

Sygn. akt: KIO/2018/10

WYROK
z dnia 30 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier – Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 września 2010 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe Czyścioch sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok**

przy udziale uczestników postępowania:

- **MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,**
- **TOP 2001 sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,**
- **Przedsiębiorstwa Usługowo – Asenizacyjnego Astwa sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,** którzy zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz
- **Mobilnej Obsługi Przedsiębiorstw – Jarosław Tarachon sp. k. z siedzibą w Białymstoku,** który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Białystok** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe Czyścioch sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** oraz zasądza od **Miasta Białystok** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowego Czyścioch sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesie z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Sygn. akt: KIO/2018/10

Uzasadnienie

Miasto Białystok z siedzibą przy ul. Słonimskiej 1, 15-950 Białystok (dalej „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na letnie i zimowe oczyszczanie jezdni, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, opróżnianie śmietniczek, oczyszczanie ścieżek rowerowych, zieleńców w pasach drogowych na terenie Miasta Białystok.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 3 września 2010 r., co ustalono na podstawie wydruków ze strony internetowej zamawiającego załączonych do akt sprawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 września 2010 r. pod numerem 2010/S 174-266049.

W dniu 17 września 2010 odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w poniższym zakresie:

1. tekst siwz:

- część VI. Warunki udziału w postępowaniu, ust. 1 lit. c) pkt 1) wskazanie „*minimalnej ilości sprzętu*”
- część VI. Warunki udziału w postępowaniu, ust. 1 lit. c) pkt 2) wskazanie „*minimum 20 osób (...) 10 osób*”

2. tekst załącznika nr 13 stanowiącego projekt umowy:

- § 5 ust. 1 i 2 wskazanie, że wykonawca ma dysponować wszelkim sprzętem i ludźmi do wykonania zamówienia,
- § 7 ust. 7 wprowadzenie możliwości podniesienia wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki VAT wyłącznie w drodze decyzji zamawiającego,
- § 8 wprowadzenie rażąco wygórowanych kar umownych,
- § 8 wprowadzenie wieloznacznych sposobów naliczenia kar umownych,

3. treści załącznika nr 1, 2 w zakresie narzuconego przez zamawiającego sposobu obliczania ceny ofertowej,

4. treści siwz w zakresie pkt: I.2.I -Ulice, I.2.II - Chodniki, 1.2.VI - Zieleńce w pasach drogowych, I.3.I - Ulice (sezon zimowy), I.3.II - Chodniki (sezon zimowy), I.3.III - Chodniki w SPP, I.3.IV-Ścieżki rowerowe, I.3.V- Przystanki komunikacji miejskiej, I.3.VI- Śmietniczki,

5. treści siwz w zakresie pkt. VII - wykazu oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu.

W powyższym zakresie odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 5 oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie projektu umowy w sposób składający całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia tylko na jedną stronę umowy - wykonawcę, a także godzące w istotę i cel zamówienia publicznego poprzez:
 - a) wprowadzenie rażąco wygórowanych kar umownych, których zastosowanie doprowadzi do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia (§ 8 projektu umowy),
 - b) wprowadzenie arbitralności zamawiającego w przyjęciu lub odrzuceniu wniosku wykonawcy o podniesienie wynagrodzenia w przypadku podniesienia stawki podatku od towarów i usług (§ 7 ust. 7 projektu umowy),
 - c) wprowadzenie obowiązku natychmiastowego reagowania na telefoniczne (a więc nie pisemne) zgłoszenie przy jednoczesnym pozostawieniu zamawiającemu aż trzech dni na potwierdzenie faksem zgłoszenia,
 - d) zobligowania zamawiającego do rozwiązania umowy w sytuacji stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy 5 protokołami,
2. naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 387 § 1 kc poprzez zastosowanie w projekcie umowy fizycznie niemożliwych terminów wykonania poszczególnych części

zadań składających się na zamówienie - przez wykonawcę, od którego wymaga się dysponowania określoną ilością sprzętu i ludzi,

3. naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający ustalenie realnej wartości zamówienia, pozwalający na różną jego interpretację stosownie do aktualnych okoliczności sprawy, za pomocą niedokładnych i wieloznacznych określeń w szczególności w zakresie:
 - a) ilości sprzętu, jakim powinien dysponować wykonawca poprzez zaznaczenie w siwz, że winien dysponować sprzętem w ilości „nie mniejszej niż (...)” „*minimalna ilość sprzętu na sektor*”, „...*oraz innego sprzętu przeznaczonego do tego celu*” przy jednoczesnym wskazaniu w umowie, że „*wykonawca winien dysponować ilością sprzętu niezbędną do wykonania zamówienia, w więc także większą niż zamówiona przez zamawiającego*”,
 - b) ilości ludzi, jakimi powinien dysponować wykonawca poprzez zaznaczenie w siwz, że winien dysponować ludźmi w ilości „nie mniejszej niż (...)” przy jednoczesnym wskazaniu w umowie, że wykonawca winien dysponować ilością ludzi niezbędną do wykonania zamówienia, w więc także większą niż zamówiona przez zamawiającego,
 - c) wprowadzenia w załącznikach nr 1, 2 - kalkulacji ceny ofertowej w sposób uniemożliwiający jej ustalenie oraz nałożeniu obowiązku przyjęcia kalkulacji według wytycznych zamawiającego, co skutkuje koniecznością zniżenia ceny lub uniemożliwia jej obliczenie,
 - d) określenia w treści specyfikacji w sposób nieprecyzyjny i pozwalający na dowolność wyboru zamawiającego ilości czynności stanowiących podstawę kalkulacji ceny, naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez wprowadzenie nieadekwatnego (zbyt niskiego) do skali, wartości i rozmiaru zamówienia wymogu w zakresie posiadania doświadczenia do wykonania zamówienia,
4. naruszenie § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226 poz. 1817) poprzez wskazanie w siwz (część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 1) tytułu tabeli „*Minimalna ilość sprzętu na sektor*” podczas, gdy w rozporządzeniu posłużono się zwrotem „*wykaz*”, nie zaś „*przykładowy wykaz*”, czy zwrotem podobnym, co jednoznacznie przesądza o zamkniętym katalogu, jakiego przedłożenia może domagać zamawiający,
5. naruszenie § 1 ust. 1 pkt 6 przywołanego wyżej rozporządzenia poprzez wskazanie w siwz (część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 2) „*minimum 20 osób na sezon zimowy (...) oraz 10 osób na sezon letni*” podczas, gdy w rozporządzeniu posłużono się zwrotem „*wykaz*”, nie zaś „*przykładowy wykaz*”, czy zwrotem podobnym,

co jednoznacznie przesądza o zamkniętym katalogu, jakiego przedłożenia może domagać zamawiający,

6. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy przez nałożenie na wykonawców obowiązku posiadania zezwoleń w zakresie odpadów o kodach 16.81.02, których obiektywnie żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku nie jest w stanie uzyskać zgodnie z obowiązującym prawem - ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 132 poz. 622 ze zm.).

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmianę treści siwz w zakresie wymagań dotyczących sprzętu, jakim powinien dysponować wykonawca poprzez usunięcie wymogu, zgodnie z którym zamawiający wymaga sprzętu w ilości nie mniejszej niż wskazana w tabeli zamieszczonej na stronie 15 siwz (część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 1) poprzez:

- a) usunięcie w siwz część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 1) zwrotu „co najmniej”,

- b) zastąpienie w tabeli znajdującej się na stronie 15 siwz (część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 1) tytułu „Minimalna ilość sprzętu na sektor” zwrotem „Wymagana ilość sprzętu na sektor”,

- c) zmianę § 5 ust. 1 i ust. 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 13 do siwz poprzez zastąpienie go zapisami:

„1. Wykonawca powinien dysponować sprzętem i ludźmi w ilości i rodzaju wynikającym z oferty i ust. 2 niniejszego paragrafu. Prace mogą być wykonywane zarówno mechanicznie z ręcznym doczyszczaniem.

