

Sygn. akt: KIO 924/15

KIO 927/15

POSTANOWIENIE

z dnia 15 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 15 maja 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 5 maja 2015 r. przez **wykonawcę Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118**

B. w dniu 5 maja 2015 r. przez **wykonawcę Eco-Plan Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 4220 z siedzibą w Ustce, Lędowo- Osiedle 1N**

postanawia:

1A. umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 924/15

1B. umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 927/15

2.A Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118** tytułem wpisu od odwołania

2B. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Eco-Plan Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 924/15

KIO 927/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi utrzymania porządku tj. (usługa sprzątnięcia pomieszczeń, chodników, dróg i placów oraz utrzymania terenów zielonych) w kompleksach administrowanych przez Jednostkę Wojskową Nr 4220 Ustka Lądowo – Sekcja Obsługi Infrastruktury w Ustce oraz budynku 39 w Słupsku - Sekcja Obsługi Infrastruktury w Słupsku zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa Jednostkę Wojskową nr 4220 z siedzibą w Ustce, Lądowo-Osiedle 1N ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2015r. za numerem 2015/S 081-143787.

Sygn. akt KIO 924/15

W dniu 5 maja 2015r. odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) drogą elektroniczną wniósł wykonawca Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (dalej odwołujący Impel). Odwołanie zostało podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 marca 2015r. udzielonego przez prokurenta ujawnionego i umocowanego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 5 maja 2015r. faksem.

Odwołujący Impel zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy):

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz;
- 2) art. 142 ust. 5 ustawy przez zaniechanie ustalenia w treści siwz postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Owowołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez odwołującego w odwołaniu tj. rozdziału XVI siwz oraz załącznika do siwz „umowa”; w par. 4, w następujący sposób:

1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*, tj. zmiany:
 - a. stawki podatku od towarów i usług,
 - b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.
2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.
3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.
4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.
5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.
6. Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c).
7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności

Odwołujący Impel wskazał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i siwz naruszają przepisy ustawy a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołujący Impel wskazał, że termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres 36 m-cy od daty obowiązywania umowy. Odwołujący Impel przytoczył treść rozdziału XVI siwz oraz załącznika do siwz „umowa”; w par. 4):

„ 7. W przypadku zaistnienia sytuacji określonych w art 142 ust. 5 Prawa Zamówień publicznych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, zostanie dokonana waloryzacja cen jednostkowych określonych w ust. 2 na następujących zasadach:

- a. ceny jednostkowe netto nie ulegają zmianie, natomiast ceny jednostkowe brutto zostaną określone wg stawki podatku od towarów i usług obowiązującej w dniu spełnienia świadczenia;*
- b. zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu oraz lub zmiana zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne powoduje zmianę cen jednostkowych wg algorytmu:*

$C_j = K_{poz} - K_o$, $K_o = x \cdot I$, $C_j = K_{poz} + x \cdot I$, gdzie

C_j - cena jednostkowa za m^2 (określone w § 4 ust 2)

K_o - koszty osobowe [zł] (określone w ofercie wykonawcy)

K_{poz} - koszty pozostałe

x - koszty osobowe podlegające korekcje

W_a - wynagrodzenie min. obowiązujące na dzień dokonywania zmiany ceny (aktualne) [zł]

W_p - wynagrodzenie min. obowiązujące przed dokonaniem zmiany ceny (poprzednie) [zł]

Z_p - procentowa składka ZUS za rok poprzedzający- obowiązująca przed dokonaniem zmiany ceny [%]

Z_a - procentowa składka ZUS w roku aktualnym- obowiązująca na dzień dokonania zmiany ceny [%]

Zmiany cen jednostkowych wg zasad określonych w ust 7 wymaga aneksu i są skuteczne najwcześniej z dniem jego zawarcia. ”

Odwołujący Impel wskazał, że ww. opis dopuszczalnych i przewidywanych zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy jest, jego zdaniem niezgodny z przepisami ustawy. Przepisy przywołanej ustawy w treści obowiązującej po 19 października 2014 r. tj. w treści, którą stosuje się do przedmiotowego postępowania nakazują, zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy, aby „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług;
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2001 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne -jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.”

Postanowienia przedmiotowej siwz, w ocenie odwołującego Impel, nie zawierają postanowień realizujących dyspozycję przepisu art. 142 ust. 5 ustawy. Treść siwz nie zawiera postanowień dotyczących zasad wprowadzania odpowiednich, adekwatnych zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w siwz, w miejscu gdzie mowa o waloryzacji wynagrodzenia i ubezpieczenia społecznego lub ubezpieczeniu zdrowotnego lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne podał wzór na wyliczenie następujących wartości: ceny jednostkowej za metr² i kosztów osobowych. Po podstawieniu do podanych przez zamawiającego wzorów, wartości liczbowych nie wynika w sposób jednoznaczny, jak otrzymane wyniki mają zostać przełożone na zwiększenie kwoty wynagrodzenia w wyniku zwiększenia minimalnego wynagrodzenia za pracę w oparciu o art. 2 ust. 3- 5 ustawy z dnia 10 października 2001 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę czy też stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Otrzymane wyniki nie stanowią wartości pełnej kwoty o jaką zostałyby podwyższone minimalne wynagrodzenie. W konsekwencji, na podstawie obecnych zapisów siwz, wykonawca, zdaniem odwołującego Impel, nie ma zagwarantowanego przepisami ustawy prawo zamówień publicznych uprawnienia do adekwatnego i odpowiedniego zwiększenia wysokości wynagrodzenia w sytuacji gdy podwyższona zostanie stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powyższe narusza art. 142 ust. 5 ustawy.

