „SPECYFIKACJA TECHNICZNA – ZAKRES KONSERWACJI URZĄDZEŃ OŚWIETLENIA ULICZNEGO WARSZAWY” w odniesieniu do zapisów zawartych w „Zakresie Konserwacji” Zamawiający określił m.in., iż do obowiązków Wykonawcy będzie należeć: „*Wymiana lub naprawa w ciągu 24 h, kabla, przewodu linii napowietrznej, elementu linii kablowej, napowietrznej (mufa, głowica, izolator, itp.), gdy uległ on uszkodzeniu wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu*” (pkt 29), a także: „*Podłączenie, załączenie i wyłączenie urządzeń oświetleniowych związane z imprezami okolicznościowymi organizowanymi przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy i jednostki mu podległe*” (pkt 25), jak również: „*Uzupełnienie w ciągu 48 h (szafa oświetleniowa, słup), 24 h (kable,*

*przewody, oprawy oświetleniowe, źródła światła) skradzionych elementów urządzeń lub całych urządzeń” (pkt 32).*

Ponadto, Zamawiający określił, iż do obowiązków Wykonawcy będzie należeć także: „*Wymiana lub naprawa w ciągu 48 h, obudowy, konstrukcji, wyposażenia lub całej szafy oświetleniowej – w przypadku ich uszkodzenia wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu” (pkt 28), „Wymiana lub naprawa w ciągu 48 h, słupa oświetleniowego, wysięgnika oprawy w przypadku, gdy uległ on uszkodzeniu wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu” (pkt 30), „Wymiana lub naprawa w ciągu 24 h, opraw oświetleniowych, tabliczek bezpiecznikowych, wymiana źródeł światła, gdy uległy one uszkodzeniu wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu” (pkt 31).*

Powyższe zapisy Zamawiający powtórzył we wzorze umowy w § 5 ust. 24 oraz ust. 27-31 (według nomenklatury Odwołującego § 5 pkt 24 oraz pkt 27 -31): „(....)

*24. Podłączenie, załączenie i wyłączenie urządzeń oświetleniowych związane z imprezami okolicznościowymi organizowanymi przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy i jednostki mu podległe. (.....)*

*27. Wymiana lub naprawa w ciągu 48 h, obudowy, konstrukcji, wyposażenia lub całej szafy oświetleniowej – w przypadku ich uszkodzenia wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu.*

*28. Wymiana lub naprawa w ciągu 24 h, kabla, przewodu linii napowietrznej, elementu linii kablowej, napowietrznej (mufa, głowica, izolator, itp.), gdy uległ on uszkodzeniu wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu.*

*29. Wymiana lub naprawa w ciągu 48 h, słupa oświetleniowego, wysięgnika oprawy w przypadku, gdy uległ on uszkodzeniu wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu.*

*30. Wymiana lub naprawa w ciągu 24 h, opraw oświetleniowych, tabliczek bezpiecznikowych, wymiana źródeł światła, gdy uległy one uszkodzeniu wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, oraz wandalizmu.*

*31. Uzupelnienie w ciągu 48 h (szafa oświetleniowa, słup), 24 h (kable, przewody, oprawy oświetleniowe, źródła światła) skradzionych elementów urządzeń lub całych urządzeń”.*

Zamawiający uregulował także w § 7 ust. 2 lit b i d wzoru umowy kwestie stosowania potrażeń umownych i ich wysokości m.in. ustalił:

„500 zł za niedopełnienie obowiązków wynikających z § 5 ust. 2-11, 13, 17-21, 23, 24, 26, 34-36, 40 liczone dla każdej nieprawidłowości i urządzenia osobno” oraz

„500 zł za każdą dobę opóźnienia czynności wynikających z § 5 ust. 27-32”.