2. Wykonawca zapewnia do realizacji prac na terenach objętych zamówieniem własnym staraniem i na własny koszt wszelkie materiały (w tym: środki do zwalczania śliskości np. piasek oraz worki z tworzywa sztucznego do śmietniczek, itd.), transport oraz ilość następującego sprzętu wymienionego w ofercie:

- 1)

- 2) * zostanie wpisane po wyborze oferty”

- 2) zmianę treści siwz w zakresie wymagań w zakresie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia poprzez usunięcie wymogu, zgodnie z którym zamawiający wymaga ludzi w liczbie nie mniejszej niż wskazana w siwz (część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 2) poprzez:
- a) usunięcie w SIWZ część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) pkt 2) zwrotu „*minimum*”,
 - b) zmianę § 5 ust. 1 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ poprzez zastąpienie go zapisami:
„1. Wykonawca powinien dysponować sprzętem i ludźmi w ilości i rodzaju wynikającym z oferty i ust. 2 niniejszego paragrafu. Prace mogą być wykonywane zarówno mechanicznie z ręcznym doczyszczaniem”.
- 3) wskazania w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 13 do siwz postanowienia pozwalającego na zmianę osób wskazanych w stanowiącym załącznik nr 12 do siwz „*Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - sektor ... ***” poprzez dodanie § 5 ust. 10 w brzmieniu: *„10. Wykonawca ma prawo dokonywać zmian osób wskazanych w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, pod warunkiem zachowania liczby niezbędnej do wykonania zamówienia wynikającej z wymogów zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co nie stanowi zmiany umowy i nie wymaga pisemnej akceptacji Zamawiającego”*,
- 4) zmianę treści siwz w zakresie część VI. Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. b) poprzez podwyższenie wartości co najmniej jednego zamówienia polegającego na zimowym lub letnim oczyszczaniu chodników lub dróg publicznych do kwoty 300.000 zł;
- 5) zmianę treści siwz w zakresie załącznika nr 13 do siwz projektu umowy poprzez nadanie § 7 ust. 7 następującego brzmienia: *„7. Miesięczne ryczałty oraz ceny jednostkowe wymienione w ust. 1 i ust. 2 ulegają zmianie na wniosek Wykonawcy w przypadku zmiany stawek VAT określonych przepisami w tym zakresie o wartość wynikającą z tej zmiany, z zastrzeżeniem § 11 ust. 1 umowy,”*
- 6) zmianę treści siwz w zakresie załącznika nr 13 - projektu umowy zakresie § 8 ust. 1 pkt 1, 2, 3,4, § 8 ust. 3, § 8 ust. 4 i § 8 ust. 5 pkt 1 przez nadanie im brzmienia:
- § 8 ust. 1 pkt 1 *„dwukrotne stwierdzenie niewykonania, lub nienależytego wykonania prac rozliczanych cenami jednostkowymi w wysokości 20% wartości dobowej tych prac”*,
 - § 8 ust. 1 pkt 2 *„nieterminowego usunięcia wskazanych usterek w wykonaniu prac rozliczanych cenami jednostkowymi w wysokości 2% wartości dobowej tych prac wobec których stwierdzono usterkę za każdy dzień opóźnienia liczony od upływu terminu wyznaczonego na ich usunięcie”*,

- § 8 ust. 1 pkt 3 „każdorazowe stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania prac rozliczanych miesięcznym ryczałtem - w wysokości 15 % wartości dobowej, w której stwierdzono niewykonanie lub nienależyte wykonanie prac”;
 - § 8 ust. 1 pkt 4 „nieterminowego usunięcia wskazanych usterek w wykonaniu prac rozliczanych miesięcznym ryczałtem w wysokości 2% wartości dobowej tych prac wobec, których stwierdzono usterkę za każdy dzień opóźnienia liczony od upływu terminu wyznaczonego na ich usunięcie”;
 - §8 ust. 3 „W przypadku stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania prac objętych umową, a stwierdzonych pięcioma protokołami kontroli w czasie jednego sezonu, zamawiający niezależnie od naliczania kar umownych będzie uprawniony do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy”;
 - § 8 ust. 4 „W przypadku odstąpienia Wykonawcy lub Zamawiającego od umowy z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 300.000 PLN”;
 - §8 ust. 5 pkt 1 „odstąpienia od umowy przez zamawiającego lub wykonawcę z przyczyn dotyczących zamawiającego - w wysokości 300.000 PLN, za wyjątkiem wystąpienia sytuacji przedstawionej w §10 ust. 1 umowy”;
- 7) zmianę treści siwz w zakresie załączników (nr 1, 2) dotyczących kalkulacji ceny ofertowej - ceny brutto (kolumna trzecia tabeli - dotyczy wszystkich sektorów) przez:
- a) usunięcie w zakresie zadania oczyszczanie ulic nie osiedlowych ... (sezon letni) następującego zapisu „wynikająca z m-cznego ryczałtu (z kol.) podzielonego przez ilość ulic w sektorze i przez 30 dni”;
 - b) usunięcie w zakresie zadania oczyszczanie ulic osiedlowych ... (sezon letni) następującego zapisu „wynikająca z m-cznego ryczałtu (z kol.....) podzielonego przez ilość ulic w sektorze i przez 30 dni”;
 - c) usunięcie w zakresie zadania akcji biernej (sezon zimowy) następującego zapisu „wynikająca z miesięcznej ceny za wykonywanie prac w ramach akcji czynnej (AB)podzielonej przez 30 dni”;
 - d) zmianę w zakresie zadania akcji czynnej ciągłej (sezon zimowy) zapisu z kolumny 3 przez wpisanie: „cena jednostkowa w wysokościzł/dobę wynikająca z miesięcznej ceny za wykonywanie prac w ramach akcji biernej (AB) x WSP 5”;
 - e) zmianę w zakresie zadania akcji czynnej (sezon zimowy) zapisu z kolumny 3 przez wpisanie: „cena jednostkowa w wysokość zł/dobę wynikająca z miesięcznej ceny za wykonywanie prac w ramach akcji biernej (AB) x WSP 2”;
- 8) zmianę treści siwz w zakresie załączników (nr 1, 2) dotyczących kalkulacji ceny ofertowej - ceny brutto (kolumna druga tabeli - dotyczy wszystkich sektorów) przez:
- a) zmianę treści w zakresie zadania ścieżki rowerowe przez wpisanie „prace określone w

- rozdział I pkt 3.IVsiwz oraz wykonywanie tychże prac w terminie przed 15 X1 i po 15 IV "*,
- b) zmianę treści w zakresie zadania chodniki w SPP przez wpisanie „*prace określone w rozdz. I pkt 3.III siwz*”,
- 9) zmianę treści siwz w zakresie pkt I.2.I i tożsamych zapisów w załączniku nr 13 projekt umowy, przez usunięcie z treści siwz i projektu umowy minimalnych ilości wykonywanych czynności oczyszczania ulic, oraz ustalenie zlecenia czynności oczyszczania ulic odpłatnych każdorazowo na podstawie protokołów konieczności,
- 10) zmianę w treści siwz w zakresie pkt I.2.I; I.2.II; I.3.I; I.3.II; I.3.III; I.3.IV; I.3.V; I.3.VI i tożsamych zapisów w załączniku nr 13 projekt umowy, przez wprowadzenie obowiązku potwierdzenia zlecenia pisemnie lub faksem w tym samym dniu co wydanie dyspozycji ustnej,
- 11) zmianę w treści siwz w zakresie pkt I.3.II pkt. 4) tożsamych zapisów w załączniku nr 13 projekt umowy, przez wykreślenie sformułowania „...*oraz innego sprzętu przeznaczonego do tego celu*”,
- 12) zmianę treści siwz w zakresie pkt I.2.VI i tożsamych zapisów w załączniku nr 13 (projekt umowy), przez:
- a) wydłużenie terminu na wywiezienie liści i skupisk krzewów z 1 dnia do 3 dni (tabela 1 pkt 2 kolumna 2),
- b) wydłużenie terminu koszenia trawników przy najniższym poziomie cięcia dokaszanie, grabienie oraz wywiezienie z 1 dnia do 3 dni, oraz wydłużenia okresu koszenia z 1 tygodnia do dwóch tygodni (tabela 1 pkt 7 kolumna 2),
- c) doprecyzowanie, iż 8 koszeń stanowi ilość przewidzianą w danym sezonie (tabela 1 pkt 7 kolumna 3),
- 13) zmianę treści siwz w zakresie pkt. I.3.I.b i tożsamych zapisów w załączniku nr 13 (projekt umowy), przez wydłużenie zakończenia akcji z 24 h do 3 dni,
- 14) zmianę treści siwz w zakresie pkt. I.3.II.a.I i tożsamych zapisów w załączniku nr 13 (projekt umowy), przez określenie, iż wykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu uszkodzenia ciała na chodniku po upływie 6 godzin od ustania opadów,
- 15) zmianę treści siwz w zakresie pkt. 1.3.III.1 i tożsamych zapisów w załączniku nr 13 (projekt umowy), przez usunięcie obowiązku wywozy całości śniegu jednej nocy z gwarancją jego braku na drugi dzień,
- 16) zmianę treści siwz w zakresie pkt. VII.1.2 i VII.2.3 i tożsamych zapisów w załączniku nr 13 (projekt umowy), przez usunięcie zapisu dotyczącego odpadów o kodach 16.81.02.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący wskazał, co następuje:

1. Zarzut dotyczący poziomu referencji:

Zamawiający w wykonaniu dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp określił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie co najmniej jednej podobnej usługi o wartości nie niższej niż 100 000 zł brutto. Zwrócił uwagę, że wartość żądanych przez zamawiającego wadów na poszczególne sektory waha się od 140 000 do 217 000 zł, co świadczy o znacznej wartości, skali i rozmiarze zamówienia. Zamówienie ma być realizowane przez okres trzech lat w zakresie kompleksowego utrzymania w czystości poszczególnych części dużego (300-tysięcznego) miasta. Gwarancje należytego wykonania takiego zamówienia daje tylko taki podmiot, który realizował już podobne zamówienia i jest w stanie ocenić ryzyko, zna realia wiążące się z wykonaniem takiego zamówienia w całości, jak i poszczególnych jego części. Zdaniem odwołującego takiej gwarancji nie daje podmiot, który na przestrzeni ostatnich trzech lat zrealizował jedno zamówienie o wartości 100 000 zł. Odwołujący podniósł że podwyższenie poziomu referencji do kwoty 300 000 zł nie ograniczy konkurencji, ponieważ podmioty realizujące tego rodzaju usługi (w tym podmioty konkurencyjne wobec składającego odwołanie), jak objęte zamówieniem są w stanie wykazać wykonanie zamówień o wartości przewyższającej kwotę 300 000 zł.

2. Zarzut dotyczący „Minimalnego wykazu sprzętu” oraz „minimum”, co do liczby osób:

Odwołujący argumentował, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 4 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226 poz. 1817) dalej zwanym „rozporządzeniem”, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz, zamawiający żąda:

1) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie

dysponowania tymi zasobami,

2) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zwrócił uwagę, iż zgodnie z definicją ze Słownika języka polskiego słowo „wykaz” oznacza pismo zawierające dokładne wyliczenie osób, przedmiotów, faktów itp., spis, lista zestawienie. W analizowanym stanie faktycznym zamawiający zażądał odpowiednio:

1) wykazu minimalnej ilości sprzętu - wskazując jednocześnie w projekcie umowy, że co do zasady wymaga dysponowania także większą ilością sprzętu i jedynym kryterium, stosownie do którego można tę ilość określić jest prawidłowa realizacja umowy,

2) zapewnienia minimum 20 osób na sezon zimowy (...) oraz 10 osób na sezon letni - i analogiczne wymogi w projekcie umowy (§ 5 ust. 1 i 2).

Tymczasem w rozporządzeniu zostało użyte słowo „wykaz”, nie zaś zwrot „przykładowy wykaz”, czy inny równoważny, co pozwala jednoznacznie stwierdzić, że zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, aby ten realizował zamówienie sprzętem i ludźmi w ilości większej niż zamówiona, większej niż w wykazie, a do czego zamawiający dąży formułując § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy.

Zdaniem odwołującego zamawiający wymagając w § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy, aby wykonawca realizował zamówienie za pomocą sprzętu i ludzi w ilości de facto nieograniczonej. Zamawiający tym samym przerzuca całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia na wykonawcę, który nie będzie mógł powołać się na wykaz sprzętu, jakim winien dysponować, ponieważ został on określony jako minimalny, a zatem należy liczyć się z tym, że trzeba go będzie w miarę potrzeb może zwielokrotnić. Tym samym wykonawca winien skalkulować cenę uwzględniając ilość sprzętu z wykazu, ale zapewnić zamawiającemu nawet w przybliżeniu nieokreśloną ilość sprzętu, która skonkretyzuje się dopiero wskutek składania przez zamawiającego zleceń. Powyższe stoi w sprzeczności z ideą udzielania zamówień publicznych, które wymagania winny być jednoznaczne i precyzyjne.

Wszystkie powyższe uwagi odnoszą się analogicznie do kwestii wykazu osób.

3. Zarzut dotyczący § 7 ust. 7 projektu umowy - podniesienie ceny o wartości podwyżki VAT:

Odwołujący podniósł, iż zaskarżony zapis umowny wskazany w § 7 ust. 7 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 13 do siwz zabezpiecza interesy tylko jednej strony - zamawiającego. Powołał art. 353¹ kc wskazując, iż celem zawarcia umowy o świadczenie usług jest z jednej strony zapewnienie przez zamawiającego ustawowego obowiązku oczyszczania ulic, chodników, ścieżek rowerowych, przystanków, śmietniczek oraz zieleńców w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku (w drodze powierzenia realizacji tego obowiązku wyspecjalizowanemu przedsiębiorcy), z drugiej zaś uzyskanie przez wykonawcę określonego wynagrodzenia. Jednocześnie art. 487 § 2 kc dotyczący umów wzajemnych wymaga, aby świadczenie jednej ze stron (oczyszczanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych, przystanków, śmietniczek oraz zieleńców w pasach drogowych) było odpowiednikiem świadczenia drugiej strony (zapłata wynagrodzenia). Zwrócił uwagę, iż projekt umowy załączony do siwz przewiduje uznaniowość zamawiającego w zakresie zmiany wysokości miesięcznego ryczału oraz cen jednostkowych wymienionych w ust. 1 i ust. 2 w związku ze zmianą stawek podatku VAT określonych przepisami w tym zakresie. Pozostawienie umowy w dotychczasowej treści przesunęło ryzyko ewentualnej przyszłej (i planowanej przez resort finansów publicznych) podwyżki stawek podatku od towarów i usług na wykonawcę. Zaskarżany zapis umowny, stawia zamawiającego w pozycji uprzywilejowanej, w której nie poniesie on żadnych konsekwencji zmian cen, a wykonawca zostanie zmuszony, na skutek podwyższenia stawek VAT, do wykonywania usług poniżej ich kosztów skalkulowanych na dzień składania oferty - przy założeniu rentowności przedsięwzięcia.

4. Kary umowne w § 8 projektu umowy:

W zakresie § 8 projektu umowy dotyczącego kar umownych odwołujący wskazał, iż przedstawione przez zamawiającego zapisy umowne nie gwarantują równości stron, w swych konsekwencjach dążą do pozbawienia wykonawców wynagrodzenia. Charakter zastrzeżonych kar umownych co do zasady ma dyscyplinować wykonawców, a nie dążyć do wzbogacenia zamawiającego. Stwierdził, iż zgodnie z art. 353¹ kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zdaniem odwołującego zastrzeżenie w umowie rażąco wygórowanych kar umownych narusza dobre obyczaje kupieckie oraz powoduje nierówne traktowanie stron umowy, co stanowi o sprzeczności takich postanowień z zasadami współżycia społecznego. Stan taki powoduje w najdalej idących konsekwencjach nieważność umowy na podstawie art. 58 § 2 kc.

5. Zarzuty dotyczące niemożności wskazania ceny ofertowej, zgodnie z wytycznymi zamawiającego:

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający na podstawie art. 29 ustawy zobligowany jest do stworzenia zapisów siwz i określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący wskazał, iż zapisy załącznika nr 1 i 2 do siwz uniemożliwiają w niektórych punktach określenia ceny bądź zawierają zapisy narzucające wykonawcom cenę, która na skutek zapisów siwz jest ceną zaniżoną, nie odzwierciedlającą wartości poszczególnych części zamówienia. W ocenie odwołującego zamawiający uniemożliwił wykonawcom określenie ceny w zakresie zadania akcji biernej, czynnej i czynnej ciągłej (sezon zimowy). Zamawiający określił bowiem cenę każdej z akcji jako wynikową, jednakże zamawiający nie określił stałej w oparciu o którą będą wyliczane wynikowe. Zaproponowane przez odwołującego zmiany mają na celu wprowadzenie jako stałej ceny za akcję bierną, pozostałe zaś stanowiąby wynikowe akcji biernej, ustalane przez zastosowanie współczynnika.