Przepis art. 142 ust. 5 ustawy wprowadza obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które miałyby charakter uznaniowy. W rezultacie zamawiający nie może określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może być waloryzowane”, „waloryzacja może nastąpić”, „zmiana jest dopuszczalna” lub równoważnych.

Zamawiający nie określił m.in. terminu, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie. Przepis art. 142 ust. 5 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym zamawiający jest zobligowany określić w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w ww. opisie dopuszczalnych zmian do umowy nie zawarł regulacji dot. rzeczonych zasad wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści przepisu art. 142 ust. 5 ustawy. Jednym z takich warunków, według odwołującego Impel, niezbędnych dla zakwalifikowania klauzuli jako pełnej jest wskazanie terminu, od którego obowiązywało będzie nowe wynagrodzenie. Obowiązek taki jest realizacją ww. celów przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, którymi jest m.in. umożliwienie prawidłowej wyceny usługi oraz ochrona zamawiającego polegająca na gwarancji uzyskania usługi o stałej i niezmiennej jakości. Zamawiający podając w siwz, że zmiany wynikające z zastosowania waloryzacji wynikającej z treści art. 142 ust.5 ustawy *obowiązywały będą najwcześniej z chwilą podpisania aneksu do umowy*”, co w ocenie odwołującego Impel wprost narusza postanowienia ustawy. Zgodnie bowiem z ustawą termin, od którego obowiązuje nowe wynagrodzenie to termin wejścia w życie aktu prawnego go regulującego. Mając powyższe na uwadze odwołujący Impel wskazał, że zawarte w treści siwz postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, w zakresie dotyczącym zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż nie został opisany w sposób:

- 1) termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie;
- 2) o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana;
- 3) jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie;

Z daleko idącej ostrożności, odwołujący Impel wskazał, że celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy.-Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami

ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Odwołujący Impel zaznaczył, że ww. działania zamawiającego stają także w sprzeczności, ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15), zgodnie, z którym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. Klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych-przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5

poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenia wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

W związku z powyższym, odwołujący Impel mając na względzie, że termin umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne przekracza 12 miesięcy, a postanowienia ogłoszenia i siwz nie zawierają regulacji o warunkach zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w zakresie opisanym i wymaganym przepisem art. 142 ust. 5 ustawy, wniósł o zmianę treści ogłoszenia i siwz.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając kopię odwołania na swojej stronie internetowej w dniu 5 maja 2015r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 13 maja 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź została podpisana przez dowódcę jednostki zgodnie z decyzją na 1113 załączoną do odpowiedzi.

Zamawiający oświadczył, że:

1. uwzględni zarzuty odwołania w całości, jednocześnie
2. wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania.

W uzasadnieniu wskazał na treść zarzutów i żądań odwołującego Impel cytując je zgodnie z treścią odwołania i podał, że po zapoznaniu się z odwołaniem, w trybie art. 186 ust. 2 ustawy uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości wskazał, iż po umorzeniu postępowania odwoławczego przez Izbę w trybie art. 186 ust. 2 ustawy lub ewentualnie w trybie ust. 3 w/w przepisu dokona modyfikacji zapisu pkt XVI ppkt. 4 SIWZ oraz § 4 ust. 7-10 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ w w/w sposób wskazany przez odwołującego.

Uzasadniając wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania, wskazał, iż uznał zarzut odwołującego w całości, wobec czego stosownie do treści art. 186 ust. 2 ustawy Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Nadmienił, iż ewentualne uczestnictwo stron w posiedzeniu lub rozprawie skutkować będzie poniesieniem dodatkowych kosztów w tym kosztów dojazdu (Ustka - Warszawa i powrót), noclegu, których dalsze ponoszenie wobec jednoznacznej decyzji zamawiającego jest niezasadne i nie celowe. Natomiast w przypadku umorzenia postępowania z przyczyn wskazanych koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Sygn. akt KIO 927/15

W dniu 5 maja 2015r. odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) drogą elektroniczną wniósł wykonawca Eco-Plan Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99 (dalej odwołujący Eco-Plan). Odwołanie zostało podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez prezesa zarządu, ujawnionego w odpisie z KRS-u i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 5 maja 2015r.

W ocenie odwołującego Eco-Plan zamawiający narusza ustawę przez:

- 1) opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sposobu jego oceny w sposób nadmierny w kontekście zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wobec:
 - a) żądania wykonania usług utrzymania czystości w obiektach użyteczności publicznej, co wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia i preferuje jedną z lokalnych firm;
 - b) zaniechania żądania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usług utrzymania w czystości terenów utwardzonych oraz terenów zielonych o powierzchni proporcjonalnej do przedmiotu niniejszego zamówienia, co nie daje rękojmi należytego wykonania niniejszego zamówienia;
- 2) zaniechanie opisanie w ogłoszeniu o zamówienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie środków czystości w postaci standardu produktów planowanych do użycia w wyposażeniu

węzłów sanitarnych (wg załącznika nr 2 do oferty) oraz kart charakterystyki lub technicznej karty produktu;