Zamawiający określił również, iż: „(...) przewiduje zwrot kosztów za materiały: słupy, maszty, wysięgniki i oprawy w przypadku ich zniszczenia w wyniku kolizji drogowych. Podstawą do wystawienia faktury VAT za materiały będzie zgłoszenie ww. kolizji do Pogotowia Drogowego Zamawiającego i podpisany przez Inspektora Nadzoru: protokół konieczności z załączoną dokumentacją fotograficzną z naniesioną datą jednoznacznie określającą miejsce i zakres awarii, protokół odbioru z załączoną dokumentacją fotograficzną (z naniesioną datą) potwierdzającą usunięcie awarii, protokół pomiarów elektrycznych po usunięciu awarii oraz kosztorys na słupy, maszty, wysięgniki i oprawy sporządzony według średnich stawek SEKOCENBUD obowiązujących kwartale poprzedzającym kolizję. Protokoły odbioru mają być dostarczane przedstawicielowi Zamawiającego w ciągu 7 dni roboczych po usunięciu awarii. Płatności za ww. wymienione materiały będą realizowane do 10% wartości brutto umowy. W przypadku wykorzystania przez Wykonawcę całej ww. kwoty Wykonawca będzie odtwarzał ww. urządzenia oświetleniowe uszkodzone w wyniku kolizji drogowych w ramach stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej, bez zwrotu kosztów za materiały. W przypadku gdy słup, maszt, wysięgnik lub oprawa nie będą znajdowały się w cenniku SEKOCENBUD podstawą do zwrotu kosztów za materiały będzie faktura VAT wystawiona przez producenta. Robocizna dla prac związanych z odtworzeniem ww. urządzeń ma zostać wliczona przez Wykonawcę w stawkę za konserwację 1 oprawy oświetleniowej” (pkt 48 ST)

Powyższy zapis Zamawiający powtórzył we wzorze umowy w § 3 ust. 1-4: „ (...)

1. przewiduje zwrot kosztów za materiały: słupy, maszty, wysięgniki i oprawy w przypadku ich zniszczenia w wyniku kolizji drogowych. Podstawą do wystawienia faktury VAT za materiały będzie zgłoszenie ww. kolizji do Pogotowia Drogowego Zamawiającego i podpisany przez Inspektora Nadzoru: protokół konieczności z załączoną dokumentacją fotograficzną z naniesioną datą jednoznacznie określającą miejsce i zakres awarii, protokół odbioru z załączoną dokumentacją fotograficzną (z naniesioną datą) potwierdzającą usunięcie awarii, protokół pomiarów elektrycznych po usunięciu awarii oraz kosztorys na słupy, maszty, wysięgniki i oprawy sporządzony według średnich stawek SEKOCENBUD obowiązujących kwartale poprzedzającym kolizję. Protokoły odbioru mają być dostarczane przedstawicielowi Zamawiającego w ciągu 7 dni roboczych po usunięciu awarii. Płatności za ww. wymienione materiały będą realizowane do 10% wartości brutto umowy.
2. W przypadku gdy słup, maszt, wysięgnik lub oprawa nie będą znajdowały się w cenniku SEKOCENBUD podstawą do zwrotu kosztów za materiały będzie faktura VAT wystawiona przez producenta.

3. *Płatności za materiały wymienione w § 3, ust.1 nie mogą przekroczyć 10% wartości umowy brutto tj. kwoty wymienionej w § 2 ust. 2. W przypadku wykorzystania przez Wykonawcę całej ww. kwoty, Wykonawca będzie odtwarzał ww. urządzenia oświetleniowe uszkodzone w wyniku kolizji drogowych w ramach stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej, bez zwrotu kosztów za materiały.*
4. *Robocizna dla prac związanych z odtworzeniem ww. urządzeń ma zostać wliczona przez Wykonawcę w stawkę za konserwację 1 oprawy oświetleniowej”.*

Ponadto, Zamawiający ustalił w pkt 12 SIWZ: „OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY”, gdzie zapisano, iż:

- „12.1. *W ofercie Wykonawca podaje miesięczną cenę konserwacji 1 oprawy oświetleniowej (netto, vat, brutto) dla wybranej części (maksymalnie 4 części). Wszystkie ceny winne być określone do dwóch miejsc po przecinku.*
- 12.2. *Wykonawca uwzględniając wszystkie wymagania, o których mowa w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia.*
  - 12.2.1. *Ilość opraw, w tym: opraw, które płatne będą 100 % ceny ofertowej:*
  - 12.2.2. *Procentowy wskaźnik awarii (liczony jako ilość awarii do ilości opraw na danym rejonie)*
- 12.5. *Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac”.*

W § 2 ust. 10 wzoru umowy zapisano natomiast, że: „Stwierdzona przez Wykonawcę ilość awarii urządzeń oświetlenia ulicznego w czasie obowiązywania niniejszej umowy nie może stanowić podstawy do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy”.

