

**WYROK**

**z dnia 6 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2011 r.

przez wykonawcę: **Henryk Lis prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FOX-SYSTEM Henryk Lis, 40-648 Katowice, ul. Łętowskiego 20**

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego: **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, 40-126 Katowice, ul. Grażyńskiego 5**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
  - 1.1. określenie w opisie przedmiotu zamówienia – liczby objętych daną częścią zamówienia: metrów bieżących żywopłotów, sztuk ławek wypoczynkowych i urządzeń zabawowych, sztuk koszy na śmieci, sztuk kwiatów do nasadzenia (szacunkowo), metrów kwadratowych nowo powstałych nasadzeń do podlewania;**
  - 1.2. wprowadzenie do wzoru umowy – postanowienia zobowiązującego zamawiającego do wskazania wykonawcy przed przystąpieniem do wykonywania usług szczegółowo miejsca ich wykonywania;**
  - 1.3. sprecyzowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału****

w postępowaniu w zakresie wymagania *dysponowania przynajmniej 1 osobą posiadającą kwalifikacje w zakresie pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub prowadzenia prac ogrodniczych* w sposób ujawniony w odpowiedzi na odwołanie, z uwzględnieniem konieczności doprecyzowania wymaganego doświadczenia w przypadku osoby, *która swoje kwalifikacje będzie opierała o posiadane doświadczenie zawodowe nawet bez ukończenia jakiegokolwiek kursu;*

- 1.4. wprowadzenie do wzoru umowy – postanowienia uwzględniającego obniżenie wynagrodzenia w razie zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy adekwatnie do zmiany proporcji pomiędzy powierzchnią terenów zewnętrznych a powierzchnią terenów zielonych w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia;
  - 1.5. wprowadzenie do wzoru umowy – postanowienia przewidującego obowiązek niezwłocznego poinformowania wykonawcy o wynikach kontroli prowadzonej bez jego udziału faksem lub drogą elektroniczną, a dopiero w razie niemożności przekazania informacji tą drogą z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – telefonicznie;
  - 1.6. wprowadzenie do wzoru umowy – postanowienia przewidującego, iż podstawą do naliczenia kar umownych może być tylko bezsporny między stronami lub należycie udokumentowany przez zamawiającego stan niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.
2. Kosztami postępowania obciąża **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FOX-SYSTEM Henryk Lis z Katowic** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Komunalnego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach** na rzecz **FOX-SYSTEM Henryk Lis z Katowic** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

**Sygn. akt KIO 1800/11**

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

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach* (nr sprawy: NZ.271.1.169.2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S\_156-260118 z 17 sierpnia 2011 r., z tym że 12 sierpnia 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń i na swojej stronie internetowej ([www.kzgm.katowice.pl](http://www.kzgm.katowice.pl)), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.011.041,00 zł, co stanowi równowartość 523.845,01 euro, co obejmuje wartość przewidywanych zamówień uzupełniających (670.347,00 zł = 174.515,00 euro) oraz wartości szacunkowe 8 części zamówienia (ujawnionych również w protokole postępowania).

22 sierpnia 2011 r. (za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec postanowień s.i.w.z. Henryk Lis prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Henryk Lis FOX SYSTEM, zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 – poprzez niewłaściwe, nieprecyzyjne, niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mających i mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Art. 7 ust. 1 – poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
3. Art. 22 ust. 1 pkt. 3, art. 22 ust. 3 i 4, art. 7 ust. 1 – poprzez niezgodne z przepisami

opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22. ust 1 pkt 3 ustawy pzp

4. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 5 kodeksu cywilnego („kc”), art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 ustawy pzp – poprzez narzucenie ceny jednostkowej ujednocionej w oderwaniu od rzeczywistych kosztów.
5. Art. 32 ust. 1, art. 7 ust. 1 – poprzez oszacowanie wartości zamówienia nierzetelnie, sprzecznie z przepisami ustawy pzp oraz w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.
6. Art. 5 kc, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 ustawy pzp oraz art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przyznania zamawiającemu prawa do jednostronnej, bez udziału przedstawiciela Wykonawcy, nieograniczonej czasowo kontroli umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności sformułowania opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wymogów art. 22 ust. ustawy pzp.
2. Powtórzenia czynności polegającej na opisie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy pzp, w szczególności z art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1, gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji.
3. Nakazanie powtórzenia czynności sformułowania opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wymogów art. 22 ust. ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy pzp.
4. Uchylenie sposobu wyliczenia ceny ofertowej w części dotyczącej obowiązku zastosowania „ujednocionej” stawki za 1 m<sup>2</sup> powierzchni jako naruszającej wskazane przepisy ustawy pzp i dopuszczenie do wyliczenia ceny ofertowej w oparciu o cenę jednostkową adekwatną do ponoszonych kosztów na odpowiednim rodzaju powierzchni, co gwarantuje zachowanie zasad uczciwej konkurencji, zasady równości stron stosunku cywilnego, zasad współżycia społecznego i zasady swobody umów oraz przyjętych zwyczajów.
5. Ponownego rzetelnego oszacowania wartości zamówienia, zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
6. Wykreślenia z wszelkich dokumentów stanowiących s.i.w.z., w szczególności z projektu umowy wskazanych postanowień naruszających art. 7 ust. 1 pzp, art. 5 kc, 353<sup>1</sup> kc w

zw. z art. 14 ustawy pzp i sformułowanie zaskarżonych zapisów umowy, aby nie naruszały wskazanych przepisów ustawy oraz zasady równości stron stosunku cywilnego, zasad współżycia społecznego i zasady swobody umów oraz przyjętych zwyczajów poprzez określenie w szczególności: czasu, sposobu kontroli oraz określenia, iż kontrole będą dokonywane z przedstawicielem Wykonawcy.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

[zarzut I]

Przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania terenów zewnętrznych w obrębie nieruchomości administrowanych przez KZGM w Katowicach. Przedmiot zamówienia podzielony został na 8 części, określonych w pkt. VI. s.i.w.z. Wykaz nieruchomości wchodzących w skład poszczególnych części zamówienia wraz z określeniem powierzchni do sprzątania zawiera załącznik nr 1 do projektu umowy pn. *Zestawienie terenów zewnętrznych*. Szczegółowy zakres czynności do wykonania określa załącznik nr 2 do projektu umowy pn. „*Zakres obowiązków usługi utrzymania terenów zewnętrznych...* Projekt umowy stanowi załącznik nr 9 do s.i.w.z. Zestawienie terenów zewnętrznych wchodzących w skład poszczególnych części zamówienia zawiera adres nieruchomości wraz z wielkością metrażu dwóch rodzajów powierzchni: powierzchni terenów zewnętrznych oraz powierzchni terenów zielonych (sprzątanie i pielęgnacja).

Zdaniem Odwołującego tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia nie zawiera szeregu istotnych informacji mających wpływ na właściwe skalkulowanie ofertowej ceny usługi, gdyż brak jest określenia:

- 1) Ilości metrów bieżących żywopłotów przeznaczonych do przycinania w poszczególnych częściach zamówienia (czynność wskazana w załączniku nr 2 do projektu umowy, pkt. I. 4). Z określenia samego metrażu terenów zielonych nie wynika ilość żywopłotów, są bowiem tereny przy nieruchomościach gdzie może nie być w ogóle żywopłotu, a są tereny przy nieruchomościach gdzie mogą być setki metrów żywopłotu.
- 2) Ilości ławek i innych urządzeń zabawowych, które mają być przedmiotem usługi utrzymania czystości ( czynność wskazana w załączniku nr 2 do projektu umowy, pkt. I 2). Określenie czy jest to liczba 2 czy 100 ławek i urządzeń zabawowych ma fundamentalne znaczenie dla wysokości ceny.
- 3) Ilości koszy na śmieci do opróżniania w poszczególnych częściach zamówienia, (czynność wskazana w załączniku nr 2 do projektu umowy, pkt I. 2)
- 4) Szacunkowej ilości kwiatów do wysadzenia przez Wykonawcę w poszczególnych

częściach zamówienia (czynność wskazana w załączniku nr 2 do projektu umowy, pkt I. 2).

- 5) Szacunkowego metrażu nowopowstałych nasadzeń roślin ozdobnych w poszczególnych częściach zamówienia związku z obowiązkiem ponoszenia kosztów podlewania przez Wykonawcę (czynność wskazana w załączniku nr 2 do projektu umowy, pkt I. 2)
- 6) Powierzchni dróg wewnętrznych i nawierzchni ulicznych w poszczególnych częściach zamówienia, co ma szczególne znaczenie dla zapewnienia odpowiedniej ilości sprzętu potrzebnego do zimowego utrzymania dróg, (czynność wskazana w załączniku nr 2 do projektu umowy, pkt I. 1).

Zamawiający poprzestał jedynie na podaniu ogólnej powierzchni terenów, z których powyższe informacje w żaden sposób nie wynikają. Co więcej wskutek nieznamości granic poszczególnych nieruchomości na etapie składania ofert, żaden potencjalny wykonawca, również Odwołujący, nie jest w stanie, nawet w wyniku przeprowadzenia wizji w terenie, ustalić wyżej wskazanych wielkości. Z doświadczenia Odwołującego wynika, iż samo podanie adresu nieruchomości nie określa dostatecznie przedmiotu zamówienia, gdyż wskutek kolejnych podziałów, teren wokół jednego adresu (budynku), może należeć do kilku różnych podmiotów np. do KZGM jako administratora, prywatnych firm zarządzających, czy też Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów. W *Zestawieniu terenów zewnętrznych...* – załącznik nr 1 do projektu umowy, wskazane są powierzchnie do sprzątnania nieokreślone nawet adresem – jest jedynie zapis odnośnie położenia nieruchomości: np.: ul. Karola Miarki (koło liceum), ul. Teatralna (koło „Rawa Pub”), ul. Czecha (dodatkowy teren), ul. Załęska 38 + działka 67. W jaki sposób w takim przypadku wykonawca ma sobie policzyć czy dany żywopłot, ławka kosz uliczny i itd. należy do zakresu przedmiotu zamówienia. W zwartej zabudowie miasta jest to niemożliwe i niewykonalne. Zamawiający próbuje przerzucić swoje obowiązki wynikające z art. 29 ust. 1 i 2 pzp na wykonawców nie dokonując rzetelnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika z wewnętrznego pisma Kierownika Działu Eksploatacji KZGM K-ce nr EE.27.25.2011MD z 8 czerwca 2011 r. do Kierownika Działu Zamówień Publicznych KZGM Katowice, Zamawiający ma pełną świadomość, iż do oceny nakładu pracy potrzebnej do wykonania np.: usługi cięcia żywopłotów konieczne jest posiadanie wiedzy nie tylko o metrach bieżących *...metry bieżące nie są w ocenie Zamawiającego, wystarczającym kryterium do oceny wkładu pracy, wykonywanej w tym zakresie (powierzchnie boczne i szerokość żywopłotów są także istotne...)*.

Precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia poprzez podanie wielkości i zakresu wszystkich czynności składających się na przedmiot przetargu, zabezpiecza wykonawców

przed „dorzucaniem” dodatkowych czynności przez Zamawiającego już w trakcie wykonywania samej usługi. Brak rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia niesie konsekwencje dwojakiego rodzaju. W przypadku przeszacowania zakresu danej czynności, wykonawca zbyt wysoko określi swoje wynagrodzenie i znacznie zmniejszy w ten sposób potencjalne szanse na wygranie przetargu, natomiast w przypadku niedoszacowania zakresu i wielkości danej czynności, skalkuluje własne wynagrodzenie na zbyt niskim poziomie, co może spowodować straty na wykonywaniu umowy. Takie postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 pzp.

Wielokrotnie zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie **KIO** stwierdzane było, iż Zamawiający zobowiązany jest do precyzyjnego, rzetelnego i jasnego formułowania przedmiotu zamówienia, jak również wszystkich aspektów mających wpływ na późniejsze wykonywanie przedmiotu zamówienia. W wyroku z 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2710/10): *(...) Izba stwierdza w ślad za dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie, iż nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciąża bowiem w ten sposób wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej. Tymczasem przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje jednoznacznie zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty winny być zamieszczone przez zamawiającego w SIWZ i dostępne wszystkim wykonawcom na równych zasadach. W niniejszym postępowaniu Wykonawca chcąc pozyskać dla niego niezbędne informacje do przygotowania oferty, w praktyce zmuszony byłby przez Zamawiającego do przeprowadzenia wizji lokalnej, która i tak niewiele byłaby w stanie wyjaśnić. Podobnie w wyroku z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2376/10): W ocenie Izby, trudności po stronie Zamawiającego doprecyzowania przedmiotu zamówienia nie mogą być podstawą do niestosowania regulacji ustawowych i prowadzić do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy. W wyniku uwzględnienia [odwołania - przyp. red.] Izba nakazuje modyfikację w punkcie VII SIWZ pkt 7 w taki sposób, aby jednoznacznie wynikało z tej regulacji z jakiej ilości koszy w poszczególnych rejonach usuwane będą nieczystości, (...).*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 pzp



poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niepełny z użyciem niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających i mogących mieć wpływ na prawidłowe sporządzenie oferty. Zamawiający ma pełną świadomość konsekwencji wynikających z nieprawidłowego określenia przedmiotu zamówienia, co wynika z treści pisma unieważniającego poprzednie postępowanie. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę Izby na wcześniej zaistniałe fakty. 26 maja 2011 r. Zamawiający ogłosił przetarg na świadczenie usług utrzymania czystości i porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych oraz utrzymanie zieleni w obrębie nieruchomości administrowanych przez KZGM w Katowicach. Odwołujący w wyżej wymienionym przetargu złożył 6 czerwca 2011 r. odwołanie, podnosząc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, w szczególności niedokładne określenie przedmiotu zamówienia. Odwołanie to zostało przez Zamawiającego w całości przyjęte, a wszystkie zarzuty Odwołującego zostały uznane za zasadne. Decyzją Zamawiającego postępowanie to zostało unieważnione z uwagi na: ... *Zamawiający stwierdził, iż dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ustawy Pzp tj. dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie podał wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia...* W świetle powyższego zastanawiający jest fakt celowego i zamierzonego nieujawniania w dalszym ciągu przez Zamawiającego niezbędnych informacji do pełnego precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, mimo iż Zamawiający ma świadomość o istnieniu ustawowego obowiązku. Zamawiający od 16 czerwca 2011r., mając dostateczną ilość czasu, posiadając odpowiednie kadry i środki, nie dołożył należytej staranności do rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

[zarzut II]

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3) *Zdolność techniczna* ustalił opis sposobu oceny udziału w postępowaniu, a następnie powtórzył w rozdziale II pkt. 2 s.i.w.z. opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu określając, iż *wykonawca musi dysponować osobami posiadającymi aktualne szkolenie BHP, oraz przynajmniej 1 osobę posiadającą kwalifikację w zakresie pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub prowadzenia prac ogrodnich. Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawca przedkłada wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wskazaniem zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz podstawy do dysponowania tymi osobami, wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają*

*wymagane uprawnienia – załącznik nr 4 do SIWZ.*

Zamawiający w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w żaden sposób nie precyzuje jakie kwalifikacje w zakresie pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub prowadzenia prac ogrodnich uzna za spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Czy za odpowiednie „kwalifikacje” zostanie uznane posiadanie przez wykonawcę osoby z wykształceniem średnim, wyższym, czy też może dysponowanie osobą, która ukończyła jednodniowy kurs w zakresie pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub prowadzenia prac ogrodnich. Zamawiający naraża wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Odwołującego, ma niepewność jakiego rodzaju „kwalifikacje” Zamawiający będzie miał na myśli dokonując badania i oceny ofert. Zamawiający pozostawiając sobie arbitralną decyzję, narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący żąda, aby Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy określił jasno i precyzyjnie opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp.

[zarzut III]

Zamawiający w rozdziale IV s.i.w.z. określa w jaki sposób powinna być przygotowana i wyliczona cena ofertowa na przedmiot zamówienia, odsyłając między innymi do formularza stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z. Zamawiający narzucił odgórnie sposób wyliczenia oferty cenowej z rażącym oderwaniem od przedmiotu zamówienia. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do projektu umowy, zarówno zakres jak i częstotliwość wykonywania poszczególnych czynności dla każdej z dwóch rodzajów powierzchni, to jest dla terenów zewnętrznych i terenów zielonych, jest odmienny. W związku z tym wykonawca będzie ponosił różne koszty, np. na terenach zewnętrznych – odśnieżanie chodników, dróg wewnętrznych i nawierzchni ulicznych, zmiatanie terenów zewnętrznych itd., natomiast na terenach zielonych – trzykrotne koszenia trawy, trzykrotne cięcia żywopłotu, pielęgnacja istniejących nasadzeń kwiatów i krzewów ozdobnych. Pomimo tego Zamawiający żąda, aby Odwołujący podał „ujednoliconą” stawkę na każdą z tych dwóch powierzchni, czyli wykonawca ma podać stawkę zupełnie oderwaną od faktycznie ponoszonych kosztów i nakładów na wykonywanie usługi na poszczególnych powierzchniach. Z jednej strony Zamawiający widzi konieczność wyodrębnienia metrażu poszczególnych powierzchni oraz wskazuje określone czynności do wykonania na tych powierzchniach, a z drugiej strony żąda od wykonawcy „ujednoliconej” stawki za 1 m<sup>2</sup> powierzchni.

Oznacza to, że Zamawiający żąda od wykonawcy „przerzucania” kosztów usługi

droższej w cenę usługi tańszej. Nabiera to zdecydowanie niebezpiecznego wydźwięku, gdy postanowienia te skonfrontujemy z uprawnieniem Zamawiającego do zmniejszenia powierzchni sprzątej (zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 2 projektu umowy – załącznik nr 9 do s.i.w.z.). Takie rozumowanie Zamawiającego (chodzi o ujednoczoną stawkę za m<sup>2</sup>), mogłoby być do przyjęcia gdyby zmniejszenia następowały proporcjonalnie z każdej z tych dwóch powierzchni: czyli np. zmniejszenie o 3 % z powierzchni zewnętrznej skutkowało równoczesnym zmniejszeniem o 3% powierzchni terenów zielonych. Nie ma jednak w zestawieniu terenów zewnętrznych, takich nieruchomości, które miałyby równą powierzchnię terenów zewnętrznych i terenów zielonych. Dotychczasowa praktyka wskazuje, że Zamawiający rezygnował z usług tylko z terenów zewnętrznych bądź rezygnował tylko z terenów zielonych. Zmiany przedmiotu zamówienia wskutek zmniejszenia metrażu są często bardzo istotne i niosą ze sobą duże konsekwencje dla wynagrodzenia wykonawcy. Przykład z realizowanej wcześniej umowy przez Odwołującego – wskutek kolejnych zmniejszeń metrażu przedmiotu zamówienia pierwotne wynagrodzenie spadło już po dwóch miesiącach realizacji umowy o ponad 13 % przy niezmiennych kosztach ogólnych. Inny przykład: z dniem 17 sierpnia 2011 r. z jednej tylko części zamówienia wskutek decyzji Zamawiającego, powierzchnia terenów zewnętrznych spadła o 37 % (z 44.973,00 m<sup>2</sup> do 28.332,00 m<sup>2</sup>), natomiast powierzchnia terenów zielonych spadła jedynie o 28 % (z 15.644,00 m<sup>2</sup> do 11.212,00m<sup>2</sup>). Z dotychczasowego doświadczenia Odwołującego wynika, iż Zamawiający bardzo często korzysta z uprawnień do zmniejszenia metrażu i praktycznie nie ma miesiąca, żeby takie zdarzenie nie nastąpiło. Nie zdarzyło się jeszcze, aby zmniejszenie dotyczyło proporcjonalnie obu powierzchni. Utrudnia to wykonywanie zamówienia, a w pewnych sytuacjach przy wprowadzeniu „ujednoczonej” stawki za 1 m<sup>2</sup> może spowodować, iż wykonywanie zamówienia stanie się nieopłacalne. W skrajnym przypadku przy pozostawieniu na niezmiennym poziomie powierzchni wysokokosztowych, a jednoczesnego zmniejszenia metrażu powierzchni niskokosztowych, na które Wykonawca przy zastosowaniu „ujednoczonej” stawki zmuszony był przerzucać koszty powierzchni wysokokosztowych, biorąc pod uwagę brak możliwości wypowiedzenia umowy przez wykonawcę, może doprowadzić do niezawinionego bankructwa wykonawcy. Zupełnie niezrozumiałe jest postępowanie Zamawiającego, zważywszy na fakt, iż zgodnie z przepisami ustawy dla Zamawiającego znaczenie ma tylko i wyłącznie cena brutto całej usługi. Zgodnie z obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług stawki podatku VAT są takie same i wynoszą obecnie 8 %, więc nie wchodzi w grę też problem „oszczędności” na stawce podatku VAT. W świetle powyższego niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, co do konieczności „ujednoczenia” stawki za

m<sup>2</sup> powierzchni, zamiast obliczenia całkowitej ceny oferty w oparciu o jednostkowe ceny dla poszczególnych rodzajów powierzchni będących przedmiotem przetargu.

Odwołujący żąda zmiany postanowień rozdziału IV s.i.w.z. oraz odpowiednich postanowień załącznika nr 1 do s.i.w.z. w części odnoszącej się do określenia „ujednoliconej” stawki tak, aby każdy wykonawca mógł zastosować ceny jednostkowe zgodnie z jego faktycznymi kosztami dotyczącymi poszczególnych rodzajów powierzchni. Postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2 Ustawy, oraz art. 5 KC art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 pzp.