3) zastosowanie kryterium „Udział kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m² ” z wagą 35 % nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia, zachęcającego wykonawców do oferowania nieracjonalnie niskich kosztów osobowych zatrudnianego personelu, co w efekcie sprowadza się do nieuprawnionego preferowania przez zamawiającego jak najmniejszej, wręcz nierealnej liczby osób zatrudnionych do wykonania niniejszego zamówienia, a także opisanie sposobu oceny ofert wg ww. kryterium w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nielogiczny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4) wprowadzenie do umowy w sprawie niniejszego zamówienia, stanowiącej załącznik do siwz:

a) zapisów w § 7 ust. 3 oraz w § 10 ust. 1 umowy,

b) zapisów w pkt VI ppkt 11 i 12 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót stanowiącej integralną część umowy (zał. Nr 2 do siwz),

które są sprzeczne z ustawą oraz

wprowadzenie do § 4 ust.7 i do pkt XVI ppkt 4 siwz błędnego wzoru celem wyliczenia ceny jednostkowej tj. wzoru w brzmieniu: „Cj = K poz- Ko”,

5) zaniechanie wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich obowiązkowych informacji w postaci kwoty wartości szacunkowej zamówienia wyrażonej w PLN,

6) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji wobec:

wskazania w Formularzu cenowym innej powierzchni utrzymania porządku w budynkach niż powierzchnia utrzymania porządku w budynkach wynikająca z Wykazu powierzchni pomieszczeń (załącznik Nr 1 do siwz),

- wskazania w opisie przedmiotu zamówienia tj. w lit f) w pkt IV. Utrzymanie terenów utwardzonych w części dot. Warunków utrzymania w czystości terenów w okresie zimowym w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. Nr 2 do siwz), stanowiącej integralną część umowy, zapisu zobowiązującego wykonawcę do:

„wywozu zgromadzonego śniegu w uzgodnieniu z kierownikiem SOI (we wskazane miejsce na terenie kompleksu wojskowego lub poza na odległość do 5 km.)”,

bez wskazania planowanej ilości i krotkości wykonania powyższych usług, które mają bardzo istotny wpływ na skalkulowanie ceny oferty w niniejszym przetargu, a tym samym, mają bardzo istotny wpływ na porównywalność ofert w kryterium cenowym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy wobec sformułowania treści ogłoszenia o zamówieniu i treści siwz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 22 ust. 4 i 5 ustawy wobec opisanego sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny w kontekście zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;

2) art. 25 ust. 1 ustawy wobec zaniechania opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie środków czystości;

3) art. 91 ust. 1-3 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy wobec postanowień siwz w zakresie kryterium „Udział kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m²” z wagą 35 %:

4) art. 29, art. 139 ust.1, art. 140 i art. 144 ustawy wobec postanowień:

~ § 7 ust. 3, § 10 ust. 1 projektu umowy dołączonego do siwz oraz

- pkt VI ppkt 11 i 12 Specyfikacji technicznej (zał. Nr 2 do siwz), stanowiącej integralną część umowy w sprawie niniejszego zamówienia,

- § 4 ust.7 i pkt XVI ppkt 4 siwz;

5) art. 8 ustawy i przepisów dot. publikowania ogłoszeń o zamówieniach publicznych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w związku z art. 32 ustawy wobec zaniechania wskazania w ogłoszeniu o niniejszym zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich obowiązkowych informacji w postaci kwoty w PLN wartości szacunkowej całego zamówienia,

6) art. 29 ust 1 i 2 ustawy wobec opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji poprzez:

- wskazanie w Formularzu cenowym innej powierzchni utrzymania porządku w budynkach niż powierzchnia utrzymania porządku w budynkach wynikająca z Wykazu powierzchni pomieszczeń (załącznik Nr 1 do siwz) oraz

wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia tj. w lit f) w pkt IV. Utrzymanie terenów utwardzonych w części dot. Warunków utrzymania w czystości terenów w okresie zimowym w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. Nr 2 do siwz), zapisu zobowiązującego wykonawcę do:

wywozu zgromadzonego śniegu w uzgodnieniu z kierownikiem SOI (we wskazane miejsce na terenie kompleksu wojskowego lub poza na odległość do 5 km.),

bez wskazania planowanej ilości i krotności wykonania powyższych bardzo kosztownych usług, bezprawnie zmuszając wykonawców do poczynienia własnych nieporównywalnych ze sobą założeń w tym zakresie, w okresie realizacji całego zamówienia,

co ma bardzo istotny wpływ na sporządzenie oferty i uniemożliwia złożenie w niniejszym przetargu ofert porównywalnych na cenie.

Zażądał o:

1) dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści siwz w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia oraz sposobu jego oceny poprzez zastąpienie dotychczasowych postanowień:

a) Sekcji II 1.2.3) ogłoszenia o zamówieniu zapisem w następującym brzmieniu:

„2. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie - według wzoru załączonego w siwz.

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

Należy wykazać minimum 3 usługi z zakresu utrzymania czystości budynków o łącznej powierzchni wewnętrznej co najmniej 30 000 m² każda, z których każda z usług trwała co najmniej 1 rok w ramach jednego kontraktu, w tym jedna o wartości przekraczającej co najmniej 1 000 000 PLN brutto oraz minimum 3 usługi z zakresu utrzymania czystości terenów utwardzonych i terenów zielonych o łącznej powierzchni co najmniej 200 000 m² każda, z których każda z usług trwała co najmniej 1 rok w ramach jednego kontraktu;

b) pkt V. ppkt 2 siwz zapisem w następującym brzmieniu:

„2. posiadania wiedzy i doświadczenia;

Warunek zostanie spełniony, gdy Wykonawca dołączy do oferty:

Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie - według wzoru załączonego do oferty - zał. Nr 6