W pkt 2 formularza oferty Wykonawcy składający ofertę oświadczają z kolei: „OŚWIADCZAMY, że powyższe ceny zawierają wszystkie koszty, jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty”.

W § 2 ust.1 wzoru umowy Zamawiający określił, iż: „Całkowite wynagrodzenie za konserwację o której mowa w § 1 wynosi: (.....) W TYM

- 1) *miesięczne wynagrodzenie za konserwację 1 oprawy oświetleniowej (....)”, zaś w ust. 2, iż: „Kwota przeznaczona na usuwanie awarii zgodnie z § 3 (10% wartości umowy brutto, zgodnie z § 2 ust. 1): (...).”.*

Analizując w/w zapisy SIWZ, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, iż wbrew stanowisku Zamawiającego przedstawionego w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie, zapisy SIWZ, a zwłaszcza wzoru umowy nie są wcale tak jednoznaczne w odniesieniu do konieczności wliczenia w stawkę za konserwację 1 oprawy oświetleniowej kosztów odtworzenia urządzeń oświetleniowych w wyniku kolizji drogowych także po wyczerpaniu 10 % kwoty przeznaczonej na zapłatę za materiały. Z treści wzoru umowy wynika bowiem, iż z całą pewnością, tj. § 3 ust. 4, iż wliczeniu podlega robocizna w stawkę za konserwację 1 oprawy oświetleniowej. Natomiast z ust. 3 niniejszego paragrafu wzoru umowy wynika tylko, iż Wykonawca będzie odtwarzał ww. urządzenia oświetleniowe uszkodzone w wyniku kolizji drogowych w ramach stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej, bez zwrotu kosztów za materiały. Zapis ten w żadnym wypadku nie świadczy o konieczności wliczenia kosztów materiałów, czy też pracowników (jak stwierdził na rozprawie Zamawiający) w stawkę za konserwację 1 oprawy oświetleniowej, bez względu na to, czy miałyby to mieć miejsce przed, czy też po wyczerpaniu 10 % kwoty przeznaczonej na zapłatę za materiały. Izba zwraca uwagę na nierealność takiego żądania, a co najmniej duży poziom ryzyka z tym związany. W niniejszym postępowaniu złożono 6 ofert (zgodnie z informacjami wynikającymi z oryginalnej dokumentacji), w których stawka w zależności od rejonu wahała się między ponad 7 PLN, a ponad 10 PLN, wydaje się, iż każdy ze składających ofertę ograniczył się de facto do działań ograniczających ewentualne korzyści majątkowe, jakie może osiągnąć Zamawiający.

Po drugie, Izba zauważa, iż dowód przedłożony na rozprawie w postaci wykazu (pierwszy dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie) poziomu zwrotu za materiały z umów realizowanych od VII do 19.11.2008 r. (umowa z dnia 27.08.2008 r. - drugi dowód złożony przez Zamawiającego, a wzięty pod uwagę przez Izbę) nie jest miarodajny, co do faktycznych kosztów związanych z wyczerpaniem 5 % (wartość niższa niż w przedmiotowym postępowaniu) kwoty przeznaczonej na zapłatę za materiały. Ponadto założony w umowie 5% zwrot za materiały użyte przy usuwaniu kolizji drogowych nie może stanowić miarodajnego dowodu w przedmiotowym postępowaniu z następujących względów – umowa z dnia 27 sierpnia 2008 r. Dotyczy okresu 3 miesięcznego, natomiast przedmiotowe postępowania na prowadzić do zawarcia umowy na okres jednego roku, ponadto nie uwzględnia okresu zimowego, a więc okresu, w którym zaznacza się silny wpływ warunków pogodowych (opady śniegu, śniegu z deszczem, gołoledzie) na warunki drogowe i występujące w związku z tymi zjawiskami atmosferycznymi kolizje drogowe. W tej materii, Izba zauważa, iż wobec oparcia wypłacenia zwrotu za materiały o kosztorys, brak jego przedłożenia lub jego nie uznanie spowoduje, iż dany Wykonawca nie otrzyma żadnego

zadośćuczynienia za poniesione koszty. W rezultacie wpłynie to faktycznie na poziom ryzyka, jakie poniesie Wykonawca podczas realizacji przedmiotowego zamówienia.