Wskazał, iż postanowienia siwz powodują automatyczne zniżenie cen (dotyczy zapisów, w których cena jednostkowa np. 1 km ma wynikać z zastosowania narzuconego mianownika określonego jako 30 dni). Zapisy narzucone przez zamawiającego powodują powstanie sytuacji, w której w zakresie jednego zadania stawka 1 km jest określana przez

wykonawcę, w drugim zaś wynika z zastosowania narzuconych przez zamawiającego postanowień, które zaniżają jego wartość.

Wprowadzenie proponowanych przez odwołującego zmian spowoduje uzyskanie ceny realnej, rynkowej stanowiącej wyraz nieprzymuszonej woli wykonawcy.

W zakresie pozostałych żądań odwołujący stwierdził, iż powiązane są one ze szczegółowymi zarzutami przytoczonymi powyżej i dotyczą przede wszystkim braku możliwości obliczenia ceny na podstawie dotychczasowych zapisów siwz. Podkreślił, iż określone w treści siwz czynności określone jako minimalne do wykonania np. 2 razy w miesiącu są – zdaniem odwołującego - niedopuszczalne. Określenie takie jest nieprecyzyjne i daje możliwość zlecenia ich wykonawcy codziennie w ramach tej samej ceny, co uniemożliwia wyliczenie ceny oferty. Oceniał, iż część postanowień siwz nakłada na wykonawcę obowiązki niemożliwe obiektywnie do zrealizowania. Powyższe dotyczy obowiązku całkowitego uprzątnięcia śniegu z parkingów w strefie płatnego parkowania. Powszechnie jest wiadome, iż parkingi są zajmowane przez całą dobę i nie jest możliwe całkowite wywiezienie śniegu w sytuacji, gdy na parkingu znajdują się pojazdy. Narzucone przy tym przez zamawiającego terminy, biorąc pod uwagę ilość wymaganego sprzętu, są nierealne do wykonania. Ponadto zamawiający określając obowiązek posiadania zezwoleń dotyczących odpadów o kodach z podgrupy 16.81.02 nie wziął pod uwagę, iż odpady z tej grupy nie stanowią odpadów komunalnych (nie są wytwarzane przez gospodarstwa domowe), wobec czego żaden z wykonawców nie jest w stanie posiadać zezwoleń na ich odbiór wynikającego z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

W dniu 23 września 2010 r. (informacja o odwołaniu została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 20 września 2010 r.) wykonawcy:

- Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne Astwa sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok (dalej „przystępujący Astwa”),
- TOP 2001 sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gen. Władysława Andersa 38, 15-113 Białystok (dalej „przystępujący TOP”),

- MPO sp. z o.o. z siedzibą przy ul. 27 Lipca 62, 15-950 Białystok (dalej „przystępujący MPO”) zgłosili skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, a

- wykonawca Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon sp.k. z siedzibą przy ul. Fabrycznej 1, lok. 419, 15-482 Białystok (dalej „przystępujący Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw”) skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, iż zarzuty objęte żądaniami sformułowanymi w pkt. 3 - 5, 6 w zakresie dotyczącym § 8 ust. 3 projektu umowy, pkt. 8, 12 c, 16 odwołania wobec ich uwzględnienia przez zamawiającego, zostały przez odwołującego wycofane na rozprawie, zatem nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowy, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania w pierwszej kolejności uważa za zasadne podkreślenie, iż siwz – której treści dotyczy odwołanie - jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza

wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego oraz opisuje sposób oceny warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert oraz weryfikując, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych. Przechodząc do analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów należy wskazać co następuje:

1. Izba ustaliła, iż zamawiający opisując sposób oceny spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał w pkt. VI.1.c siwz (k. 14-16) przedstawienia: wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. W tabeli wymieniono (w pozycji rodzaj sprzętu) ilości minimalne sprzętu (rubryka – minimalna ilość sprzętu na sektor w szt.) (pkt 1), wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacją o sposobie dysponowania tymi osobami w tym minimum 20 osób na sezon zimowy oraz 10 na sezon letni – wraz z informacjami na temat zakresu wykonywanych czynności (pkt 2). W przypadku składania oferty na różne sektory ww. osoby nie mogą być te same. W pkt. VII.1. siwz (k. 17 siwz) zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (pkt 4) oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (pkt 5).

Jednocześnie w § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy (załącznik 13 do siwz) zamawiający postanowił, iż „1. Wykonawca powinien dysponować taką ilością sprzętu i ludzi, która będzie niezbędna do prawidłowej realizacji zadań objętych umową, uwzględniając wymagania dotyczące wykonawstwa i wymogi czasowe. Prace mogą być wykonywane zarówno mechanicznie z ręcznym doczyszczaniem. 2. Wykonawca zapewnia do realizacji prac (...) niezbędną minimalną ilość następującego sprzętu wymienionego w ofercie: 1)..., 2)...* zostanie wpisane po wyborze oferty”.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu, a dotyczące powyższych postanowień siwz uznać należy za chybione.

Przede wszystkim Izba wskazuje, iż zamawiający opisał sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp) korzystając w tym zakresie z przysługującego mu uprawnienia wynikającego wprost z ustawy. Warunki udziału w postępowaniu, których sposób oceny został opisany przez zamawiającego w sposób odpowiadający dyrektywom wynikającym z art. 22 ust. 4 Pzp, służą zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie naruszył w powyższym zakresie § 1 ust. 1 pkt 4 i 6 rozporządzenia, zgodnie z którym w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, a których opisu sposobu oceny spełnienia zamawiający dokonał w siwz i ogłoszeniu. Jak wynika z rozporządzenia zamawiający jest bowiem uprawniony do żądania m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający domagając się od wykonawców w pkt. VII.1. pkt. 4 i 5 siwz złożenia wykazu dotyczącego osób oraz narzędzi nie przekroczył uprawnień wynikających z przywołanych postanowień rozporządzenia. Analogicznie należy ocenić treść postanowień pkt. VI.1.c pkt 1 siwz, stanowiących opis sposobu oceny warunku wskazanego w art. 22 ust.1 pkt 3 Pzp. Izba wyraża opinię, iż odwołujący błędnie utożsamia wymagania ustalone przez zamawiającego w pkt. VI., które mają służyć weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, z wynikającymi z projektu umowy uwarunkowaniami związanymi z realizacją zamówienia. Jak słusznie podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy zamawiający określił wymagania odnośnie wykonania umowy zastrzegając, iż wykonawca powinien dysponować sprzętem i osobami w ilości niezbędnej do należytej realizacji zamówienia. Wykonawcy, jako podmioty trudniące się profesjonalnie prowadzeniem działalności objętej przedmiotem zamówienia, na podstawie jego opisu zawartego w siwz, odwołując się także do doświadczenia wynikającego ze świadczenia przedmiotowych usług zawodowo, powinni ocenić, jakie zasoby sprzętowe i osobowe będą musieli zapewnić w celu realizacji umowy i odpowiednio skalkulować cenę. Obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego bowiem jest opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w art. 29 Pzp oraz w zakresie, w którym zamawiający uzna to za zasadne, i da temu wyraz w treści ogłoszenia oraz siwz, weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, podczas gdy obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, w przypadku, gdy jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, w konsekwencji czego zostanie mu udzielone zamówienie, należyta realizacja umowy przy użyciu zasobów, które będą w jego

ocenie niezbędne do osiągnięcia zamierzonego skutku. Istota przedmiotu zamówienia sprowadza się bowiem w niniejszej sprawie przykładowo do wywiezienia śniegu czy wykoszenia trawy w określonym terminie, a nie koszenia trawy przy użyciu danej liczby kosiarek niezależnie od tego, czy ich wykorzystanie zapewnia osiągnięcie rezultatu czy nie.

Izba podkreśla, iż argumentację odwołującego, iż użycie w rozporządzeniu pojęcia „wykaz” należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, aby ten realizował zamówienie sprzętem i ludźmi w ilości większej niż zamówiona tj. większej niż w wykazie, należy uznać za nietrafną, nie znajdującą uzasadnienia w ustawie ani rozporządzeniu. Podążając tokiem rozumowania odwołującego w sytuacji, gdyby zamawiający w ogóle nie wymagał od wykonawców załączenia do oferty wykazu osób czy narzędzi (nie opisałby sposobu oceny warunku w tym zakresie), należałoby przyjąć, iż nie musi dysponować żadnym sprzętem czy osobami, w celu wykonania umowy. Wydaje się, iż przywołany przykład w sposób niebudzący wątpliwości dowodzi niezasadności zarzutów odwołującego w tym zakresie.