Należy wykazać minimum 3 usługi z zakresu utrzymania czystości budynków o łącznej powierzchni wewnętrznej co najmniej 30 000 m² każda, z których każda z usług trwała co najmniej 1 rok w ramach jednego kontraktu, w tym jedna o wartości przekraczającej co najmniej 1 000 000 PLN brutto oraz minimum 3 usługi z zakresu utrzymania czystości terenów utwardzonych i terenów zielonych o łącznej powierzchni co najmniej 200 000 m² każda, z których każda z usług trwała co najmniej 1 rok w ramach jednego kontraktu

c) pkt VI. ppkt 2 siwz zapisem w następującym brzmieniu;

„2. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie - według wzoru załączonego do oferty - zał. Nr 6

Należy wykazać minimum 3 usługi z zakresu utrzymania czystości budynków o łącznej powierzchni wewnętrznej co najmniej 30 000 m² każda, z których każda z usług trwała co najmniej 1 rok w ramach jednego kontraktu, w tym jedna o wartości przekraczającej co najmniej 1 000 000 PLN brutto oraz minimum 3 usługi z zakresu utrzymania czystości terenów utwardzonych i terenów zielonych o łącznej powierzchni co najmniej 200 000 m² każda, z których każda z usług trwała co najmniej 1 rok w ramach jednego kontraktu.”;

2) dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie do niniejszego ogłoszenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie środków czystości w postaci standardu produktów planowanych do użycia w wyposażeniu węzłów sanitarnych (wg załącznika nr 2 do oferty) oraz kart charakterystyki lub technicznej karty produktu;

3) dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści siwz w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez zastąpienie dotychczasowych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i siwz postanowieniami zgodnymi z ustawą tj. zastosowanie kryterium ceny z wagą 100% lub zastosowanie kryterium ceny i kryterium odnoszącego się do przedmiotu zamówienia tj. do kompleksowych usług utrzymania czystości (np. posiadanie przez wykonawcę certyfikatu ISO w zakresie sprzątnia budynków i utrzymania terenów zewnętrznych);

4) dokonania zmiany ust. 3 w § 7 umowy, stanowiącej załącznik do siwz przez zastąpienie dotychczasowego zapisu zapisem w następującym brzmieniu:

„3. W przypadku nienależytego wykonania zamówienia, po jednokrotnym wezwaniu do jego realizacji zgodnie z treścią Umowy Zamawiający zatrzymuje z zabezpieczenia należytego wykonania umowy kwotę odpowiadającą wartości powstałej na skutek nienależytego wykonywania Umowy przez Wykonawcę.”

5) dokonania zmiany treści siwz poprzez:

a) wykreślenie ust. 1 w § 10 umowy, stanowiącej załącznik do siwz oraz

b) wykreślenie ppkt 12 w pkt VI Specyfikacji technicznej (zał. Nr 2 do SÍWZ),

a w przypadku przewidywania przez zamawiającego konieczności zwiększenia w toku realizacji umowy utrzymywanej w czystości powierzchni, przewidzenie w treści ogłoszenia o zamówieniu i w treści siwz możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy;

- 6) dokonania zmiany treści siwz poprzez jednoznaczne określenie w pkt VI ppkt 11 w Specyfikacji technicznej (zał. Nr 2 do siwz), w % w stosunku do całego zamówienia maksymalnej wielkości ograniczenia niniejszego zamówienia;
- 7) dokonania zmiany treści siwz poprzez zastosowanie w § 4 ust.7 i w pkt XVI ppkt 4 siwz poprawnego wzoru do wyliczenia ceny jednostkowej tzn. zastąpienie dotychczasowego wzoru, wzorem w następującym brzmieniu „ $C_j = K_{poz} + K_o$ ”;
- 8) dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu z uwzględnieniem art. 32 i art. 8 ustawy oraz przepisów dot. publikowania ogłoszeń o zamówieniach publicznych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich przez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu kwoty w PLN wartości szacunkowej całego zamówienia;
- 9) dokonanie zmiany treści siwz poprzez wskazanie rzeczywistej powierzchni utrzymania porządku w budynkach, objętej niniejszym zamówieniem i ujednoczenie w tym względzie zapisów Formularza cenowego oraz Wykazu powierzchni pomieszczeń (załącznik Nr 1 do siwz),
- 10) dokonanie zmiany treści siwz poprzez:
- a) wykreślenie lit. f) w pkt IV. Utrzymanie terenów utwardzonych w części dot. Warunków utrzymania w czystości terenów w okresie zimowym w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. Nr 2 do siwz) w brzmieniu:
„wywozu zgromadzonego śniegu w uzgodnieniu z kierownikiem SOI (we wskazane miejsce na terenie kompleksu wojskowego iub poza na odległość do 5 km.)”
lub
- b) uwzględnienie w niniejszym przetargu usług wywozu śniegu w prawie opcji zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy oraz opinią prawną Prezesa UZP pt. „Prawo opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych” dostępną na stronie internetowej UZP, przez:
zmianę lit. f) w pkt IV. Utrzymanie terenów utwardzonych w części dot. Warunków utrzymania w czystości terenów w okresie zimowym w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. Nr 2 do siwz) polegającą na zastąpieniu dotychczasowego zapisu zapisem w następującym brzmieniu:
„wywozu nadmiaru śniegu, który jest przewidziany zgodnie z art. 34 ust 5 ustawy w prawie opcji i będzie realizowany na polecenie Zamawiającego w uzgodnieniu z kierownikiem SOI (we wskazane miejsce na terenie kompleksu wojskowego lub poza na odległość do 5 km.), przy wystąpieniu długotrwałych opadów śniegu powodujących szczególnie trudne warunki drogowe. Jeżeli w toku realizacji umowy nie będzie potrzeby realizacji w części lub w całości ww. usług przewidzianych w prawie opcji nie będą one realizowane. Prawo opcji nie stanowi zobowiązania Zamawiającego. Wynagrodzenie za wywóz nadmiaru śniegu zostanie określone według cen zawartych w Formularzu cenowym w ofercie Wykonawcy za realizację usług wywozu śniegu.”