Po trzecie, procentowy wskaźnik awarii wynikający z pkt 12.2.2 SIWZ w powiązaniu z 10 % kwotą przeznaczoną na zapłatę za materiały stanowią o różnym traktowaniu wykonawców w zależności od części postępowania, na które złożą oni swoje oferty. De facto bowiem nie od współczynnika awaryjności, ale od ilości oprav zależy wysokość zwrotu za materiały. Przy dużej ilości oprav, a niskim w danym rejonie współczynnikiem awaryjności Wykonawca w konsekwencji otrzymuje faktycznie więcej pieniędzy, tzw. „*większą pulę do wykorzystania*”, niż w rejonie, gdzie ilość oprav jest mniejsza, a awaryjność wysoka. W wyniku powyższego mechanizmu część Wykonawców składając ofertę na rejon z dużą ilością oprav będzie miało relatywnie większą kwotę w ramach 10 % niż Wykonawcy, którzy będą mieli tych oprav mniej, przy tych samych lub podobnych kosztach za materiały i wyższym współczynnikiem awaryjności.

Po czwarte, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się na rozprawie do żądań usunięcia następujących zapisów: pierwszego nakładającego w ocenie Odwołującego obowiązek ponoszenia nakładów nie ujętych w zakresie usług konserwacji związanych z uzupełnieniem w ciągu 48 h (szafa oświetleniowa, słup), 24 h (kable, przewody, oprawy oświetleniowe, źródła światła) skradzionych elementów urządzeń lub całych urządzeń, jak również drugiego nakładającego obowiązek nieodpłatnego świadczenia usług, których ilość i rodzaj nie zostały jednoznacznie określone związanych z podłączeniem, załączeniem i wyłączeniem urządzeń oświetleniowych związanych z imprezami okolicznościowymi organizowanymi przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy i jednostki mu podległe. Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest słuszne, tym bardziej, iż z żadnego zapisu SIWZ, a zwłaszcza wzoru umowy nie wynika konieczność wliczenia kosztu odnoszącego się tak do pierwszego, jak i drugiego przypadku w stawkę za konserwację 1 oprawy oświetleniowej. Zwłaszcza, iż w obu wypadkach usługi wskazane nie są objęte zakresem usługi konserwacji. W tym miejscu należy wskazać, iż fakt niejednoznaczności, co do zasad płatności w tym zakresie jest o wiele większy niż w przypadku odnoszącym się do procentowego wskaźnika zwrotu za materiały. Brak określenia jakichkolwiek danych odnośnie usług związanych z imprezami okolicznościowymi, jak i z uwagi na ich charakter, czyni objęcie ich przedmiotem powyższego postępowania nietrafionym.

Reasumując, Izba zaleca, aby przy przygotowaniu następnego postępowania Zamawiający uwzględnił treść uzasadnienia we wskazanym wyżej zakresie, doprecyzowując zapisy SIWZ, tak aby nie budziły wątpliwości w oprotestowanym zakresie, czyniąc zarazem umowę zawartą faktycznie umową odpłatną.



W odniesieniu do zapisu Zamawiającego stanowiącego o zakresie zamówienia i sposobu świadczenia w pkt 27 ST wymóg: „*usunięcia w czasie maksymalnym 1,5 godziny od chwili otrzymania zgłoszenia, przypadków zaciemnienia ciągu opraw*”, jednocześnie usankcjonowanego karami umownymi za niedotrzymanie wskazanego terminu (§ 7 ust. 2 umowy) Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W ramach załącznika do SIWZ: „*SPECYFIKACJA TECHNICZNA – ZAKRES KONSERWACJI URZĄDZEŃ OŚWIETLENIA ULICZNEGO WARSZAWY*” w odniesieniu do zapisów zawartych w „*Zakresie Konserwacji*” Zamawiający określił m.in., iż do obowiązków Wykonawcy będzie należeć: „*Usunięcie w czasie maksymalnym 1,5 h od chwili otrzymania zgłoszenia, przypadki zaciemnienia ciągu opraw, wraz ze zwrotnym potwierdzeniem usunięcia do Pogotowia Drogowego Zleceniodawcy*” (pkt 27).