[zarzut IV]

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż oszacował wartość szacunkową zamówienia z rażącym naruszeniem zasad ustawy pzp w szczególności art. 32 ust. 1 pzp, bez należytej staranności, pomijając obiektywne, powszechnie znane fakty dotyczące wzrostu kosztów realizacji tego typu usług, a przez to znacznie zaniżył tą wartość. Konsekwencjami błędnego oszacowania wartości zamówienia i jej faktycznego zaniżenia jest, po pierwsze – brak możliwości dokonania przez Zamawiającego obiektywnej i właściwej oceny, czy złożone oferty nie będą zawierały rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż sam Zamawiający, wartość szacunkową zamówienia obliczył nierzetelnie i znacznie ją zaniżył w stosunku do przedmiotu zamówienia. Po drugie – uniemożliwienie wyboru ofert Wykonawców, w tym Odwołującego, rzetelnie kalkulujących cenę usługi, która prawdopodobnie przekroczy wartość szacunkową zamówienia.

Zamawiający oszacował wartość szacunkową zamówienia na poziomie niższym niż cena wykonywanego zamówienia udzielonego w 2009 r., pomimo obiektywnych i niepodważalnych przesłanek znanych wszystkim podmiotom takich jak: wzrost kosztów pracy, wzrost cen paliwa, wzrost cen utylizacji, wyższych kosztów ogólnych potencjalnych wykonawców wskutek podziału zamówienia i osobnego zlecenia usługi na terenach wewnętrznych i zewnętrznych oraz zwiększonego zakresu obowiązków poprzez dodanie nowych czynności w stosunku do zamówienia udzielanego w 2009 r.. W stosunku do przedmiotu zamówienia sprzed ponad dwóch lat, Zamawiający zwiększył zakres czynności poprzez wprowadzenie np. trzech cięć żywopłotu zamiast dwóch, trzykrotną wymianę piasku w piaskownicach zamiast jednokrotnej. Zamawiający dokonał podziału przedmiotu zamówienia, przez to podwyższył każdemu potencjalnemu wykonawcy jego koszty ogólne związane z wykonywaniem zamówienia. Zamawiający oszacował wartość obecnego zamówienia na poziomie zdecydowanie niższym niż obecnie ponoszone przez niego koszty wykonywania tej usługi. Różnice na poszczególnych częściach zamówienia wynoszą od 10%

do 40% np. w części nr 3 szacunkowa wartość zamówienia netto obliczona przez Zamawiającego wynosi 12 470,72 zł miesięcznie, a aktualne koszty zamawiającego wynoszą 14 420,77 zł miesięcznie netto, czyli szacunkowa wartość zamówienia jest niższa o 14 %. Jakie to obiektywne czynniki pozwoliły Zamawiającemu na oszacowanie wartości zamówienia na poziomie niższym niż ceny usług sprzed ponad dwóch lat, ustalone w przetargu nieograniczonym, w którym jedynym kryterium wyboru oferty była najniższa cena, pozostaje tylko i wyłącznie wiedzą zamawiającego.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 32 ust. 1, art. 7 ust. 1 pzp i żąda ponownego rzetelnego, z należytą starannością oszacowania wartości zamówienia.

[zarzut V]

Zamawiający do projektu umowy wprowadził szereg postanowień, które prowadzą do pełnej arbitralności działań Zamawiającego, a w konsekwencji do możliwego nierównego traktowania wykonawców zależnie od osobistych sympatii Zamawiającego. I tak w projekcie umowy w § 11: 1. *Zamawiający upoważniony jest do przeprowadzania kontroli wykonywanych robót dziennych i okresowych bez udziału przedstawiciela Wykonawcy. O stwierdzonych usterkach Wykonawca zostanie poinformowany faksem, a w razie niemożność użycia faksu – telefonicznie i zostaną one uwidocznione w „Ewidencji kontroli i stwierdzonych usterek”. W przypadku odmiennego stanowiska Wykonawcy dopuszczalna jest ponowna kontrola z udziałem przedstawicieli obu stron, w terminie ustalonym przez Zamawiającego, 2. Kontrole wykonywanych robót mogą być przeprowadzane przez przedstawiciela Zamawiającego przy udziale przedstawiciela Wykonawcy, po uprzednim powiadomieniu go faksem, a w razie niemożności użycia faksu – telefonicznie o terminie kontroli, a wynik kontroli zostaje uwidoczniony w „Ewidencji kontroli i stwierdzonych usterek”.* Postanowienie § 11 ust. 1 projektu umowy narusza zasadę swobody umów oraz zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, albowiem uniemożliwia on wykonawcy udział w kontroli i weryfikację prawdziwości ustaleń takiej kontroli. Ten zapis w korelacji z możliwością nakładania na wykonawcę kar umownych oczywiście narusza art. 5, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 pzp, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przyznania zamawiającemu prawa do nieograniczonej czasowo jednostronnej kontroli wykonywania umowy (sygn. akt KIO 2376/10, wyrok KIO z 16 listopada 2010 r.). Z powyższych zapisów projektu umowy niezbitnie wynika, iż kolejny już raz Zamawiający pozostawia własnemu uznaniu, decyzję czy zaprosić przedstawiciela wykonawcy do kontroli jakości wykonywanych usług, czy też nie. Zdaniem Odwołującego powinny być jasno i precyzyjnie określone ramy czasowe kontroli usług.

Zamawiający powinien określić również, kto jest upoważniony z jego strony do kontroli jakości usług. Kontrola powinna się odbywać zawsze w obecności przedstawiciela wykonawcy. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia to jest wykonywanie szeregu czynności o charakterze zanikowym, prowadzenie kontroli jakości usług bez udziału przedstawicieli wykonawcy, w dowolnie wybranym przez Zamawiającego czasie może dać błędny obraz o jakości wykonanej usługi, np. zmiatania chodników w okresie jesiennym przy intensywnym opadaniu liści. Kontrola wykonania takiej czynności po kilku godzinach od wykonania usługi nie daje rzetelnego obrazu, co do faktycznej jakości wykonanej usługi. Ze względu na obowiązek pisemności, wszelka korespondencja Zamawiającego kierowana do wykonawcy w szczególności powiadomienia o kontroli jakości usług, zgłaszanie usterek powinno odbywać się wyłącznie pisemnie z wykorzystaniem środków elektronicznego przekazu: faks, poczta elektroniczna. Zamawiający powinien jasno i precyzyjnie, określić zarówno obowiązki wykonawcy względem Zamawiającego, jak również w ten sam sposób określić swoje obowiązki względem wykonawcy. W sposób gwarantujący prawidłowe wykonywanie umowy dwustronnej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający powinien również określić swoje uprawnienia i sposób kontrolowania prawidłowego wykonania usługi w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Pogląd ten był wielokrotnie poruszany w środkach odwoławczych i jest usankcjonowany w zarówno w orzecznictwie KIO jak i w doktrynie.

*W przypadku stwierdzenia niewykonywania usługi lub nienależytego wykonania usługi (np. stwierdzenia uchybień polegających na złej jakości wykonywanych czynności objętych przedmiotem zamówienia, nie wykonywanie usługi na części lub całości nieruchomości), Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 lit. c. Zamawiający nie wziął w ogóle pod uwagę miarkowania kary umownej w stosunku do rzeczywistej skali niewykonania lub nienależytego wykonania usługi. Taki sposób formułowania postanowień umownych w tejże materii „gwarantuje” sądowy spór Wykonawcy z Zamawiającym w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, w szczególności o przepis art. 484 ust. 2 kc. Przykładowo w stosunku do czynności wykonywanych codziennie (zgodnie z załącznikiem nr 2 do projektu umowy) Zamawiający w ogóle nie uwzględnił możliwości niezwłocznego usunięcia ewentualnych usterek przez Wykonawcę. Fakt ten sugerowałby, iż celem Zamawiającego nie jest dążenie do należytego wykonania umowy, a samo karanie Wykonawcy nawet za drobne i możliwe niezwłocznie do usunięcia usterki, co narusza art. 5 kc, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 ustawy pzp. Ponadto Zamawiający używając ww. postanowieniu umowy słowo „może” pozostawia*

sobie uznaniowość w stosowaniu kary względem danego wykonawcy, naruszając art. 7 ust. 1 pzp.

Wskazane postanowienia wprowadzone do projektu umowy przez Zamawiającego naruszają zarówno przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 ustawy pzp, jak i również przyjęte w obrocie gospodarczym zwyczaje. Odwołujący wnosi o zmianę postanowień umowy w powyższych kwestiach zgodnie z wskazanymi przepisami kodeksu cywilnego oraz przepisami ustawy pzp, w szczególności art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2. oraz art. 14.

24 sierpnia 2011 r. Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej informację, iż zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej w terminie określonym w art. 185 ust. 1 ustawy pzp. Skład orzekający Izby ustalił, iż do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego.

2 września 2011 r. o godz. 7:56 Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismem z tej daty), w której zmienił częściowo stanowisko w stosunku do odpowiedzi przesłanej 1 września 2011 r. (pismem z tej daty). Odpis odpowiedzi na odwołanie w wersji ostatecznej został przekazany na posiedzeniu Odwołującemu. Zamawiający w pierwotnej odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie w całości, natomiast ostatecznie uznał odwołanie *w części dotyczącej zarzutu naruszenia przepisu art. 29 pzp tj. dotyczącego opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie braku zestawienia metrażu żywopłotów, ilości ławek, koszy na śmieci, urządzeń zabawowych, metrażu nasadzeń i liczby kwiatów do wysadzenia*, oświadczając, że dokona zmian w treści s.i.w.z. przez dodanie informacji określonych w załączniku nr 1 (precyzującego te wielkości dla poszczególnych części zamówienia) – wnosząc o umorzenie postępowania w tej części oraz oddalenie odwołania w pozostałej części.

Zamawiający wskazał następujące argumenty przemawiające za jego stanowiskiem w zakresie, w jakim nie uznał zasadności zarzutów odwołania.