oraz

odpowiednią zmianę Formularza cenowego, polegającą na dodaniu w Formularzu cenowym sposobu wyceny usług wywozu śniegu przewidzianych w prawie opcji wraz ze wskazania planowanej ilości i krotności wykonania powyższej, bardzo kosztownej usługi w całym okresie realizacji niniejszego zamówienia;

11) przedłużenia terminu składania ofert w przypadku gdy zajdą okoliczności wskazane w art. 12a ust.2 ustawy.

W ocenie odwołującego Eco-Plan odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

W przypadku uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego w trybie art. 186 ust.2 ustawy odwołujący Eco-Plan żąda na podstawie art. 186 ust. 2 zadanie drugie ustawy, aby zamawiający wykonał czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z powyższym wnioskiem (żądaniem), co do rozstrzygnięcia odwołania, zawartym w pkt 1)-11) powyżej. Zaznaczył, iż obowiązujące przepisy ustawy nie dają możliwości zamawiającemu uwzględnienia odwołania w części zarzutów. Zgodnie bowiem z normą prawną zawartą w art. 186 ust.2 ustawy zamawiający może jedynie uwzględnić odwołanie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jeśli zamawiający uwzględni zarzuty przedmiotowego odwołania w całości to zobowiązany jest do wykonania czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2013 r., Sygn. akt: KIO 1277/13; postanowienie KIO z dnia 23 maja 2013 r., Sygn. akt: KIO 1124/13; wyrok KIO z dnia 02.04.2013 r., sygn. akt: KIO 626/13; postanowienie KIO 1058/14 z dnia 10 czerwca 2014 r., wyrok KIO 1040/14 z dnia 6 czerwca 2014 r., postanowienie KIO z dnia 18 stycznia 2011 r., Sygn. akt: KIO/44/11, postanowienie KIO z dnia 27 września 2010 r, Sygn. akt: KIO 2045/10).

Zgodnie z przepisami ustawy i orzecznictwem uwzględnienie przez zamawiającego jedynie części zarzutów odwołania stanowi potwierdzenie zasadności odwołania i skutkuje uwzględnieniem odwołania i poniesieniem przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego (wyrok KIO z 28 listopada 2012 r, sygn. akt KIO 2482/12; wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 302/12).

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący Eco-Plan podniósł, że zgodnie z dyspozycją wyrażoną w art. 22 ust. 4 i 5 ustawy oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazaną w art. 7 ust.1 ustawy zamawiający nie może opisywać warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, dyskryminacyjny, nadmierny, ograniczający pole konkurencji i preferujący konkretnych wykonawców. Nie może też opisywać warunków w taki sposób, aby dopuścić do udziału w

postępowaniu wykonawców, którzy nie mają wiedzy i doświadczenia w realizacji usług proporcjonalnych i adekwatnych do przedmiotu zamówienia, bowiem taki opis warunków prowadzić może do wyboru oferty wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia lub jest niezdolny do wykonania zamówienia. W oparciu o zasady wskazane w powyższych przepisach ustawy:

zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust.1 ustawy);

opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków; o których mowa w ust 1 art. 22, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy);

warunki, o których mowa w ust 1 art. 22, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia (art. 22 ust. 5 ustawy).

Treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść siwz w niniejszym przetargu w ocenie odwołującego Eco-Plan potwierdzają, iż powyższe normy prawne zostały naruszone w związku z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sposobem jego oceny, który został sformułowany przez zamawiającego w następujący sposób:

„ 2. posiadania wiedzy i doświadczenia;

Warunek zostanie spełniony; gdy Wykonawca dołączy do oferty:

Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie - według wzoru załączonego do oferty - zał. Nr 6

Należy wykazać minimum 3 usługi z zakresu kompleksowego utrzymania czystości w obiektach użyteczności publicznej o łącznej powierzchni wewnętrznej co najmniej 30000 m2 każda, z których usługa trwała co najmniej 1 rok w ramach jednego kontraktu, w tym jedna o wartości przekraczającej co najmniej 1 000 000,00 zł brutto.”

W pierwszej kolejności odwołujący Eco-Plan podkreślił, iż obiekty stanowiące przedmiot niniejszego przetargu nie są obiektami użyteczności publicznej. W uzasadnieniu powyższego powołał definicję budynku użyteczności publicznej wskazaną w § 3. pkt 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, zgodnie z którą przez budynek użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na

potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Zgodnie z doktryną i judykaturą obiekty użyteczności publicznej to wszystkie obiekty, w których mogą przebywać bez ograniczeń grupy ludzi i pojedyncze osoby. Obiekty takie przeznaczone są do wykonywania funkcji administracji państwowej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, nauki, służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym i wodnym, poczty i telekomunikacji. Są to wszystkie budynki użyteczne dla obywateli i grup obywateli, w których można załatwiać swoje sprawy. Do takich budynków należą biurowce, obiekty edukacyjne, obiekty gastronomiczne, obiekty turystyczne, obiekty kultury, obiekty handlowe, ratusze, urzędy, przystanki kolejowe, szpitale czy obiekty sakralne. Miejsca te przystosowane są dla użytku każdego obywatela, który ma pełne prawo w nich przebywać.