2. Z ustaleń Izby wynika, iż w § 8 ust. 1 projektu umowy zamawiający zawarł katalog kar umownych należnych za dwukrotne stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania prac rozliczanych cenami jednostkowymi – w wysokości 20 % wartości tych prac, każde następne stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania prac rozliczanych cenami jednostkowymi będzie skutkowało naliczeniem kary wyższej o 10 % od kary poprzednio naliczonej (pkt 1), nieterminowe usunięcie wskazanych usterek w wykonaniu prac rozliczanych cenami jednostkowymi – w wysokości 2 % wartości prac, wobec których stwierdzono usterkę – za każdy dzień opóźnienia, liczony od upływu terminu wyznaczonego na ich usunięcie (pkt 2), każdorazowe stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania prac rozliczanych miesięcznym ryczałtem - w wysokości 15 % wartości danego miesięcznego wynagrodzenia, każde następne stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania prac rozliczanych miesięcznym ryczałtem będzie skutkowało naliczeniem kary wyższej o 10 % od kary poprzednio naliczonej (pkt 3), nieterminowe usunięcie wskazanych usterek w wykonaniu prac rozliczanych miesięcznym ryczałtem – w wysokości 2 % wartości danego miesięcznego wynagrodzenia – za każdy dzień opóźnienia, liczony od upływu terminu wyznaczonego na ich usunięcie (pkt 4). Ponadto w § 8 ust. 4 projektu umowy zostało postanowione, iż w przypadku odstąpienia wykonawcy lub zamawiającego od umowy z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego, wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 500 000 PLN. Natomiast stosownie do § 8 ust. 5 projektu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne za odstąpienie przez zamawiającego od umowy z przyczyn dotyczących zamawiającego – w wysokości 500 000

PLN, za wyjątkiem wystąpienia sytuacji przewidzianej w § 10 ust. 1 umowy (pkt 1) oraz za zwłokę w opłaceniu faktury – odsetki ustawowe od miesięcznej wartości faktury za każdy dzień zwłoki (pkt 2). W § 10 ust. 1 projektu umowy została powtórzona przez zamawiającego przesłanka odstąpienia od umowy opisana w art. 145 ust. 1 Pzp. Dodatkowo w § 8 ust. 6 projektu umowy zostało ustalone, iż strony mają prawo dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach kodeksu cywilnego, jeżeli szkoda przewyższa wysokość kar umownych.

Izba stoi na stanowisku, iż odwołujący nie udowodnił, iż przywołane postanowienia § 8 projektu umowy naruszają art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 oraz 353¹ kc.

Zamawiający skorzystał przysługującego mu stosownie do art. art. 36 ust.1 pkt 16 Pzp uprawnienia i załączył do siwz stanowiący jej integralną część projekt umowy. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści siwz istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zatem z treści przywołanego przepisu wynika dla zamawiającego uprawnienie do ukształtowania postanowień przyszłej umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami, na co wskazuje sformułowanie „*jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach*”.

W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, iż zamówienia udziela się w ściśle określonym celu, zwykle dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W stanie faktycznym sprawy przedmiot zamówienia mieści się w katalogu zadań własnych gminy (ma zaspakajać zbiorowe potrzeby wspólnoty) wskazanym w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.), bowiem bezspornie obejmuje sprawy utrzymania czystości i porządku. Należy zatem stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, bowiem ich treść musi być uzasadniona potrzebami zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania.

Jak zasadnie zwrócił uwagę zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Natomiast jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest wyrażona w art. 353¹ kc swoboda stron w

kształtowaniu stosunku zobowiązaniowego, która jednak doznaje ograniczenia w taki sposób, że treść lub celu umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku prawnego, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Dokonując analizy sformułowanych przez zamawiającego postanowień projektu umowy dotyczących kar umownych pod względem zgodności z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie – jak zostało wyżej stwierdzone - na mocy art. 139 Pzp, w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy (oraz ocena w tym samym zakresie czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu postanowień siwz z mocy art. 14 ustawy) należy podkreślić, iż przepisy ustawy modyfikują zasadę równości stron wynikającą z art. 353¹ kc. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. ustawy), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 ustawy). Ustawodawca tworząc system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy także i w ten sposób, iż odebrał zamawiającemu uprawnienie do dowolnego wyboru kontrahenta. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów. Wykonawca – korzystając z prawa swobody umów – może umowy z zamawiającym nie zawrzeć narażając się na ryzyko utraty wadium (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w toku procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury). Zamawiający – w okolicznościach sprawy miasto Białystok – działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać także należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ kc (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Zatem nie należy utożsamiać podziału ryzyka z naruszeniem

zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Zamawiający zwiększając odpowiedzialność wykonawców w związku z realizacją umowy winien uwzględnić konsekwencję takiego działania w postaci ewentualnego wzrostu ceny oferty, co – zgodnie z oświadczeniem zamawiającego złożonym na rozprawie – bierze on w okolicznościach sprawy pod uwagę. Zasada równości odnosi się na gruncie ustawy, co do zasady, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, której istotne postanowienia, ogólne warunki albo wzór zamieścił zamawiający w siwz zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Izba nie stwierdziła także, aby zastrzeżone kary umowne były wygórowane. Izba podkreśla, iż kara umowna obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 kc. Przesłanką powstania roszczenia wierzyciela (zamawiającego) o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika (wykonawcę), wynikającego z niedołożenia należytej staranności.

Przy ocenie dolegliwości kary umownej dla wykonawcy, jej adekwatności, właściwym punktem odniesienia powinno być, w stanie faktycznym sprawy, także szczególny przedmiot zamówienia, jakim jest zapewnienie czystości i porządku, zatem wykonania obowiązków należących do zadań własnych gminy. Nietrafnie wywodził odwołujący, uzasadniając swoje zarzuty w omawianym zakresie, iż kary w konsekwencji dążą do pozbawienia wykonawców wynagrodzenia, prowadzą nie do zdyscyplinowania wykonawców, lecz do wzbogacenia zamawiającego. Rozmiar zamówienia oraz jego znaczenie dla interesu publicznego stanowią w ocenie Izby istotne przesłanki uzasadniające tak ustalenie kar umownych, jak i ich wysokość. Ustalona przez zamawiającego w § 8 wysokość kar umownych nie jest, w ocenie Izby, nadmierna w stosunku do czynności, których dotyczy, ani też nie jest rażąco wygórowana. Należy bowiem podkreślić, iż celem kary umownej może być również skłonienie dłużnika do wykonania swego zobowiązania należycie. Wówczas kara umowna spełnia funkcję prewencyjno - odszkodowawczą, wzmacnia więź obligacyjną, zabezpieczając należyte wykonanie zobowiązania, na co także zwrócił uwagę zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Ustanowienie kary umownej będzie wywierać zamierzony skutek, gdy jej dolegliwość będzie miała znaczenie finansowe dla wykonawcy. Odnosząc się do postanowienia § 8 ust. 1 oraz ust. 4 projektu umowy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż obejmuje on okoliczności szczególnie uciążliwe dla wykonawców. Kara umowna odnosi się bowiem do odpowiednio wynagrodzenia miesięcznego lub obliczonej na podstawie cen jednostkowych wartości prac wykonanych przez wykonawcę, a dwukrotne stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, niezależnie od jego

rozmiarów, może być – zdaniem Izby - uznane za wystarczający powód do naliczenia kary. Jej wysokość (20 %) także na gruncie badanej sprawy nie jest szczególnie wysoka biorąc pod uwagę przede wszystkim przedmiot zamówienia i wagę jego należytego wykonania z punktu widzenia zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej. Ponadto obie strony mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, co wprost zostało stwierdzone w § 8 ust. 6 Pzp. Interesy wykonawcy zabezpiecza także § 8 ust. 5 Pzp zastrzegając kary umowne dla wykonawcy od zamawiającego w określonych okolicznościach. Wymaga podkreślenia, iż postanowienia projektu umowy należy analizować kompleksowo, uwzględniając wzajemne obowiązki i uprawnienia stron. Także stwierdzenie odwołującego, iż zamawiający może arbitralnie nałożyć kary umowne nie znajduje potwierdzenia w praktyce, ponieważ wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw nie godząc się z nałożeniem kary umownej lub wnieść o jej miarkowanie przez sąd. Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 484 § 2 kc odróżnić należy sam obowiązek zapłaty kary umownej od konieczności jej zapłaty w pełnej wysokości wynikający z zastrzeżenia umownego. Zgodnie z art. 484 § 2 kc jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przywoływany przepis nie zawiera wyłączeń wskazujących na jego dyspozytywny charakter, zatem możliwość miarkowania kary umownej nie musi być przewidziana w umowie. Pogląd powyższy ukształtował się w orzecznictwie Sądu Najwyższego (vide: uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. - zasady prawnej - III CZP 61/03 oraz powoływane w nim orzecznictwo Sądu Najwyższego). Sam fakt obligatoryjności kar umownych na gruncie danej umowy nie mieści w sobie wyłączenia ich miarkowania. Izba nie dopatrzyła się w spornych postanowieniach wyłączenia możliwość zmniejszenia wysokości kary umownej. Uznać zatem należy, że zamawiający dopuścił możliwość żądania przez wykonawcę miarkowania kary umownej tak z powodu nieznacności poniesionej szkody, jak i jej ewentualnego rażącego wygórowania. Powyższe podlegać będzie jednak ocenie sądu powszechnego w konkretnych okolicznościach ewentualnie zawisłego sporu (vide: KIO/UZP 1547/09 z dnia 26 listopada 2009 r.).