[Ad. I]

Zamawiający nie uznał zarzutu odwołania w zakresie nieokreślenia powierzchni dróg wewnętrznych i nawierzchni ulicznych. Zamawiający wskazał powierzchnie ogólną, w tym powierzchnię terenów zielonych (załącznik nr 1 do umowy zawiera informację dotyczącą powierzchni zewnętrznej oraz powierzchni terenów zielonych), a zatem należało przyjąć, że pozostała powierzchnia jest utwardzona, do utrzymania której w czystości nie jest wymagana

wiedza w zakresie powierzchni dróg wewnętrznych i nawierzchni ulicznych, ponieważ każda z nich wymaga takich samych czynności. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego Zamawiający zmuszony byłby do wyliczania powierzchni wysypanych żwirkiem, klepisk itp., co nie jest niezbędne do opisanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nieprawidłowo powołuje się na pkt I.1 załącznika nr 2, twierdząc, że brak jest informacji niezbędnej w zakresie określenia ilości sprzętu potrzebnego do zimowego utrzymania dróg, gdyż nie dotyczy on czynności związanych z występowaniem zimowych warunków atmosferycznych. Przy sprecyzowanej powierzchni zewnętrznej, na której ma być wykonywana m.in. usługa odśnieżania i zamywania, należy uznać, że Odwołujący powinien sam wiedzieć jaka ilość sprzętu jest niezbędna do wykonania usługi. Zamawiający nie może narzucać wykonawcom ile danego sprzętu powinni mieć do wykonania usługi. W s.i.w.z. zostały wymienione narzędzia i urządzenia, które w ocenie Zamawiającego są niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, jednakże już ich ilość zależy od Wykonawcy, który to jako podmiot świadczący profesjonalne usługi ma posiadać taką wiedzę, aby należycie wykonać zamówienie. Dla Zamawiającego nie ma znaczenia ilość sprzętu jaką dany Wykonawca zamierza wykorzystać do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. Ponadto w opinii Zamawiającego ilość sprzętu potrzebnego do prawidłowego wykonywania umowy jest uzależniony także od umiejętności operatorów tego sprzętu, a zatem brak jest podstaw do narzucania takiego wymogu wykonawcom, który *nota bene* mógłby zostać uznany za wymóg naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż bezpodstawne jest również zarzut Odwołującego, że Zamawiający wymaga przeprowadzania wizji w terenie.

W ocenie Zamawiającego całkowicie wystarczające jest wskazanie dla przedmiotu zamówienia powierzchni do sprzątnięcia w metrach kwadratowych dla poszczególnych nieruchomości, zarówno w przypadku wskazania ich lokalizacji z adresu, jak i poprzez opisowe podanie ich położenia, w sytuacji gdy brak jest możliwości wskazania precyzyjnego adresu. Praktyka współpracy z firmami sprzątającymi wskazuje, że Zamawiający określa już po rozstrzygniętym przetargu z przedstawicielem wykonawcy szczegółowo miejsce wykonania usługi. Wykonawca jest w stanie określić wynagrodzenie na podstawie podanego w umowie metrażu, a jeżeli w trakcie realizacji usługi przedstawiciel Zamawiającego wskazałby obszar, który odbiega od postanowień umownych, wykonawca może odmówić wykonania usługi w zakresie przekraczającym jego zobowiązanie umowne lub podjąć się wykonania robót dodatkowych odrębnym zamówieniem.

[Ad. II]



Zamawiający w rozdziale II pkt 2 wskazał, iż wykonawca musi dysponować przynajmniej 1 osobą posiadającą kwalifikacje w zakresie pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub prowadzenia prac ogrodniczych. Przy tak szeroko sformułowanych wymaganiach Zamawiający uzna za spełnienie wskazanego warunku zarówno w przypadku, gdy wykonawca wykaże się osobą posiadającą wykształcenie zawodowe lub średnie z zakresu ogrodnictwa, leśnictwa, architektury krajobrazu lub kierunków pokrewnych, jak również w sytuacji, gdy taka osoba będzie posiadała wykształcenie wyższe lub ukończone studia podyplomowe na tych kierunkach, lub też będzie miała ukończony kurs, jak również osobą która swoje kwalifikacje będzie opierała o posiadane doświadczenie zawodowe, nawet bez ukończenia jakiegokolwiek kursu. Przedmiotowe postanowienie nie budzi żadnych wątpliwości, w szczególności wobec faktu, że Zamawiający w żadnym miejscu s.i.w.z. nie wymaga przedłożenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe pracowników wykonawcy. Ponadto zaskarżone postanowienie s.i.w.z. podlegało ewentualnie wyjaśnieniom w trybie art. 38 pzp.

[Ad. III]

Zgodnie z podstawowymi zasadami zamówień publicznych to zamawiający decyduje w jaki sposób określa cenę wykonywanych na jego rzecz usług, natomiast w gestii wykonawców leży taka kalkulacja, aby uzyskali zamierzony przez siebie zarobek. a wykonywane usługi. Wykonawca posiadając ujawnione w załączniku nr 1 do umowy dane dotyczące metrażu powierzchni zewnętrznej i powierzchni terenów zielonych, jest w stanie skalkulować stawkę za m<sup>2</sup> powierzchni, chociażby przy zastosowaniu średniej ważonej uwzględniającej przewidywany przez niego koszt dla każdego rodzaju powierzchni i jej udział w powierzchni łącznej. Twierdzenie więc, jakoby wykonawca miał podać stawkę zupełnie oderwaną od faktycznie ponoszonych kosztów i nakładów na wykonywanie usługi na poszczególnych powierzchniach jest bezzasadne i świadczyć może jedynie o braku doświadczenia danego wykonawcy.

Zamawiający w żaden sposób nie żąda od wykonawcy „przerzucania” kosztów usługi droższej w cenę usługi tańszej (jeżeli Odwołujący do tej pory tak robił, jest to jego decyzja biznesowa). Wykonawca przy obliczaniu stawki powinien tego dokonać w sposób racjonalny z jego punktu widzenia tj. skalkulować ją tak, aby z każdego rodzaju powierzchni zapewnić sobie przychód przewyższający koszty i zapewniający zysk, również w przypadku nierównomiernego rezygnowania przez Zamawiającego z usług na poszczególnych rodzajach powierzchni. Stawka powinna więc zostać tak skalkulowana, aby przychód nie spadł poniżej zakładanego kosztu nawet w skrajnej sytuacji, tzn. całkowitej rezygnacji z

utrzymania powierzchni, dla której wykonawca ponosi określone koszty, choć w praktyce jest bardzo mało prawdopodobne, aby taka sytuacja zaistniała. Podobnym kryterium będą się musieli również kierować inni Wykonawcy, a zatem zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest dalece chybiony.

Rezygnacja z utrzymania czystości na poszczególnych terenach wynika z charakteru prowadzonej przez Zamawiającego działalności (tj. m.in. eksploatacja, administrowanie i zarządzanie mieszkaniowym zasobem miasta Katowice, nieruchomościami zabudowanymi budynkami użytkowymi i lokalami użytkowymi stanowiącymi własność miasta Katowice oraz nieruchomościami Skarbu Państwa na polecenie Prezydenta Miasta Katowice) oraz najczęściej z faktu zbycia nieruchomości, przekazania zarządu innym podmiotom, lub zmiany regulacji prawnych, na co Zamawiający nie ma wpływu, a także czego nie jest w stanie przewidzieć w chwili organizowania przetargu. W momencie przekazania nieruchomości do administrowania innemu podmiotowi, albo jej zbycia, utrzymanie jej czystości przez Zamawiającego, przestaje leżeć w interesie publicznym a zatem Zamawiający musi więc zachować możliwość rezygnacji z utrzymania jej czystości. Ponieważ w poszczególnych nieruchomościach udział dwóch rodzajów powierzchni jest różny, stąd mogą się pojawić nierównomierne zmniejszenie tych dwóch rodzajów. Ponieważ Zamawiający nie zna sposobu kalkulacji ceny przez wykonawcę, to Zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia, czy zaistniała zmiana nie wystąpiła np. z zyskiem dla wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego ujednoczenie stawki jest korzystniejsze dla wykonawców, ponieważ umożliwia to uzyskanie wyższej stawki, np. na terenach, które przy przyjęciu wyceny za poszczególne czynności mogłyby być mniej opłacalne dla wykonawców.

Należy zauważyć, iż ten sposób określania ceny dla tego rodzaju usług jest powszechnie przyjętym sposobem ustalania ceny za wykonywanie usług utrzymania w czystości. Podobne rozwiązanie Zamawiający przyjął w przypadku udzielania zamówienie na utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych, gdzie Odwołujący również jest wykonawcą i nie miał żadnych zastrzeżeń. Natomiast w poprzednim postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego w 2009 r., obejmującym swym zakresem zarówno utrzymanie porządku i czystości powierzchni wewnętrznych, jak i zewnętrznych, Odwołujący oszacował poniesione nakłady przy wykonywaniu usługi dla powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej, dając odpowiednio 0,001 zł/m<sup>2</sup> dla powierzchni wewnętrznej i 0,15 zł/m<sup>2</sup> dla powierzchni zewnętrznej, przy zastosowaniu różnych stawek podatku VAT (22% dla powierzchni wewnętrznej i 7% dla powierzchni zewnętrznej). Przyjęcie ujednoczonej stawki umożliwia rzetelne określenie ceny jednostkowej, nie narusza zasad uczciwej konkurencji, a zatem

należy uznać, iż zarzuty Odwołującego się, również w tym zakresie są bezzasadne.

[Ad. IV]

Zamawiający oszacował wartość szacunkową zamówienia na podstawie posiadanego doświadczenia w zakresie kształtowania się cen, analizy rynkowej oraz własnych możliwości finansowych. Odwołujący nie ma podstaw do stwierdzenia, że wartość została oszacowana błędnie. Przy kalkulacji stawek Zamawiający wziął pod uwagę średnią utrzymania czystości 1 m<sup>2</sup> z uwzględnieniem znanych kosztów ponoszonych przez Zamawiającego do tej pory oraz na podstawie rozeznania cen w innych miastach. Opierając się na znanej wysokości stawek jakie uzyskano w trakcie organizowanego przetargu w Słupsku, które wyniosły pomiędzy 0,12 a 0,16 zł brutto za m<sup>2</sup> za zbliżony zakres usług (informacja uzyskana ze strony internetowej PGM Słupsk, na podstawie znajomości metrażu, wysokości cen ofert, oraz okresu obowiązywania umowy), stwierdzić należy, że kalkulacja Zamawiającego nie została zaniżona. Analiza cen świadczonych komercyjnie wskazuje również, iż koszt utrzymania m<sup>2</sup> oscyluje w granicach do 0,10 zł.