W świetle powyższego, w rozumieniu obowiązujących przepisów, obiekty wojskowe objęte przedmiotem niniejszego przetargu nie są obiektami użyteczności publicznej, co potwierdza również opinia p. Elżbiety Bieńkowskiej Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.12.2013r. Odwołujący Eco-Plan zaznaczył że, zgodnie z przepisami i orzecnictwem, iż warunki stawiane przedsiębiorcom w przetargu muszą mieć uzasadnienie w przepisach i nie mogą być oderwane od przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego opis ww. warunku odwołujący się do wymaganego doświadczenia w wykonaniu usług w obiektach użyteczności publicznej jest opisem:

- nadmiernym, niezwiązanym z przedmiotem niniejszego zamówienia oraz nieproporcjonalnym do przedmiotu niniejszego zamówienia,
- preferującym wykonawców posiadający doświadczenie w wykonaniu usług utrzymania czystości w obiektach użyteczności publicznej, w tym jedną z lokalnych firm oraz
- dyskryminacyjnym, wykluczającym z przetargu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i dających rękojmię należytego wykonania zamówienia tj. wykonawców posiadających doświadczenie w wykonaniu usług utrzymania czystości w obiektach wojskowych, ale nieposiadających doświadczenia w wykonaniu usług utrzymania czystości w obiektach użyteczności publicznej.

W tym stanie rzeczy żądanie w niniejszym przetargu wykonania usług utrzymania czystości w obiektach użyteczności publicznej, w ocenie odwołującego Eco-Plan, narusza normy

prawne zawarte w art. 22 ust. 4 i 5 ustawy oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust.1 ustawy.

Słuszność powyższych zarzutów potwierdzają opinie prawne jak również następujące dokumenty:

- Wyniki kontroli doraźnej następczej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o sygn. UZP/DKUE/KN/17/10 z 23.06.2010 r,
- Wyniki kontroli przeprowadzonych w 2010 roku przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej,
- Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze KIO/KD 55/10 z 29.07.2010 r.,
- Informacja o wyniku kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych UZP/DKD/KND/35/10,

zgodnie z którymi niedopuszczalne jest ograniczanie przez zamawiającego konkurencji w przetargu poprzez opisanie warunku w zakresie doświadczenia w odniesieniu do obiektów użyteczności publicznej w okolicznościach, kiedy przedmiot zamówienia nie jest obiektem użyteczności publicznej.

Powyższe potwierdza także liczne orzecznictwo, w tym m.in.:

- Wyrok KIO z dnia 12.12.2013r. Sygn. akt KIO 2771/13
- Wyrok KIO z dnia 18.16.2012r. Sygn. akt. KIO 1160/12

Reasumując odwołujący Eco-Plan uznał, że dokonany w przedmiotowym postępowaniu opis warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jest dyskryminacyjny. Ogranicza on bowiem krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia poprzez wyłączenie z ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców zdolnych do świadczenia przedmiotowych usług, lecz nie posiadających doświadczenia związanego z realizacją usług na obiektach użyteczności publicznej.

Ponadto zdaniem odwołującego Eco-Plan powyższy opis warunku w sposób nieuzasadniony nie odwołuje się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy w wykonaniu usług utrzymania w czystości terenów utwardzonych oraz terenów zielonych o powierzchni proporcjonalnej do przedmiotu niniejszego zamówienia, zwłaszcza, że zakres tych usług w przedmiocie niniejszego zamówienia jest przeważający. Zaznaczył, iż przedmiot niniejszego przetargu obejmuje usługi:

- utrzymania porządku w budynkach o łącznej powierzchni 38 956,00 m²,
- utrzymania terenów utwardzonych o łącznej powierzchni 178 325,00 m²,
- utrzymania terenów zielonych o łącznej powierzchni 68 096,00 m².

W świetle powyższego łączna powierzchnia terenów utwardzonych oraz terenów zielonych to blisko 250 tys. m². Pominięcie w opisie ww. warunku proporcjonalnej powierzchni terenów utwardzonych oraz terenów zielonych jest, zdaniem odwołującego Eco-Plan, nieracjonalne i budzi uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności zamawiającego. Taki

opis warunku jest nie tylko nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale co więcej nie daje on rękojmi należytego wykonania niniejszego zamówienia, dopuszczając do udziału w przetargu firmy, które nie są zdolne do wykonania takiego zamówienia, bowiem nie świadczyły usług na tak dużych powierzchniach terenów utwardzonych oraz terenów zielonych.

Wobec tego konieczne jest opisanie powyższego warunku przez adekwatne i proporcjonalne odniesienie się do wymaganej wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usług utrzymania terenów utwardzonych oraz terenów zielonych, wynikającej z przedmiotu niniejszego zamówienia.

Uwzględniając powyższe odwołujący Eco-Plan stwierdził, iż powyższe zarzuty znajdują uzasadnienie w obowiązujących przepisach ustawy oraz w dokumentacji przetargowej i zasługują na uwzględnienie zgodnie z wnioskiem (żądaniem), co do rozstrzygnięcia odwołania.