Zamawiający nie naruszył zdaniem Izby także art. 5 kc. Niezależnie od rysujących się w doktrynie i orzecznictwie rozbieżności, czy przywołany przepis może stanowić samodzielną podstawę potwierdzenia zarzutów, stwierdzić należy, że właściwe zastosowanie art. 5 kc nakazuje wzięcie pod uwagę całokształtu okoliczności mających znaczenie dla oceny, czy czynienie użytku z prawa narusza zasady współżycia społecznego. Ocena całokształtu okoliczności, w szczególności spornych postanowień siwz wskazuje, że zamawiający przez wykonanie swego prawa do ustalenia postanowień projektu umowy w części dotyczącej kar umownych nie naruszył zasad współżycia społecznego.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, na czym miałyby polegać zarzucany przez niego brak jednoznaczności postanowień § 8 projektu umowy, zatem niemożliwym jest ustosunkowanie się przez Izbę do takiego gołosłownego stanowiska odwołującego.

3. Izba ustaliła, iż zamawiający opisał sposób obliczenia ceny w pkt. XV. siwz (k. 22). W szczególności w pkt. XV.3. siwz postanowił, iż ceny miesięczne, ceny jednostkowe oraz wyliczoną cenę ofertową należy przedstawić zgodnie z formularzem ofertowym. Natomiast stosownie do pkt. XIII.1. siwz (k. 21) ofertę wykonawcy zobowiązani byli przygotować „na lub wg zał. nr 8 do siwz”. Załącznik nr 8 – jak wynika z wykazu załączników (k. 25 siwz) – zawiera formularz ofertowy. Z treści załączników wywieść należy (co jest bezsporne), iż wykonawcy zobowiązani są obliczyć cenę ofertową na poszczególne części zamówienia (sektory) na podstawie tabeli pn. „Kalkulacja ceny ofertowej” stanowiącej załącznik nr 1 (zadania I oraz II) oraz załącznik nr 2 (zadania od III do VI). Sposób obliczenia ceny jest oparty o analogiczny mechanizm w odniesieniu do poszczególnych zadań i obejmuje podział na sezon letni i zimowy. Przykładowo Izba wskazuje, iż w załączniku nr 1 w odniesieniu do sezonu letniego w zakresie dotyczącym oczyszczania ulic nie osiedlowych (rozdział I pkt 2.1. ppkt 1 siwz) w kolumnie „Cena brutto” zamawiający zdefiniował formułę służącą obliczeniu ceny jednostkowej stwierdzając, iż „cena jednostkowa w wysokościzł/1km /wynikająca z m-cznego ryczału (z kol. 3 pkt I.1) podzielonego przez ilość km ulic w sektorze i przez 30 dni”. Natomiast w wierszu 4 w kolumnie dotyczącej ceny brutto za oczyszczanie uli osiedlowych (rozdział I pkt 2.1. ppkt 2 siwz) zamawiający, wymagał, aby wskazać „cenę jednostkową w wysokościzł/1km /wynikającą z m-cznego ryczału (z kol. 3 pkt I.1) podzielonego przez ilość km ulic w sektorze i przez 30 dni x wsp. 1,5”. W kolumnie 3 pkt I.1 załącznika nr 1, do której odwołanie znajduje się w obu przywołanych punktach, zostało określone, iż „m-czy ryczałt w wysokości/ wynikający z ceny jednostkowej za oczyszczenie 1 km ulicy na całej szer. w wys.zł x 3 x ilość km ulic w sektorze”.

Analiza przywołanych postanowień siwz w świetle zarzutów odwołującego, że prowadzą do narzucenia wykonawcom zaniżonej, nie odzwierciedlającej wartości nakładów pracy ceny, nie znajdują uzasadnienia.

Izba wskazuje, iż argumentacja odwołującego jest chybiona, bowiem zdefiniowanie sposobu obliczenia ceny stanowi obowiązek zamawiającego i jest obligatoryjnym

elementem siwz, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp. Ustawodawca nie sformułował szczegółowych reguł, które zamawiający winien stosować dokonując opisu sposobu obliczenia ceny, nie mniej jednak niewątpliwie nie mogą one prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w danym postępowaniu. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu zasady te nie zostały naruszone, bowiem wszyscy wykonawcy zobowiązani są obliczyć cenę w sposób wynikający z jawnej przed terminem składania ofert siwz, stosując te same, jednakowe dla wszystkich algorytmy. Ponadto – co nie mniej istotne w ocenie kwestionowanych postanowień siwz – wykonawcy, wbrew twierdzeniom odwołującego i przystępujących Astwa i MPO nie są zmuszeni przez zamawiającego do określenia w ofercie ceny nierynkowej, nie gwarantującej rentowności realizowanej umowie. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż kwestionowane postanowienia siwz w zakresie dotyczącym obliczenia cen jednostkowych odwołują się do miesięcznej ceny ryczałtowej, którą ustala wykonawca samodzielnie w ofercie. Wykonawca ma zatem możliwość określenia wynagrodzenia miesięcznego w taki sposób (w takiej wysokości), aby i będące jego pochodną poszczególne ceny jednostkowe były w jego ocenie odpowiednie. Jednocześnie należy stanąć na stanowisku, iż wykonawca może także w pierwszej kolejności ustalić za dane prace cenę jednostkową, wg niego właściwą, i następnie na tej podstawie dokonać obliczenia wynagrodzenia miesięcznego. Trzeba także podkreślić, iż wyłącznie miesięczny ryczałt będzie podlegał ocenie wg kryterium ceny, którym jest 100 % cena (pkt XVII. k. 23). Natomiast ceny jednostkowe – co nie było sporne między stronami – mają umożliwić rozliczenie zamawiającemu prac nie objętych ryczałtem. Zatem zamawiający był uprawniony, aby określić mechanizm obliczenia tych cen w taki sposób, aby ograniczyć wykonawcom możliwość ich ustalania w wysokości, która mogłaby prowadzić do nieuzasadnionego przepłacania przez zamawiającego za prace rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe.

Izba wyraża opinię, iż odwołujący błędnie zinterpretował postanowienia siwz twierdząc na rozprawie, iż prowadzą one do złożenia przez wykonawców cen dumpingowych. Oceny, czy ceny oferowane przez konkretnego wykonawcę będą dumpingowe czy też rażąco niskie w rozumieniu art. 90 ustawy, będzie można dokonać dopiero w odniesieniu do cen podanych przez poszczególnych wykonawców w ich ofertach, po zbadaniu okoliczności danego przypadku. Na takie stwierdzenia zatem jest przedwcześnie.