Zarzut Odwołującego, że wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na poziomie niższym niż ceny aktualnie wykonywanych usług, które zostały ustalone w przetargu nieograniczonym sprzed ponad dwóch lat, gdzie jedynym kryterium wyboru oferty była najniższa cena, jest niezgodny z prawdą. Postępowanie to prowadzone było łącznie dla dwóch rodzajów powierzchni (wewnętrznej i zewnętrznej), a kryterium wyboru ofert nie była najniższa cena lecz bilans kryteriów cząstkowych (cena utrzymania czystości i porządku powierzchni wewnętrznych – 50% oraz cena utrzymania czystości i porządku powierzchni zewnętrznych – 50%). Spowodowało to, że np. dla części 3 zamówienie zostało udzielone Odwołującemu, który przy zastosowaniu wyłącznie kryterium najniższej ceny zająłby ostatnią pozycję, gdyż zaoferował on wykonanie usługi przez 24 miesiące za kwotę 550.499,16 zł brutto (powierzchnie wewnętrzne – 487,92 zł, powierzchnie zewnętrzne – 550.011,24 zł), podczas gdy oferta z najniższą ceną opiewała łącznie na 395.367,60 zł brutto (odpowiednio: 150.955,04 zł i 244.412,94 zł). W poprzednim postępowaniu Odwołujący oferował wykonanie usługi dla części 3 za cenę o ponad 28% wyższą niż oferta z najniższą ceną, podczas gdy wartość szacunkowa Zamawiającego jest niższa, zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, tylko o 14% w stosunku do aktualnie ponoszonych kosztów, które w opinii Zamawiającego są nieadekwatne do wartości przedmiotowej usługi.

W związku z powyższym, w oparciu o tak zdobyte doświadczenie oraz kierując się zasadą racjonalnego wydatkowania finansów publicznych, Zamawiający dokonał

oszacowania zamówienia wprowadzając cenę ujednoliczoną oraz kryterium najniższej ceny.

[Ad. V]

Realizacja zasady swobody umów nie zawsze przejawia się równorzędnością stron umowy cywilnoprawnej. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający chce osiągnąć skutek jakim jest porządek na zarządzanych przez niego nieruchomościach. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zapisy umowne umożliwiają mu ustosunkowanie się do wyników przeprowadzonej kontroli, a zatem jego twierdzenia w tym zakresie są bezzasadne. Zgodnie z powołanymi zapisami kontrole mogą być również wykonywane przy udziale przedstawiciela wykonawcy, ponadto jakiegokolwiek zastrzeżenia z jego strony umożliwiają wykonanie ponownej kontroli w obecności obu stron. Doświadczenia Zamawiającego pozwalają stwierdzić, że wcześniejsze powiadomienie wykonawcy o zamiarze przeprowadzenia kontroli powoduje szaleńcze rzucanie wszystkich sił i środków, także z innych rejonów, aby kontrola wypadła dobrze. Stąd wykonywanie kontroli bez udziału wykonawcy daje możliwość zweryfikowania jakości wykonywanej usługi, natomiast wykonawcy pozostaje ewentualna procedura zgłaszania swoich zastrzeżeń. Odwołujący wskazuje, że przeprowadzenie kontroli w specyficznych sytuacjach może dać błędny obraz o jakości wykonywania usług, np. zalegające liście w okresie jesiennym przy intensywnym ich opadaniu. Rzeczywiście, konieczne jest zachowanie przez Zamawiającego zdrowego rozsądku przy ocenie wykonanych prac. Pojawiające się w ciągu dnia liście w okresie jesiennym rzeczywiście nie stanowią podstawy do roszczeń wobec wykonawcy, jednak stwierdzenie ich wielodniowego zalegania, co można stwierdzić po ich stanie (np. gnicie) oraz ilości, taką podstawą już jest.

Odwołujący podnosi, że wszelki kontakt między wykonawcą a Zamawiającym powinien odbywać się drogą pisemną. Praktyka administrowania nieruchomościami jednoznacznie pokazuje, że nie we wszystkich wypadkach jest to możliwe, a nawet bywa nieuzasadnione, np. w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, lub zgłoszenia mu przez lokatora budynku, występującej gołoledzi i jej nieusunięcia przez wykonawcę – wymaga natychmiastowej reakcji w celu przeciwdziałania zagrożeniu bezpieczeństwa.

Wprowadzanie kar umownych do umowy jest powszechnie przyjętą praktyką mobilizująca wykonawców do ich należytego wykonywania. Kara w wysokości 5% wartości zamówienia nie jest karą wygórowaną, a okoliczności w jakich Zamawiający może (nie musi) je zastosować zostały określone w umowie, a zatem zarzut Odwołującego w tym zakresie jest niezasadny. Natomiast instytucja miarkowania kary jest instytucją prawa cywilnego, którą w przypadku ewentualnego sporu Odwołujący mógłby podnieść, a zatem wskazywanie tego

na etapie postępowania jest przedwczesne.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, który ma prawo złożyć w nim ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie ustalona przez Zamawiającego treść ogłoszenia i s.i.w.z., wobec której wniósł odwołanie, naraża go na szkodę z powodu niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś oparła się na: ogłoszeniu o zamówieniu oraz s.i.w.z., a także protokole postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i odpowiedzi na odwołanie oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

[zarzut I]

Skład orzekający Izby ustalił, iż pierwszy zarzut odwołania dotyczy zaniechania przez Zamawiającego sprecyzowania przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym żywoplotów, ławek, urządzeń zabawowych, koszy na śmieci, kwiatów, nasadzeń roślin ozdobnych, dróg wewnętrznych i nawierzchni ulicznych, po pierwsze, przez brak podania ich liczby, po drugie, przez niedostateczne określenie ich lokalizacji terenowej – co w ocenie Odwołującego oznacza dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami art. 29 ust. 1 i 2 pzp, a także naruszający art. 7 ust. 1 pzp. Odwołujący wymienił co prawda w ramach tego zarzutu również art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp, jednakże bez wskazania żadnych okoliczności wskazujących na ich naruszenie, a zatem w istocie żaden zarzut nie został w tym zakresie sprecyzowany. Następnie skład orzekający Izby ustalił, iż Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut w aspekcie niedookreślenia ilościowego przedmiotu zamówienia, odmawiając jednak słuszności zarzutowi niewystarczającego wskazania miejsca położenia przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający zważył, iż nawet uwzględnienie przedmiotowego zarzutu w całości nie stanowiłoby przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie, gdyż *de lege lata* procedura przewidziana w ustawie pzp przewiduje instytucję umorzenia postępowania wywołanego wniesieniem odwołania wyłącznie w sytuacji uznania w całości zarzutów w nim przedstawionych przez zamawiającego (art. 186 ust. 2 pzp). W takiej sytuacji bez merytorycznego wnikania w zasadność zarzutów, a także słuszności stanowiska zamawiającego, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w całości. Natomiast częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego może spowodować ich nierozpatrywanie przez Izbę jedynie w sytuacji, gdy zostaną one cofnięte przez odwołującego najpóźniej do zamknięcia rozprawy. Izba nie mogła zatem w niniejszej sprawie uczynić zadość wnioskowi Zamawiającego o częściowe umorzenie postępowania, gdyż wobec podtrzymania w całości przez Odwołującego zarzutów przedstawionych w odwołaniu – również w całości podlegały one rozpoznaniu.

Skład orzekający Izby po zapoznaniu się ze stanowiskiem wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie z 2 września 2011 r. stwierdził, iż Zamawiający słusznie uznał zasadność

zarzutu dotyczącego niedookreślenia w opisie przedmiotu zamówienia liczby: metrów bieżących żywopłotów, sztuk ławek wypoczynkowych i urządzeń zabawowych, sztuk koszy na śmieci, sztuk kwiatów do nasadzenia oraz metrów kwadratowych nowo powstałych nasadzeń do podlewania. Wobec tego odwołanie w tym zakresie podlegało uwzględnieniu, a biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, Izba nakazała dokonanie zmiany treści s.i.w.z., jak to wskazano w pkt. 1.1 sentencji. Zamawiający wykonując w tym zakresie wyrok może skorzystać z danych, które przedstawił w załączniku nr 1 do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający słusznie wycofał się ze swojego pierwotnego stanowiska zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie z 1 września 2011 r. Określenie przedmiotu zamówienia dotyczącego świadczenia usług utrzymania czystości na terenach zewnętrznych miejskich nieruchomości, z jednej strony polega na wskazaniu zakresu i częstotliwości czynności koniecznych w tym celu, co Zamawiający uczynił w sposób niebudzący zastrzeżeń Odwołującego w załączniku nr 2 do wzoru umowy pn. *Zakres obowiązków usługi utrzymania terenów zewnętrznych...* Z drugiej strony naturalnym i nieodzownym dopełnieniem opisu przedmiotu zamówienia w takim przypadku jest jego sprecyzowanie pod względem ilościowym, co Zamawiający uczynił w załączniku nr 1 do wzoru umowy pn. *Zestawienie terenów zewnętrznych*. Nie czyni to jednak w pełni zadość wskazaniu *co, jak i gdzie* ma być wykonywane w ramach utrzymania czystości tzw. terenów zewnętrznych i terenów zielonych. Skoro bowiem Zamawiający wymaga w treści załącznika nr 2 do wzoru umowy wykonywania konkretnych czynności dotyczących wyspecyfikowanych tam tzw. elementów otoczenia znajdujących się na tych terenach, to nie może poprzestać jedynie na określeniu powierzchni tych terenów. Niewystarczające jest bowiem nawet najbardziej szczegółowe określenie wymaganych czynności względem tych elementów otoczenia, jeżeli nieznana jest ich liczebność. W sytuacji podziału zamówienia na części nie pozwala to nawet na stwierdzenie, czy na terenie objętym daną częścią dany element się w ogóle znajduje. Przede wszystkim jednak dopiero sprecyzowanie liczby rzeczy znajdujących się na nieruchomościach objętych usługami ukazuje należycie zakres przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia nie dotyczy bowiem ani jakiejś abstrakcyjnej powierzchni wyrażonej w metrach kwadratowych, ani wyłącznie jednorodnej powierzchni typu nawierzchnia ulicy, gładki trawnik itp., lecz dużych przestrzeni miejskich, na których dany element otoczenia może, ale nie musi się znajdować. Skoro Zamawiający uczynił żywopłoty, ławki wypoczynkowe, urządzenia zabawowe, kosze na śmieci, kwiaty do nasadzenia oraz nowo powstałe nasadzenia elementem opisu przedmiotu zamówienia, to nie może twierdzić, iż nie mają one charakteru

istotnego dla wykonawców sporządzających oferty, gdyż wystarczająca jest znajomość powierzchni terenów, na których mogą się znajdować i zakres wymaganych czynności.