W dalszej kolejności odwołujący Eco-Plan podniósł, że zgodnie z treścią art. 25 ust.1 ustawy oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz. Dokumentacja niniejszego przetargu wskazuje, iż zamawiający sprzecznie z ww. przepisem zaniechał wskazania w ogłoszeniu o zamówienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie środków czystości w postaci standardu produktów planowanych do użycia w wyposażeniu węzłów sanitarnych (wg załącznika nr 2 do oferty) oraz kart charakterystyki lub technicznej karty produktu.

W konsekwencji odwołujący Eco-Plan stwierdził, iż postawiony zarzut znajduje uzasadnienie w obowiązujących przepisach ustawy oraz w dokumentacji przetargowej i zasługuje na uwzględnienie zgodnie z wnioskiem (żądaniem), co do rozstrzygnięcia odwołania.

Nadto zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający obowiązany jest określać kryteria oceny ofert oraz sposób ich oceny w sposób zapewniający wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 i art. 91 ustawy.

Opis sposobu oceny ofert wg kryterium:

nie może być niejednoznaczny, niezrozumiały i nieprecyzyjny, pozostawiający zamawiającemu niedopuszczalną uznaniowość w ocenie kryterium;

nie może naruszać zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy tj. preferować określonych wykonawców,

nie może być nielogiczny i prowadzić do oferowania nierealnych odpowiedzi na kryteria, godząc w jakość realizacji zamówienia i nie prowadząc do wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu przepisów ustawy.

Kryterium pozacenowe opisane w siwz wskazuje, w ocenie odwołującego Eco-Plan, na naruszenie powyższych zasad.

Kryterium „Udział kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m² z wagą 35 %, zostało opisane przez zamawiającego w niniejszym przetargu w następujący sposób:

„Kryterium II - Udział kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m²- waga 35

Sposób obliczenia tego kryterium to stosunek najniższego udziału kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m² w zł netto do udziału kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m² w zł netto w badanej ofercie pomnożony przez wagę 35%.

W tym kryterium najwyższą ilość punktów otrzyma oferta z której na podstawie zaproponowanego formularza kalkulacji ceny jednostkowej wynikać będzie jak najniższy koszt osobowy zatrudnianego personelu. (Załącznik do formularza cenowego)."

Odwołujący Eco-Plan zaznaczył, iż jest to kryterium związane z ceną, bowiem dotyczy kosztów osobowych zatrudnianego personelu stanowiących element ceny. Tym samym, oczywistym jest, iż powyższe koszty (kryterium) ujęte są w cenie, a tym samym w kryterium cena z wagą 65%. Zupełnie niezrozumiały jest, dla odwołującego Eco-Plan, opis sposobu oceny ww. kryterium. Jest on po pierwsze niejednoznaczny i nieprecyzyjny, a po drugie nielogiczny i szkodliwy dla niniejszego postępowania i przedmiotu zamówienia. Zgodnie z powyższym opisem najwyższą ilość punktów otrzyma oferta, z której na podstawie zaproponowanego formularza kalkulacji ceny jednostkowej wynikać będzie jak najniższy koszt osobowy zatrudnianego personelu (Załącznik do formularza cenowego). Natomiast w formularzu kalkulacji ceny jednostkowej znajdują się 3 ceny jednostkowe i odpowiednio do nich mają być oferowane 3 koszty osobowe pracowników. Nie wiadomo jednak, które z nich będą podstawione do ww. wzoru celem wyliczenia punktów w oparciu o to kryterium. Tym samym opis sposobu oceny ww. kryterium jest niejednoznaczny, nieprecyzyjny i pozostawia zamawiającemu niedopuszczalną uznaniowość w jego ocenie.

W następnej kolejności odwołujący Eco-Plan wskazał, iż kryterium to preferuje jak najniższy udział kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m². Najprawdopodobniej intencją zamawiającego było preferowanie wykonawcy korzystającego z pomocy publicznej PFRON do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych. W tym miejscu jednak należy wyjaśnić, iż PFRON nie może być uwzględniony w ww. kryterium, bo też nie stanowi on kosztów osobowych zatrudnianego personelu. Zgodnie z obowiązującymi przepisami pomoc publiczna PFRON stanowi przychód, a nie koszt, jest dofinansowaniem do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych i należy ją ujmować w ewidencji księgowej analogicznie jak dotacje tj. na dobro pozostałych przychodów operacyjnych.

W świetle powyższego ww. kryterium preferując jak najniższy udział kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m², preferuje też w sposób nieracjonalny i niekorzystnie dla jakości niniejszego zamówienia, jak najmniejsze zatrudnienie. Tak opisane kryterium zachęca wykonawców do oferowania jak najniższych kosztów osobowych zatrudnianego personelu w stawce za 1 m², a to prowadzi do oferowania jak najniższej, wręcz nierealnej liczby osób zatrudnionych do wykonania niniejszego zamówienia lub do oferowania nieprawdziwych kosztów osobowych zatrudnianego personelu, w celu uzyskania jak największej liczby punktów w oparciu o ww. kryterium. Odwołujący Eco-Plan stwierdził, iż tak opisane kryterium jest wręcz szkodliwe dla niniejszego zamówienia i z całą pewnością nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu przepisów ustawy. Zaznaczył, że udział kosztów osobowych w cenie za realizację przedmiotowych usług, przy założeniu legalnego zatrudnienia jest znany, ukształtowany przez rynek oraz obowiązujące przepisy prawa i wynosi 60%-80%.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, iż zarzuty wskazane powyżej znajdują uzasadnienie w obowiązujących przepisach ustawy oraz w dokumentacji przetargowej i zasługują na uwzględnienie zgodnie z wnioskiem (żądaniem), co do rozstrzygnięcia odwołania.