Zatem w powyższym zakresie zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego. Nie zmienia tej oceny przedstawiona przez przystępujących Astwa i MPO szacunkowa kalkulacja dotycząca zamiatania 1 km ulicy w sektorze III. Z przedstawionego wyliczenia wynika, iż 1 km zamiatania ulicy,

za który przewidziana jest miesięczna cena ryczałtowa, jest odpowiednio 10 – krotnie lub 15 – krotnie wyższa niż cena jednostkowa za oczyszczanie 1 km ulicy osiedlowej lub nie osiedlowej. Izba bowiem – jak wyżej wskazała – nie stwierdziła, ażeby zamawiający uniemożliwił wykonawcom zaoferowanie cen wg nich odpowiednich. Jeśli zatem różnica jest np. dziesięciokrotna oznacza to, iż wykonawcy powinni odpowiednio zwiększyć cenę miesięczną ryczałtową, tak aby ceny jednostkowe były dla nich satysfakcjonujące bądź odpowiednio zwiększyć ceny jednostkowe i w odniesieniu do nich ustalić wynagrodzenie miesięczne. Zamawiający w tych okolicznościach musi się liczyć ze wzrostem ceny ofertowej.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający – gdy uzna to za zasadne - zmodyfikował ustalony mechanizm obliczenia ceny np. w sposób zaproponowany w odpowiedzi na odwołanie, co może sprzyjać optymalizacji cen zaoferowanych przez wykonawców.

Z ustaleń Izby wynika także, iż w odniesieniu do sezonu zimowego zamawiający wymagał w siwz podania ceny jednostkowej za akcję czynną – należy ją obliczyć dzieląc miesięczną cenę „za wykonanie prac w ramach akcji czynnej [AB] przez 30 dni x wsp.2”, ceny jednostkowej za akcję czynną ciągłą - należy ją obliczyć dzieląc miesięczną cenę „za wykonanie prac w ramach akcji czynnej [AB] przez 30 dni x wsp.3” oraz akcję bierną - należy ją obliczyć dzieląc miesięczną cenę „za wykonanie prac w ramach akcji czynnej [AB] przez 30 dni”.

Jak słusznie zauważył wnoszący odwołanie cytowane postanowienia dotyczące kalkulacji ceny za sezon zimowy uniemożliwiają ustalenie cen jednostkowych (zadania akcji biernej, czynnej i czynnej ciągłej), zatem w tym zakresie zarzut błędnego opisu sposobu obliczenia ceny należy uznać za uzasadniony.

Odwołujący trafnie podniósł, iż zamawiający określił cenę jednostkową każdej z akcji jako wynikową, jednakże nie zdefiniował stałej, na podstawie której wyliczane będą poszczególne ceny wynikowe. Powyższe okoliczności przyznał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie proponując jednak, inaczej niż odwołujący, aby jako cenę wyjściową przyjąć cenę za akcję czynną, a nie – jak chciałby odwołujący – za akcję bierną.

Izba wyraża pogląd, iż mimo nie sprecyzowania w ustawie szczegółowych reguł, które zamawiający winien stosować dokonując opisu sposobu obliczenia ceny, niewątpliwie przyjęty w siwz sposób ustalenia ceny musi być możliwy do zastosowania, precyzyjny, a w

konsekwencji prowadzić do obliczenie ceny za realizację przedmiotu umowy, przy zachowaniu zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zważywszy, iż na gruncie niniejszej sprawy aktualny opis obliczenia cen jednostkowych za akcję czynną, czynną ciągłą i bierną (sezon zimowy) uniemożliwia ich ustalenie, Izba nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji wszystkich odnośnych postanowień siwz (załącznik 1 i 2 do formularza oferty) poprzez określenie stałej, na podstawie której będą wyliczane pochodne ceny jednostkowe. Przykładowo za prawidłowy należy uznać zaproponowany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w pkt. Ad. 7 c), d), e) algorytm, który może zostać zastosowany przez zamawiającego w celu realizacji zobowiązania nałożonego przez Izbę w omawianej kwestii.

4. Zamawiający opisał w siwz przedmiot zamówienia (pkt I siwz oraz analogiczne postanowienia projektu umowy) wskazując m.in.:

a) w zakresie prac w sezonie letnim – pkt I – Ulice, ppkt a), aby częstotliwość oczyszczania ulic była wykonywana – w zależności od sektora - minimum 2 lub 3 - krotnie w miesiącu. *„jeśli zajdzie jednak konieczność oczyszczania poszczególnych ulic więcej niż 2 razy w miesiącu, Wykonawca również musi przeprowadzić oczyszczanie w ramach ustalonego ryczaftu”* (dotyczy sektorów III-VI). Analogiczne wymaganie zostało sformułowane w odniesieniu do sektora I i II, przy czym minimalna liczba sprzętów została określona na 3 (k. 2 siwz),

b) w odniesieniu do sposobu zlecenia prac, przykładowo w pkt. I – Ulice w ppkt. b), iż dopuszczalne jest zlecenie prac telefonicznie i potwierdzanie pisemnie (lub faksem) w ciągu 3 dni od dnia zgłoszenia (k. 2 i 3 siwz),

c) w zakresie prac w sezonie letnim – w odniesieniu do wymagań co do terminu sprzątnięcia zieleńców w pasach drogowych – pkt VI, Tabela nr 1, wiersz 2 – wygrabianie liści z trawników i skupin krzewów, załadunek na środek transportu i wywiezienie w ciągu jednego dnia od zgrabienia do wskazanego miejsca oraz wiersz 7 – koszenie trawników przy najniższym poziomie cięcia, dokaszanie za pomocą dokaszarek, grabienie oraz wywiezienie w ciągu jednego dnia od wykonania koszenia oraz ponadto koszenie należy zakończyć w terminie jednego tygodnia od chwili przekazania protokołu konieczności (k. 5-6 siwz),

d) w opisie zakresu prac w sezonie zimowym, w pkt. I, ppkt b) – Ulice, że *„w przypadku występowania opadów śniegu i/lub, śliskości należy wykonywać czynności związane z*

utrzymaniem przejezdności przez usunięcie śniegu oraz zwalczanie śliskości. Wykonawca dokona wyjazdu niezwłocznie od momentu przekazania protokołu konieczności lub zgłoszenia ustnego (potwierdzonego w ciągu 3 dni roboczych) i akcję zakończy w ciągu 24 godzin od wyjazdu (...)" (k. 8 siwz),

e) w opisie zakresu prac w sezonie zimowym, w pkt. II, ppkt a) – Chodniki, że „w przypadku wystąpienia ciągłych opadów oraz gołoledzi, prace należy prowadzić w czasie opadów, aż do uzyskania stanu nawierzchni chodnika gwarantującego bezpieczne poruszanie się pieszych i zakończyć w ciągu 6 godzin od ustania opadów.(...) Za ewentualne roszczenia z tytułu uszkodzenia ciała na chodniku w okresie 6 godzin od ustania opadów ponosi odpowiedzialność Wykonawca” (k. 9 siwz),

f) w opisie zakresu prac w sezonie zimowym, w pkt. II, ppkt a) ppkt 4 – Chodniki, że „techniczna odśnieżania chodników jest uzależniona od ich długości, szerokości oraz rodzaju i ilości śniegu. Do odśnieżania tego typu elementów drogi należy używać przede wszystkim sprzętu wymienionego w umowie oraz innego sprzętu przeznaczonego do tego celu” (k. 10 siwz),

g) w opisie zakresu prac w sezonie zimowym, w pkt. III – Chodniki w strefie płatnego parkowania, że „Śnieg powinien zostać wywieziony w całości w ciągu jednej nocy gwarantując na drugi dzień czystość miejsc”. Ponadto wykonawca we własnym zakresie ma prowadzić „organizację prac, która pozwoli na skuteczne działania. Wykonawca ma obowiązek czasowego posługiwania się przenośnymi znakami informacyjnymi (...) ograniczając możliwość parkowania pojazdów (...). Zamawiający powiadomi Straż Miejską i Policję o prawie wykonawcy do posługiwania się takimi znakami, która będzie egzekwować przestrzeganie znaków od kierowców i w razie konieczności odholowywać pojazdy na koszt właściciela” (k. 10 i 11 siwz),

Ustosunkowując się do postanowień siwz przywołanych powyżej w pkt. a) w kontekście zarzutu odwołującego, iż nie pozwalają one na obliczenie ceny, gdyż uprawniają zamawiającego do zlecenia określonych czynności ich wykonawcy codziennie w ramach tego samego miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego trzeba zgodzić się z odwołującym, iż powołane postanowienia siwz naruszają dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba podkreśla, iż dokonywany przez zamawiającego w siwz opis przedmiotu zamówienia jest jednym z jej istotnych elementów wpływający na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Dlatego też na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego

określenia przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienie to służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, aby w siwz zostały wskazane i wyczerpująco opisane wszystkie elementy, które mogą mieć wpływ m.in. na skalkulowanie ceny w danym postępowaniu. Omawiane postanowienia siwz nie odpowiadają ww. dyrektywom określającym reguły rządzące opisywaniem przedmiotu zamówienia. Jak słusznie podniósł wnoszący odwołanie aktualne postanowienia siwz pozwalają zamawiającemu na zlecenie – jeśli uzna to za konieczne - nie ograniczonej żadnym limitem liczby sprzętów w ramach miesięcznej ceny ryczałtowej. Natomiast siwz powinna umożliwić właściwe skalkulowanie ceny ofertowej, oszacowanie ryzyka i jego uwzględnienie w wynagrodzeniu. Wykonawca nie może opierać się ustalając cenę ofertową na doświadczeniu wynikającym ze znajomości lokalnego rynku, gdyż zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, ofertę nie podlegającą odrzuceniu powinien mieć szansę złożyć każdy wykonawca, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień siwz poprzez określenie minimalnej i maksymalnej częstotliwości sprzętów w miesiącu w ramach określonej ceny ryczałtowej bądź ustalenie, iż sprzętowania przekraczające określone minimum będzie każdorazowo zlecane na podstawie protokołu konieczności. Stosownie do przyjętego rozwiązania należy dostosować w miarę potrzeby także pozostałe postanowienia siwz, w tym projektu umowy.