Odmienne przedstawia się sytuacja z zasadnością zarzutu w części dotyczącej zaniechania przez Zamawiającego określenia powierzchni dróg wewnętrznych i nawierzchni ulicznych w ramach poszczególnych części zamówienia. Co prawda drugorzędne znaczenie ma przywołanie w odwołaniu niewłaściwego punktu załącznika nr 2 do umowy, gdyż niewątpliwie przewidziano w nim do wykonania czynności *w okresie występowania zimowych warunków atmosferycznych* (pkt. 1.3). Jednakże biorąc pod uwagę opis tych czynności, *(usuwanie (przymywanie) śniegu; oczyszczanie spływów do studzienek ściekowych ze śniegu i lodu; likwidacja gołoledzi, skuwanie oblodzeń, posypywanie piaskiem i solą,* zawierający wskazanie, że dotyczą one zarówno chodników i dróg wewnętrznych, a także *wszelkich ciągów komunikacyjnych,* nie zachodzi potrzeba wyszczególnienia ile z podanej powierzchni po odjęciu terenów zielonych przypada na poszczególne rodzaje ciągów komunikacyjnych. Zamawiający nie zróżnicował bowiem swoich wymagań w zakresie zimowego utrzymania odrębnie dla pieszych i drogowych ciągów komunikacyjnych. Nie ma natomiast w opisie wymaganych czynności do wykonania wskazanej w odwołaniu jako odrębnej czynności *zimowego utrzymania dróg,* ani żadnych szczególnych wymagań sprzętowych w tym zakresie. Również ze sposobu określenia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z rozdziału II pkt 2 punkt drugi, lit. c s.i.w.z. (*wykonawca musi dysponować (...) urządzeniami i sprzętem do utrzymania zimowego dróg i ciągów komunikacyjnych*), nie wynika konieczność dysponowania zróżnicowanym sprzętem. Jedyne, co można zarzucić Zamawiającemu, to niepotrzebne używanie zbyt wielu terminów na określenie tego samego oraz brak precyzji ich użycia w treści całej s.i.w.z., co powoduje, iż rzeczywiście sformułowanie warunku udziału sugeruje, iż *droga* nie stanowi *ciągu komunikacyjnego*.

W ocenie składu orzekającego Izby doprecyzowanie przez Zamawiającego elementów otoczenia znajdujących się na terenach wchodzących w zakres danej części zamówienia czyni zbędnym określenie na potrzeby sporządzenia oferty w sposób bardziej szczegółowy miejsca wykonywania usług utrzymania czystości. Odwołujący nie będzie już bowiem musiał *sobie policzyć czy dany żywopłot, ławka, kosz uliczny i itd. należy do zakresu przedmiotu zamówienia.* Natomiast określenie w ramach każdej z części zamówienia globalnej powierzchni terenów zewnętrznych i terenów zielonych, z podaniem powierzchni przypadających na poszczególne lokalizacje, przeważnie określone przez adres, a wyjątkowo w sposób opisowy – obrazuje w sposób wystarczający rozcłonkowanie



terytorialne terenu objętego usługą utrzymania czystości, co jest niewątpliwie okolicznością mającą znaczenie dla wyceny przedmiotu zamówienia. Natomiast na etapie wykonania zamówienia wykonawca odpowiedzialny za utrzymanie czystości musi bardzo dokładnie wiedzieć gdzie kończy się obszar jego odpowiedzialności. Dopiero szczegółowe określenie przez Zamawiającego granic miejsc wykonywania czynności zabezpieczy wybranego wykonawcę przed „dorzucaniem” dodatkowych miejsc ich świadczenie i umożliwi odmowę wykonywania usługi w zakresie przekraczającym jego zobowiązanie umowne. Z uwagi na uzasadnione w tym zakresie obawy Odwołującego, skład orzekający Izby uznał za celowe uczynienia z deklarowanej w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego dobrej praktyki – zobowiązania wynikającego wprost z postanowień umowy. Z tego względu Izba nakazała, jak to wskazano w pkt. 1.2 sentencji.

[zarzut II]

Skład orzekający Izby ustalił, iż odwołanie zawiera zarzut niewystarczającego sprecyzowania przez Zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w części tego opisu wskazującej na to, iż *wykonawca musi dysponować (...) przynajmniej 1 osobę posiadającą kwalifikacje w zakresie pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub prowadzenia prac ogrodnich*, co ma stanowić naruszenie art. 22 ust. 4 pzp (przywołanie art. 22 ust. 3 pzp skład orzekający uważa za nieadekwatne, a wskazywanie na związek z art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp – za zbędne).

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko Zamawiającego zajęte w odpowiedzi na odwołanie, wbrew jego intencji, w pełni potwierdza zasadność tego zarzutu odwołania. Odwołujący chcąc ukazać zakres niepewności wynikający ze sformułowań ogłoszenia i s.i.w.z. retorycznie pytał, czy wystarczające będzie *dysponowanie osobą, która ukończyła jednodniowy kurs w zakresie pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub prowadzenia prac ogrodnich*. Zamawiający nie tylko potwierdził taką możliwość, ale nawet wskazał, że *uzna za spełnienie wskazanego warunku (...), gdy Wykonawca wykaże się osobą (...), która swoje kwalifikacje będzie opierała o posiadane doświadczenie zawodowe nawet bez ukończenia jakiegokolwiek kursu*. Taka odpowiedź na zarzut odwołania w sporze prowadzonym przez określone strony nie może zastępować udzielenia wyjaśnień wszystkim wykonawcom w trybie art. 38 pzp. Przede wszystkim jednak Zamawiający błędnie utożsamia, jak to nazywa, *tak szeroko sformułowane wymagania* z prawidłowym opisem oceny sposobu oceny spełniania warunku udziału umożliwiającym potencjalnym wykonawcom jednoznaczną weryfikację czy spełniają warunek udziału w postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego

proceeds bowa *de facto* to paradoxalnego wniosku, iż nie wymaga on żadnych kwalifikacji, gdyż wystarczające jest doświadczenie, również bliżej niesprecyzowane. O ile z punktu widzenia słownikowego (tu za *Słownikiem języka polskiego pod red. Władysława Doroszewskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1997) w definicji słowa „kwalifikacje” (rozumianego jako *wykształcenie, przygotowanie potrzebne do wykonywania zawodu, jakichś czynności, uzdolnienia, nadawanie się do czegoś*) może również wchodzić „doświadczenie” (rozumiane jako *ogół wiadomości zdobytych na podstawie obserwacji i przeżyć; praktyka, wprawa*), o tyle rozporządzenie 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. Nr 226, poz. 1817) – w § 1 ust. 1 pkt 6 rozróżnia je, wskazując, że można żądać wykazu osób *wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia* (a zatem nawet odróżnia *wykształcenie* od obu wspomnianych terminów). Tymczasem Zamawiający wskazał w ogłoszeniu i s.i.w.z. (rozdział III, pkt 1, lit. b), iż wymaga wykazu osób zawierającego informacje jedynie co do ich kwalifikacji, pomijając doświadczenie i wykształcenie. Zamawiający dodatkowo pogłębił niepewność co do tego, czego w istocie wymaga, przygotowanym przez siebie w załączniku nr 4 do s.i.w.z. wzorze tego wykazu, w którym nie tylko opisał jedną z kolumn tabeli do wypełnienia hasłem *uprawnienia*, ale zamieścił także pod nią oświadczenie w brzmieniu: *oświadczamy, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane przez zamawiającego uprawnienia*. Jednocześnie żądanie złożenia takiego oświadczenia ma wprost swoje źródło również w lit. b pkt. 1 rozdziału III s.i.w.z., gdzie taki dokument został wymieniony oprócz wykazu osób. Tym bardziej zaskakujące i sprzeczne z przywołanymi postanowieniami ogłoszenia i s.i.w.z. jest stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż *w żadnym miejscu SIWZ nie wymaga przedłożenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe pracowników wykonawcy*. Tymczasem zgodnie z systematyką rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wskazane w przepisie § 1 ust. 1 pkt 7 *oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia* jest w aktualnym stanie prawnym jedynym rodzajem dokumentu, jaki zamawiający mogą żądać na potwierdzenie posiadania uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z tym że możliwość ta jest powiązana z obiektywnym uwarunkowaniem nałożenia obowiązku posiadania takich uprawnień przez przepisy rangi ustawowej.

Skład orzekający Izby daleki jest od odmawiania Zamawiającemu prawa do

kształtowania warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający udział jak najszerszemu kręgowi wykonawców, jednak musi to wynikać wprost ze sformułowania opisu sposobu oceny jego spełniania, a nie z braku jego precyzji. W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie tego opisu, jak to wskazano w pkt. 1.3 sentencji.

[zarzut III]

Skład orzekający zrekonstruował na podstawie treści odwołania, iż trzeci podniesiony w nim zarzut skierowany jest przeciwko nierównowadze stron kontraktu w sprawie zamówienia publicznego, jaki zostanie zawarty w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, wynikającej z konieczności podania ujednoczonej jednostkowej stawki netto za 1 m<sup>2</sup> powierzchni, która będzie podstawą do rozliczeń za wykonywanie usługi utrzymania czystości zarówno na terenach zewnętrznych, jak i na terenach zielonych, co ma stanowić naruszenie przepisu art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 pzp. Skład orzekający Izby nie dopatrył się przy tym zarzucie, niedotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, lecz wymaganego sposobu wyliczenia ceny, możliwości naruszenia wskazanego w odwołaniu art. 29 ust. 1 i 2 pzp. Z kolei Odwołujący nie podał żadnych okoliczności uzasadniających naruszenie przez ten opis zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), czy nadużycia swego prawa naruszającego zasady współżycia społecznego (art. 5 kc), w istocie ograniczając się do przywołania ich w sformułowanym przez siebie żądaniu.

Nie ma wątpliwości, iż z opisu przedmiotu zamówienia wynika zróżnicowanie czynności wymaganych dla terenów zewnętrznych w stosunku do terenów zielonych, co uwzględnia specyfikę każdego z tych rodzajów powierzchni. Nie przemawia to jednak w żaden sposób za zasadnością argumentacji Odwołującego, iż przy takim zróżnicowaniu wymaganie podania ujednoczonej stawki oznacza wymuszanie podania jej w pełnym oderwaniu od faktycznie ponoszonych kosztów i nakładów na wykonywanie usługi na każdej z tych powierzchni. Należy zauważyć, iż takie zróżnicowanie kosztów i nakładów występuje również w ramach jednego rodzaju powierzchni i wynika z tego że usługa ma być świadczona przez 12 miesięcy, co determinuje zróżnicowanie czynności w zależności od pory roku, np. odśnieżanie występuje tylko w porze zimowej. Potwierdza to również stanowisko Odwołującego, który wskazując na zagrożenie zmuszania do przerzucania kosztów usługi droższej w cenę usługi tańszej, przezornie unikał w odwołaniu i na rozprawie wskazania, która z powierzchni jest tańsza, a która droższa, i nie domagał się możliwości podania zróżnicowanej stawki z uwagi na porę roku. Z kolei podanie przez Zamawiającego odrębnie powierzchni dla każdego z rodzajów powierzchni, jak również sprecyzowanie

wymaganych w stosunku do każdej z nich czynności, wynika z konieczności podania wyczerpującego podania opisu przedmiotu zamówienia, co w żaden sposób nie przekreśla, lecz warunkuje możliwość domagania się podania ujednocionej stawki za 1 m<sup>2</sup> powierzchni. Trafnie wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, iż dysponując tymi informacjami, a także znając swoje koszty dla każdego z rodzajów powierzchni, podanie przez wykonawcę takiej ujednocionej stawki sprowadza się w istocie do działań matematycznych. Natomiast Odwołujący w odwołaniu przyznał, iż *takie rozumowanie Zamawiającego (chodzi o ujednocioną stawkę za m<sup>2</sup>) mogłoby być do przyjęcia gdyby zmniejszenia następowały proporcjonalnie z każdej z tych dwóch powierzchni (...).*