Powyższe zapisy Zamawiający powtórzył w § 5 ust. 26 wzoru umowy: „*Usunięcie w czasie maksymalnie 1,5 godziny od chwili otrzymania zgłoszenia wraz ze zwrotnym potwierdzeniem usunięcia do Pogotowia Drogowego Zleceniodawcy, przypadki zaciemnienia ciągu opraw*”.

Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy - Zmniejszenie wynagrodzenia – potrącenia umowne (reklamacje) będzie miało miejsce m.in.: „*W przypadku stwierdzenia w trakcie kontroli zaciemnienia całego ciągu opraw Wykonawca ma obowiązek dokonania naprawy w ciągu maksymalnie 1,5 godziny od chwili zgłoszenia tego faktu do jego pogotowia a ponadto zostaną naliczone potrącenia umowne według następujących kryteriów:*

- a. od 1 do 100 szt. nieczynnych opraw w kontrolowanym ciągu – 0,5% nie świejących opraw zostanie uznane jako ubytki i wpisane do protokołu kontroli (nie mniej niż 1 sztuka),*
- b. powyżej 100szt. nieczynnych opraw w kontrolowanym ciągu – 1% nie świejących opraw zostanie uznane jako ubytki i wpisane do protokołu kontroli.*

*Zaciemniony ciąg opraw podlega ponownemu sprawdzeniu po upływie 1,5 godziny podczas tej samej kontroli. W przypadku stwierdzenia nie usunięcia nie świejącego ciągu jako sumę ubytków w oświetleniu zostanie wpisane do protokołu kontroli 100% opraw z ciągu. W przypadku naprawienia nie świejącego ciągu do protokołu z kontroli zostaną wpisane ubytki stwierdzone po naprawie ww. ciągu”.*

Zamawiający określił również, iż § 7 ust. 2 lit b wzoru umowy kwestie stosowania potrąceń umownych i ich wysokości m.in. ustalił:

*„500 zł za niedopełnienie obowiązków wynikających z § 5 ust. 2-11, 13, 17-21, 23, 24, 26, 34-36, 40 liczone dla każdej nieprawidłowości i urządzenia osobno”.*

Analizując w/w zapisy SIWZ, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający nie wykazał racjonalności wyznaczonego czasu naprawy,

uwzględniającego procedury naprawy urządzeń elektrycznych, kwestię identyfikacji powodu zaistnienia takiego zdarzenia (zaciemnienie ciągu opraw), a także lokalizację miejsca awarii i określenie sposobu jej usunięcia oraz obowiązek świadczenia z należytą starannością.

Po drugie, Izba nie uznaje stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w rozstrzygnięciu protestu, że zbędne wydłużanie czasu potrzebnego na usunięcie awarii i ponowne załączenie oświetlenia, może skutkować wystąpieniem realnego zagrożenia dla uczestników ruchu drogowego, gdyż w takim wypadku należałoby zmniejszyć czasookresy podane dla przypadków określonych w § 5 ust. 27-31 (według nomenklatury Odwołującego § 5 pkt 27 -31) wzoru umowy, czy też w pkt od 28 do 32 ST.

Po trzecie, zdaniem Izby charakter przedmiotu zamówienia, zasady uczciwej konkurencji oraz racjonalność stawianych wymagań nakazują zwiększenie kwestionowanego czasookresu na zasadzie kompromisu, w przeciwnym wypadku, z uwagi na kary umowne określone przez Zamawiającego w SIWZ, jakość świadczonych usług zostanie zastąpiona przez dążenie Wykonawców do dotrzymania wyznaczonego terminu, co wcale nie spowoduje zmniejszenia realnego zagrożenia dla uczestników ruchu drogowego, ale tak w krótszej, jak i dłuższej perspektywie może wskazane zagrożenie zwiększyć.