Odnosząc się do postanowień siwz opisanych w pkt c), f) Izba nie dopatrzła się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp. Nie stwierdziła także, aby nakładały na wykonawcę obowiązki niemożliwe obiektywnie do zrealizowania przez co miałyby prowadzić do zawarcia umowy na podstawie art. 387 § 1 kc nieważnej.

Przed wszystkim trzeba zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Zasadnym jest podkreślenie, iż treść przepisów ustawy nie stoi na przeszkodzie uzyskaniu przez zamawiającego usługi wysokiej jakości, co – jak podkreślał zamawiający – jest szczególnie istotne w przypadku przedmiotu zamówienia, którym jest utrzymanie porządku i czystości na terenie miasta Białystok, a lokalna społeczność domaga się wysokich standardów w realizacji tego zadania własnego

gminy, czego zamawiający dowodził przedkładając artykuły z prasy lokalnej. Izba wyraża opinię, iż przedmiotowe postanowienia siwz są jednoznaczne i wyczerpująco, opisane za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, wskazując na okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W toku postępowania dowodnego zostało także ustalone, iż dotrzymanie terminów realizacji zamówienia jest możliwe – co przyznał odwołujący na rozprawie - o ile do wykonania zamówienia wykorzystana byłaby większa, niż określona w pkt. VI.1.c pkt 1 i 2 siwz (tabela, rubryka – minimalna ilość sprzętu na sektor w szt. i odpowiednio osób, k. 15-16 siwz), ilość sprzętu oraz osób. Zatem dotrzymanie terminów jest realne, o ile wykonawca zastosuje odpowiednią do tego ilość sprzętu oraz osób. Izba wyjaśniła w pkt. 1 uzasadnienia, iż odwołujący błędnie utożsamia wymagania ustalone przez zamawiającego w pkt. VI., które mają służyć weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, z wynikającymi z projektu umowy uwarunkowaniami związanymi z realizacją zamówienia. Jak słusznie podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy zamawiający określił wymagania odnośnie wykonania umowy zastrzegając, iż wykonawca powinien dysponować sprzętem i osobami w ilości niezbędnej do należytej realizacji zamówienia. Z postanowieniami tymi korespondują wskazane w pkt. c) i f) powyżej, a kwestionowane przez odwołującego, wymagania mieszczące się w ocenie Izby w granicach zakreślonych ustawą, w szczególności art. 29 ust. 1 Pzp oraz możliwe do realizacji.

Odnosząc się do postanowień siwz przywołanych w pkt. b) powyżej, Izba uznała, iż zarzut odwołania nie potwierdził się. Powszechnie przyjętym w obrocie sposobem komunikacji jest wybrane przez zamawiającego zlecenie prac telefonicznie potwierdzone następnie w ciągu 3 dni faksem. Zamawiający uzasadnił, iż termin trzydniowy jest podyktowany uwarunkowaniami organizacyjnymi (godziny otwarcia urzędu, nie dysponowanie faksem popołudniu w piątek do rana w poniedziałek, dyżury dyspozytorskie w czasie których pracownik nie dysponuje faksem), zatem nie można go ocenić, jako wymogu nadmiernego, nie mieszczącego się w ramach zakreślonych zasadą swobody umów. W szczególności należy wziąć pod uwagę specyfikę niniejszego przedmiotu zamówienia, którym jest często wymagające niezwłocznej reakcji m.in. w okresie zimowym odśnieżanie. Obawy odwołującego, iż brak w tym samym dniu potwierdzenia faksem, zwiększa ryzyko, iż zamawiający nie ureguluje należności za wykonane prace, uznać należy za hipotetyczne założenia. W przypadku, gdyby taka sytuacja jednak zaistniała wówczas wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, którego będzie mógł dochodzić na drodze sądowej.

Niezależnie od powyższego zdaniem Izby, jeśli zamawiający uzna za możliwe ze względów technicznych powinien rozważyć zasadność niezwłocznego potwierdzenia zleceń sms-em czy e-mailem, a następnie w terminie 3 dni faksem lub pisemnie.

Zdaniem Izby także zarzuty dotyczące postanowień siwz przytoczonych w pkt. d) i e) powyżej okazały się być chybione. Izba podkreśla, iż zamawiający jest uprawniony do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, który odpowiada jego potrzebom, jest jasny i wyczerpujący, stosownie do wytycznych wynikających z art. 29 ust. 1 Pzp. Nie sposób uznać, iż ukształtowanie zakresu odpowiedzialności w sposób opisany w siwz, jest niezgodny z ustawą czy przepisami kodeksu cywilnego. Podobnie należy ocenić wymagania, aby w przypadku występowania opadów śniegu i/lub śliskości wykonawcy zobowiązani byli wykonywać czynności związane z utrzymaniem przejezdności przez usunięcie śniegu oraz zwalczanie śliskości, a akcję zakończyli w ciągu 24 godzin od wyjazdu. Odwołujący nie udowodnił, iż w terminie 24 godzin nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Jednocześnie jednak zamawiający określając w kwestionowany przez odwołującego sposób zakres odpowiedzialności za szkodę czy domagając się zakończenia akcji w ciągu 24 godzin musi liczyć się ze wzrostem wynagrodzenia, bowiem wykonawcy niewątpliwie będą chcieli zarówno zwiększone ryzyko związane z zakresem odpowiedzialności za szkodę, jak i konieczność zakończenia akcji w ciągu 24 godzin, skalkulować w oferowanej cenie. Nie mniej jednak postanowieniom siwz nie sposób zarzucić sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zadeklarował wydłużenie okresu na zakończenie akcji do 48 godzin. Proponowana przez zamawiającego zmiana z pewnością będzie miała pozytywny wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Analiza wskazanych w pkt. g) powyżej postanowień siwz wskazuje, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp, bowiem sformułował wymagania w sposób mogący uniemożliwić przedsiębiorcy, któremu udzielone zostanie zamówienie, jego wykonanie, mimo dochowania przez niego należytej staranności. Izba kwestionując w tym zakresie postanowienia siwz uwzględniła fakt, iż możliwość zrealizowania zamówienia przez wykonawcę, w przypadku, gdy wymagane jest odholowanie samochodów, uzależniona będzie od skuteczności działania służb podległych zamawiającemu (Straż Miejska) lub Policji. Tym samym termin, którym zgodnie z siwz wykonawca dysponuje na wykonanie czynności może okazać się iluzoryczny, a w świetle postanowień § 8 umowy za opóźnienie w wykonaniu zobowiązań

umownych zamawiający będzie naliczał karę, co potwierdził na rozprawie. W konsekwencji Izba nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień siwz w przedmiotowej kwestii poprzez wydłużenie okresu na wywóz śniegu do 3 dni bądź takie ukształtowanie postanowień siwz, aby w przypadku, gdy wykonawca nie może wykonać zobowiązania ze względu na blokujące dostęp samochody, których potrzeba odholowania została zgłoszona przez wykonawcę zamawiającemu, okres realizacji był wydłużony o okres od zgłoszenia potrzeby odholowania, do odblokowania miejsca i poinformowania wykonawcy o tym przez zamawiającego. Przy czym odpowiednie wydłużenie terminu realizacji zamówienia powinno dotyczyć tylko zakresu zlecenia, którego wykonanie nie będzie możliwe z powodu blokujących dostęp samochodów.

Zważywszy powyższe Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 a) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....