Jednakże skład orzekający Izby uznał trafność zarzutu odwołania w zakresie nierównowagi kontraktowej stron wynikającej z konieczności podania ujednocionej stawki według stanu rzeczy znanego przy sporządzaniu oferty, która ma być niezmiennie stosowana niezależnie od tego, czy na etapie wykonania umowy ulegnie zmianie proporcja pomiędzy powierzchnią terenów zewnętrznych a powierzchnią terenów zielonych, wskutek skorzystania przez Zamawiającego z przewidzianego w § 1 ust. 2 wzoru umowy uprawnienia do skorygowania jej zakresu rzeczowego przez zmniejszenie liczby nieruchomości, a także wielkości powierzchni. Na potrzeby niniejszej sprawy zbędne były wywody Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, wskazujące na to, iż rezygnacja ze świadczenia usług na poszczególnych terenach wynika z charakteru prowadzonej przez niego działalności, tj. niezależnych od niego zmian stanu majątku nieruchomości miasta Katowic oddanego pod jego pieczę. W treści odwołania brak jest bowiem zarzutu skierowanego przeciwko dopuszczalności takich zmian, nawet z powodu tak generalnej i enigmatycznej przyczyny jak opisana sformułowaniem *w innych przypadkach*. Niesporne było również między Stronami, iż z powodu obiektywnych uwarunkowań takie zmniejszenie nie będzie proporcjonalne dla obu rodzajów powierzchni, gdyż dana nieruchomość może obejmować jeden jej typ lub w innej proporcji niż dla łącznej powierzchni. Natomiast zarzut odwołania wynika z postanowienia ust. 3 § 1 wzoru umowy, z którego wynika, iż *zmniejszenie zakresu przedmiotu umowy (...) uprawnia Zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia proporcjonalnie do zmniejszonej powierzchni objętej usługą (...), do którego odsyła również wprost s.i.w.z. w pkt. 8 rozdziału IV Cena ofertowa*. Zamawiający uwzględnił swoją potrzebę zastrzeżenia zmniejszenia wynagrodzenia proporcjonalnie do zmniejszonego metrażu powierzchni, co ułatwić ma mu ujednociona stawka, jednak nie uwzględnił okoliczności, że stawka ta zostanie ustalona przez wykonawcę dla określonej i znanej w chwili przygotowywania oferty proporcji terenów zewnętrznych i

terenów zielonych, a która to stawka przestanie być adekwatna wobec późniejszych zmian tej proporcji. Za wykraczające poza granicę swobody umów należy zatem uznać arbitralne domaganie się przez Zamawiającego od wykonawców składających oferty skalkulowania jednolitej stawki w taki sposób, aby zapewnić sobie pokrycie kosztów i zysku z każdego rodzaju powierzchni, *nawet w sytuacji skrajnej – tzn. całkowitej rezygnacji z utrzymania powierzchni (...)*. Zupełnie podważa to sens uprzedniego wskazania, że wykonawca posiadając dane dotyczące metrażu powierzchni zewnętrznej i powierzchni terenów zielonych *jest w stanie skalkulować stawkę za m<sup>2</sup> powierzchni chociażby przy zastosowaniu średniej ważonej uwzględniającej przewidywany przez niego koszt dla każdego rodzaju powierzchni i jej udział w powierzchni łącznej*. Skoro sam Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć zakresu zmniejszenia każdego z rodzajów powierzchni na etapie wykonania umowy, to nie ma prawa również domagać się tego od wykonawcy składającego ofertę. W ten sposób żąda bowiem od wykonawców zgody na potencjalną możliwość przerzucenia w przyszołości kosztów usługi droższej w cenę usługi tańszej.

Izba nie odmawiając Zamawiającemu prawa do określenia sposobu obliczenia ceny oferty przez wskazanie ujednoczonej stawki jednostkowej, uznała za konieczne jednocześnie nakazanie wprowadzenia przez niego mechanizmu gwarantującego uwzględnienie uzasadnionego interesu wykonawcy umowy i orzekła, jak to wskazano w pkt. 1.4 sentencji.

[zarzut IV]

Po czwarte Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 pzp przez oszacowanie wartości zamówienia w sposób niezgodny z tym przepisem. W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie nie zawiera wskazania żadnych okoliczności uzasadniających twierdzenie, iż oszacowanie wartości zamówienia zostało dokonane przez Zamawiającego w sposób godzący w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W toku postępowania odwoławczego niesporną okazała się okoliczność, iż Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie niższym niż wynikający z udzielonego w 2009 r. na 24 miesiące zamówienia. Jednakże w zakresie skali tej różnicy niesporna była jedynie okoliczność, iż w zakresie części 3 nadal wykonywanego zamówienia różnica, pomiędzy miesięcznymi kosztami netto ponoszonymi przez Zamawiającego a wartością szacunkową odpowiedniej części w aktualnie prowadzonym postępowaniu, wynosi 14%, co w odwołaniu zostało dodatkowo poparte konkretnie wskazanymi kwotami. Natomiast twierdzenia odwołania, iż różnice na poszczególnych częściach sięgają do 40% nie zostały przyznane przez Zamawiającego, a ponieważ Odwołujący nie poparł ich żadnymi

dowodami, nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia zarzutu. Natomiast Strony toczyły spór co do tego, czy w postępowaniu z 2009 r. kryterium wyboru oferty była najniższa cena, jakby wynik tego sporu miał przesądzić o zasadności postawionego zarzutu. Ponieważ zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2 pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, nie sposób odmówić formalnie racji Odwołującemu w tym sporze. Kryterium wyboru oferty określone jako bilans kryteriów częściowych w postaci ceny utrzymania czystości i porządku powierzchni wewnętrznych – 50 % oraz ceny utrzymania czystości i porządku powierzchni wewnętrznych – 50 %, ma nadal charakter wyłącznie cenowy. Natomiast zupełnie czym innym, a mającym kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy, jest to, jaki użytek z tego oryginalnego konceptu Zamawiającego uczynił wówczas Odwołujący, oferując za 24 miesiące wykonywania usługi dla powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych ceny częściowe w wysokości odpowiednio: 550.499,16 zł i 487,92 zł, co spowodowało, iż w świetle ustalonego kryterium oceny ofert należało uznać jego ofertę za tańszą od np. oferty z cenami częściowymi wynoszącymi odpowiednio 244.412,94 zł i 150.955,04 zł. Zdaniem składu orzekającego Izby jest to doskonale znany Odwołującemu obiektywny czynnik, który pozwolił Zamawiającemu na oszacowanie wartości zamówienia na poziomie niższym, niż ceny usług oferowanych przez Odwołującego dla powierzchni zewnętrznych ponad dwa lata temu. Pomimo iż formalnie kryterium oceny ofert w tamtym postępowaniu była najniższa cena, to sposób określenia przez Zamawiającego kryteriów częściowych pozwolił na zaistnienie sytuacji, iż mogło dojść do wyboru oferty *de facto* droższej. W tych okolicznościach nie zasługuje na uznanie podnoszenie przez Odwołującego zarzutu opartego na tak wątpliwych podstawach. Wobec tego bez znaczenia jest, czy w ostatnich dwóch latach nastąpił wzrost kosztów pracy i cen paliwa, gdyż Odwołujący nie udowodnił, iż cena jego oferty z 2009 r. jest adekwatnym punktem odniesienia dla ustalenia wartości szacunkowej w przedmiotowym postępowaniu. Skład orzekający Izby zważył przy tym, iż Odwołujący wdał się na rozprawie w bezwocną polemikę z Zamawiającym co do tego, czy stawki wynikające z przetargu organizowanego Słupsku można uznać za adekwatne w Katowicach, natomiast nie wskazywał na to, iż aktualnie Zamawiający ustalona wartość szacunkowa jest na poziomie wyższym niż w postępowaniu prowadzonym w 2009 r.

[zarzut V]

Ostatni z zarzutów odwołania dotyczy naruszenia przez Zamawiającego równowagi kontraktowej stron we wzorze umowy przez uregulowanie kontroli wykonywania usług a także przez zastrzeżoną wysokość kary umownej i sposób decydowania o jej wymierzeniu,

co ma naruszać art. 353<sup>1</sup> kc. Skład orzekający Izby nie dopatrył się również w przypadku tego zarzutu, nie dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, możliwości naruszenia wskazanego również w odwołaniu art. 29 ust. 1 i 2 pzp, jak również podania w odwołaniu jakichkolwiek okoliczności uzasadniających zarzucanie naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), czy nadużycia prawa podmiotowego naruszające zasady współżycia społecznego (art. 5 kc), pomimo przywołania tych zasad przez Odwołującego również przy tym zarzucie.

Odwołujący na uzasadnienie swoich zastrzeżeń względem uregulowania kontroli przywołał ust. 1 i 2 § 11 wzoru umowy (zgodnie z ich rzeczywistym brzmieniem). Niepodważalna jest zatem okoliczność, iż w ust. 1 przewidziano możliwość przeprowadzania przez Zamawiającego kontroli wykonywania prac dziennych i okresowych bez udziału przedstawiciela wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Izby wprowadzenie takiej możliwości niezapowiedzianej kontroli nie stanowi samo w sobie naruszenia granic swobody umów, ani nie narusza równowagi stron tej umowy. Zamawiający wskazał na potrzebę zapewnienia osiągnięcia celu zawartej umowy, czyli utrzymania stanu porządku na zarządzanych przez siebie nieruchomościach, odwołując się jednocześnie do swojego doświadczenia z realizacji dotychczasowych umów, z którego wynika, iż stosowanie wyłącznie kontroli zapowiedzianych i z udziałem przedstawiciela wykonawcy nie jest wystarczające dla uzyskania tego celu. Odwołujący nie przedstawił na rozprawie żadnych argumentów podważających wiarygodność tego uzasadnienia. Zdaniem składu orzekającego Izby nie można Zamawiającemu odmówić prawa do zapewnienia sobie pożądanego efektu, a wybrany do tego środek w postaci mechanizmu wrywkowych kontroli bez udziału wykonawcy, nie jest co do zasady nadmierny. Błędne jest natomiast stanowisko Odwołującego odmawiające Zamawiającemu prawa do weryfikowania, czy duga strona wykonuje z należytą starannością czynności, do których się zobowiązała zawierając umowę. Z przywoływanych przez Odwołującego przepisów nie wynika wprost ani pośrednio zasada, iż *kontrola powinna się odbywać zawsze w obecności przedstawiciela Wykonawcy*. Również we wskazanym w odwołaniu wyroku z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2376/10), przy analogicznym zarzucie w zbliżonym stanie faktycznym, Izba dopuściła możliwość prowadzenia wrywkowych kontroli przez zamawiającego, pod warunkiem zapewnienia wykonawcy możliwości ustosunkowania się do ich rezultatów. W niniejszej sprawie brzmienie drugiego i trzeciego zdania ust. 1 § 11 wzoru umowy wprost zaprzecza twierdzeniom Odwołującego, iż nie została zapewniona możliwość weryfikacji przez wykonawcę ustaleń kontroli prowadzonej bez jego udziału, gdyż ma być on informowany o jej wynikach w celu

umożliwienia zajęcia stanowiska, a jeżeli będzie ono odmienne, ponowna kontrola odbywa się już z udziałem jego przedstawiciela.