Po czwarte, Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z warunkiem wykazania się odpowiednią kadrą zawartym w SIWZ minimum - pkt 5.3.2.1 ma to być kierownik budowy /1 osoba – bez względu na ilość składanych części/2 lata, brygadzysta/1 osoba – bez względu na ilość składanych części/1 rok (pkt 5.3.2.2) oraz monter elektryk /4 osoby – na jedną część/ 1 rok (pkt 5.3.2.3), co czyni kwestionowany zapis dodatkowo nieracjonalnym, nawet z uwzględnieniem, iż można złożyć oferty tylko na nie więcej niż 4 części z 16 przewidywanych. Zamawiający za pomocą czasookresu usunięcia awarii zaciemnienia ciągu opraw, praktycznie ograniczył konkurencję do podmiotów posiadających wyspecjalizowaną kadrę, podczas gdy w warunkach podmiotowych nie stawiał wygórowanych wymogów. W tej sytuacji na etapie wykonania umowy może dojść do nałożenia na wykonawcę kar umownych tylko dlatego, że zapewnił wymaganą przez Zamawiającego kadrę w ramach warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu, a nie jest w stanie zorganizować większej niż wymagana ilości osób do realizacji zamówienia w trakcie wykonywania usługi.

Reasumując, Izba zaleca, aby przy przygotowaniu następnego postępowania Zamawiający uwzględnił konieczność wskazania racjonalnego czasu naprawy, uwzględniającego procedury naprawy urządzeń elektrycznych, kwestię identyfikacji powodu zaistnienia takiego zdarzenia (zaciemnienie ciągu opraw), a także lokalizację miejsca awarii, porę roku i określenie sposobu jej usunięcia oraz obowiązek świadczenia z należytą starannością. Przy czym, Izba zwraca uwagę także, iż zapisy z § 5 ust. 15 i 16 (według nomenklatury Odwołującego § 5 pkt 15 i 16) mówiące o likwidacji zagrożeń w czasie maksymalnie 2 godzin są zakresowo mniejsze od zapisu oprotestowanego mówiącego nie

tylko o czasie reakcji, ale o usunięciu zaciemnienia przewidującego czas maksymalny 1, 5 godziny. Wskazane proporcje powinny być co najmniej odwrotne, co nie znaczy, iż Izba preferuje taką działanie. Zdaniem Izby czasookres 1,5 h powinien być wskazany jedynie jako czas potrzebny na przystąpienie do usuwania awarii. Izba uznaje za trafne stanowisko Odwoływającego, że w 1,5 godziny jest możliwe tylko rzetelne zdiagnozowanie zaistniałego problemu i przystąpienie do opracowania sposobu jego usunięcia pod nadzorem kontrolującego ze strony Zamawiającego. W rezultacie Izba uznała zasadność zarzutu Odwoływającego w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust.1 i 2 Pzp oraz art. 2 pkt 13 Pzp.

Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust.1 i 2 Pzp oraz art. 2 pkt 13 Pzp, Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę potwierdzenie się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust.1 i 2 Pzp oraz art. 2 pkt 13 Pzp, jak również z uwagi na otwarcie ofert, które wpłynęły w terminie składania ofert określonym w SIWZ oraz nie skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości jakie daje mu art. 180 ust. 5 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji. Unieważnienie postępowanie z urzędu nastąpiło na podstawie art. 191 ust.3 zd.2 Pzp, zgodnie z brzmieniem obowiązującym przed dniem wejściem w życie nowelizacji Pzp z dnia 04.09.2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), zgodnie bowiem z art. 4 ust. 2 nowelizacji Pzp a contrario do protestów wnoszonych do dnia wejścia w życie nowelizacji stosuje się przepisy dotychczasowe, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Izba stwierdziła, iż zaistniały przesłanki faktyczne i prawne do uznania, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na naruszenie przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 146 ust.1 pkt 6 Pzp). Stwierdzone przez Izbę naruszenia wskazanych wyżej przepisów mają faktyczny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*