Odwołujący nie wskazał z czego wywodzi *obowiązek pisemności* we wszelkich kontaktach pomiędzy stronami zawartej umowy, natomiast domaganie się jego wprowadzenia zdaje się jedynie świadczyć o braku zaufania do Zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego Izby przy umowie dotyczącej stałego utrzymywania czystości nie można w ogóle eliminować możliwości wzajemnego kontaktowania się Stron z wykorzystaniem telefonu jako najszybszego środka bezpośredniej komunikacji na odległość. Należy jednak o tyle uznać słuszność stanowiska Odwołującego, o ile dąży do zapewnienia rzeczywistej możliwości ustosunkowania się przez wykonawcę do ustaleń kontroli przeprowadzonej bez jego udziału.

Odwołujący w ramach zarzutu przeciwko uregulowaniom wzoru umowy w zakresie kontroli jej wykonywania wskazał również na następujące nieprawidłowości: brak ograniczeń czasowych jej prowadzenia, brak określenia sposobu jej prowadzenia, w tym wskazania obowiązków Zamawiającego i osób wykonujących w jego imieniu czynności kontrolne. W ocenie składu orzekającego Izby podnoszone przez Odwołującego zastrzeżenia nie mogą zostać uwzględnione. W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż Odwołujący nie sprecyzował należycie w tym zakresie swojego żądania, ograniczając się do ogólnikowego domagania się nakazania sformułowania *zaskarżonych zapisów umowy* (tymczasem w treści uzasadnienia odwołania zostały wskazane jedynie postanowienia § 11 ust. 1 i 2 oraz § 10 ust. 1 dotyczący kar umownych), *aby nie naruszały wskazanych przepisów ustawy oraz zasady równości stron stosunku cywilnego, zasad współżycia społecznego i zasady swobody umów oraz przyjętych zwyczajów* (co odpowiada *de facto* formule zwięzłego wskazania zarzutu), *poprzez określenie w szczególności: czasu, sposobu kontroli (...)*. Jedynie w odniesieniu do żądania określenia czasu kontroli na rozprawie Odwołujący pośrednio doprecyzował swoje żądanie, wskazując, iż w aktualnie wykonywanych umowach kontrola mogła się odbyć jedynie w ciągu 24 godzin. Natomiast w zakresie proponowanego sposobu prowadzenia kontroli, jako jedyny konkret jawi się postulat wskazania przez Zamawiającego osób upoważnionych do kontroli. W przypadku odwołań wobec treści ogłoszeń o zamówieniu lub s.i.w.z. równie istotne dla możliwości ich uwzględnienia przez Izbę jest sprecyzowanie nie tylko zarzutów, ale i żądań. Odwołujący poważając dopuszczalność treści konkretnych postanowień przez Zamawiającego powinien również wskazać jakie konkretnie sformułowania proponuje w ich miejsce. W przeciwnym razie naraża się na to, iż nawet przy uznaniu zasadności zarzutu, uzyska wyrok, który merytorycznie nie będzie dla niego



satisfakcjonujący. Co prawda Izba nie jest formalnie związana żądaniem odwołania, jednak nie oznacza to, iż ma obowiązek wyręczać Odwołującego w odpowiednim ich sformułowaniu, to jest nadającym się do wykonania przez Zamawiającego. Natomiast uczynienie wprost zadość żądaniu odwołania, tylko pozornie rozstrzygałoby spór między stronami, gdyż próba wykonania nakazu tak ogólnikowo sformułowanego stworzyłoby pole do jego kontynuowania, tym razem na tle zgodności tego wykonania z orzeczeniem Izby.

Przed wszystkim jednak Izba zważyła, iż w niniejszej sprawie nie znajduje uzasadnienia zarzut braku określenia we wzorze umowy sposobu kontroli jej wykonywania, w tym obowiązków Zamawiającego przy czynnościach kontrolnych, gdyż uregulowaniu tej kwestii został poświęcony właśnie zagadnieniu poświęcony jest właśnie cały § 11 składający się z siedmiu ustępów. Oprócz rozwiązań powyżej wspomnianych, to jest obowiązku umożliwienia ustosunkowania się wykonawcy do wyników kontroli, z uregulowania tego wyniku, iż Zamawiający w każdym przypadku ma obowiązek uwidocznić stwierdzone usterki w dokumencie pn. *Ewidencja kontroli i stwierdzonych usterek*, którego wzór został załączony do s.i.w.z. Również w każdym przypadku, nie tylko w razie kontroli prowadzonej bez udziału wykonawcy, Zamawiający nałożył na siebie obowiązek umożliwienia wykonawcy ustosunkowania się do jej wyników, w tym złożenia zdania odrębnego w dokumencie ewidencyjnym. Z kolei w tym ostatnim przypadku Zamawiający musi dodatkowo udokumentować zaistnienie usterek opisanych w tym dokumencie przez uzyskania odrębnych dowodów (np. dokumentacji zdjęciowej lub zeznań świadków). Wreszcie nawet w przypadku niespornej lub udokumentowanej okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania prac okresowych Zamawiający ma obowiązek wyznaczenia wykonawcy dodatkowy termin na wykonanie tych prac. Odwołujący nie odniósł się do tych konkretnych uregulowań, zamiast tego przedstawiając w odwołaniu swoje ogólnikowe rozważania, co do powinności Zamawiającego jasnego i precyzyjnego określenia swoich obowiązków względem wykonawcy, w sposób *gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy dwustronnej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, jako pogląd (...) wielokrotnie poruszany w środkach odwoławczych i (...) usankcjonowany w zarówno orzecznictwie KIO jak i w doktrynie* – co nic nie wnosi dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Niezasadny jest także zarzut nieokreślenia ram czasowych kontroli, gdyż powyżej opisana procedura wystarczająco chroni wykonawcę przed arbitralnym ustaleniem wyników kontroli. Z kolei siłą rzeczy kontroli czynności zanikowych obiektywnie nie da się przeprowadzić kilka dni po ich wykonaniu, a zgodnie z § 5 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający może wnieść zastrzeżenia do wykonania do prac dziennych tylko niezwłocznie. W ocenie Izby Zamawiający ma także

prawo prowadzić kontrolę za pośrednictwem osób przez siebie upoważnionych, których tożsamość nie musi być z góry znana wykonawcy. Z kolei przy czynnościach codziennych wezwanie do usunięcia usterek z wyznaczeniem dodatkowego terminu jest racjonalnie nieuzasadnione, gdyż trudno w tym przypadku wyznaczyć termin z jednocześnie wykonalny dla wykonawcy, a krótszy niż jeden dzień.

W tych okolicznościach skład orzekający Izby uznał za celowe i uzasadnione jedynie skorygowanie przewidzianej w ust. 1 § 11 procedury kontroli bez udziału wykonawcy przez nakazanie w pkt. 1. 5 sentencji niezwłocznego informowania wykonawcy o jej wynikach, ograniczając możliwość jej przekazania drogą telefoniczną wyłącznie do sytuacji niemożności przekazania drogą faksową lub elektroniczną z przyczyn leżących po jego stronie (np. awarii lub celowego wyłączenia systemu poczty elektronicznej i urządzeń faksowych).

Odwołujący powołując się na brzmienie § 12 ust. 1 wzoru umowy, zarzucił Zamawiającemu zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości, a także niedopuszczalną swobodę decydowania o nałożeniu kary, co mogłoby stanowić naruszenie art. 353<sup>1</sup> kc. Skład orzekający Izby nie odnalazł jednak w odwołaniu sprecyzowania w jaki sposób mogłoby to być uznane za czynienie ze swego prawa użytku sprzecznego z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem lub zasadami współżycia społecznego, czyli stanowić naruszenie również wskazanego art. 5 kc.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, iż kara umowna w wysokości 5% miesięcznego wynagrodzenia brutto, nie stanowi co do zasady kary rażąco wygórowanej. Wbrew stanowisku Odwołującego na rozprawie, wskazującego na hipotetycznie duże dysproporcje pomiędzy szkodą poniesioną przez Zamawiającego, a wysokością zastrzeżonej kary, gdyż z mocy przepisu art. 484 § 1 kc wysokość poniesionej faktycznie szkody nie ma wpływu na możliwość domagania się kary w pełnej wysokości. Niezrozumiałe jest stawianie przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp przez to, że Zamawiający „może”, a nie „musi” nałożyć karę umowną. Jest to wyłącznie korzystne dla wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, gdyż oznacza, że nawet w razie zajścia przesłanki uzasadniającej nałożenie kary, będzie mógł uniknąć jej nałożenia. Skoro umowa może być zawarta tylko z jednym wykonawcą, bezpodstawne jest w takiej sytuacji powoływanie się na możliwość nierównego traktowania wykonawców, a przepis art. 7 ust. 1 pzp ma zastosowanie w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy, a nie na etapie jej wykonania przez wykonawcę wyłonionego w jego rezultacie.

Chybiony jest także zarzut nieuwzględnienia możliwości niezwłocznego usunięcia ewentualnych usterek przez wykonawcę umowy. Jeżeli nastąpi to rzeczywiście niezwłocznie, to uwzględniając powyżej opisaną procedurę umożliwiającą ustosunkowanie się wykonawcy do stwierdzonych przez Zamawiającego usterek, nie powinien nastąpić *stan niewykonania lub nienależytego wykonania umowy*, o którym mowa w § 11 ust. 5 wzoru umowy. Z tego względu Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie wzoru umowy w sposób gwarantujący możliwość nałożenia kary umownej przez Zamawiającego jedynie w sytuacji niespornego lub odpowiednio udokumentowanego niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę, jak to wskazano w pkt. 1.6 sentencji.

Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego w powyżej wskazanym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 oraz przepisu art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 ustawy pzp – może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 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. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego. Nie uwzględniono jednak wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów dojazdu na rozprawę kolejną w kwocie 244,50 zł, wobec nieprzedłożenia do zamknięcia rozprawy stosownego rachunku, czego wymaga przepis § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....