Wskazał, iż, jego zdaniem, zasadnym jest zastosowanie w miejsce ww. kryterium, kryterium: posiadanie certyfikatu ISO w zakresie sprzątnia budynków i utrzymania terenów zewnętrznych lub ustanowienie jednego kryterium cena- 100%.

Nadmienił, że usługi stanowiące przedmiot niniejszego przetargu są usługami powszechnie dostępnymi oraz mają ustalone standardy jakościowe, a tym samym w myśl art. 91 ust. 2a ustawy, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium. Powyższe potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. wyrok KIO 2395/14 z dnia 28 listopada 2014 r.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia art. 29, art. 139 ust.1, art. 140, art.144 i art. 144a ustawy odwołujący Eco-Plan podniósł, że umowę, a w zasadzie jej projekt, na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne traktować należy jako element opisu przedmiotu zamówienia obejmujący, zazwyczaj narzucony przez podmiot zamawiający, sposób i termin realizacji tego przedmiotu, jak również regulujący prawa i obowiązki stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego oraz cywilnoprawne konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez przyszłego wykonawcę (wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12; wyrok KIO dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1860/10 i KIO 1864/10).

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, iż § 7 ust. 3 ustawy jest rażąco niekorzystny dla wykonawców i daje zamawiającemu prawo zatrzymania całości zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia niezależnie od zakresu i znaczenia nienależyte wykonanej części

usługi. Powyższe stoi w sprzeczności art. 139 ust.1 ustawy oraz z zasadą równości stron umowy, wyrażoną w KC. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 14 marca 2012 r, sygn. akt KIO 399/12: „Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają jednak ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego / wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353.1 K.c.”.

W następnej kolejności odwołujący Eco-Plan wskazał na treść art. 140 ust. 3 ustawy, który stanowi, iż umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając powyższe niemożliwa jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego polegająca na zwiększeniu utrzymywanej powierzchni. W tym stanie rzeczy konieczne jest:

- wykreślenie ust. 1 w § 10 umowy, stanowiącej załącznik do siwz oraz
- wykreślenie ppkt 12 w pkt VI Specyfikacji technicznej (zał. Nr 2 do siwz), stanowiącej integralną część umowy w sprawie niniejszego zamówienia.

Natomiast w przypadku przewidywania przez zamawiającego konieczności zwiększenia utrzymywanej powierzchni w toku realizacji umowy zasadnym jest, przewidzenie w treści ogłoszenia o zamówieniu i w treści siwz możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W szczególności odwołujący Eco-Plan wskazał na zapis w pkt VI ppkt 11 w Specyfikacji technicznej (zał. Nr 2 do siwz), stanowiącej integralną część umowy w sprawie niniejszego zamówienia, który sprzecznie z obowiązującymi przepisami:

- daje zamawiającemu prawo do dowolnego i nieograniczonego zmniejszania zakresu zamówienia (umowy),
- przerzuca całe ryzyko gospodarcze kontraktu wyłącznie na wykonawcę, co stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy (art. 139 ust.1 ustawy).

Odwołujący Eco-Plan zaznaczył, iż zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

W świetle powyższego generalnie umowa w sprawie zamówienia publicznego jest niezmienna w stosunku do jej treści zawartej w przetargu. Jedynie przepis art. 144 ust.1 ustawy przewiduje możliwość określenia wyjątków dopuszczających zmianę umowy, z zastrzeżeniem, że zostaną sprecyzowane jednoznacznie warunki takiej zmiany. Przy czym, zgodnie z doktryną i judykaturą przewidywane zmiany umowy nie mogą:

- naruszać fundamentalnej zasady udzielania zamówień publicznych w postaci uczciwej konkurencji,
- zaburzać równowagi ekonomicznej ustalonej w przetargu publicznym,
- prowadzić do nadużywania dominującej pozycji zamawiającego, poprzez wprowadzanie zapisów zezwalających na dowolne i nieograniczone zmniejszanie zakresu umownego, a tym samym wynagrodzenia wykonawcy,
- prowadzić do obejścia wyniku przetargu poprzez udzielenie w efekcie zupełnie innego zamówienia niż opisane w siwz.

Powyższy zapis umowy (pkt VI ppkt 11 w Specyfikacji technicznej) przyznaje zamawiającemu de facto nieograniczone prawo do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia po jego udzieleniu, co zgodnie z orzecnictwem stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy, a w szczególności art. 29. (tak w wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05 oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09). W przypadku przewidywania ograniczenia zakresu zamówienia zamawiający obowiązany jest wskazać w siwz oraz w umowie maksymalny zakres zamówienia, którego nie wykona np. w procencie wartości pełnego zakresu zamówienia. Powyższe jest niezbędne w celu określenia ceny oferty.

W świetle orzecznictwa niedopuszczalnym jest opisywanie zamówienia bez wskazania tej jego części, której realizacja będzie pewna, a nie opcjonalna. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 22/07, KIO/UZP 1447/10, KIO/UZP 2376/10) oraz jest zgodne ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (Opinia prawna: "Prawo opcji" w ustawie Prawo zamówień publicznych - informator Urzędu zamówień publicznych Nr 4/2011, str. 16-19). W wyroku KIO z dnia 16 września 2010 r. sygn. akt KIO 1905/10, KIO 1921/10: "Brak zagwarantowania wykonawcy choćby minimalnego świadczenia powoduje możliwość nleuzyskania przez niego choćby minimalnego wynagrodzenia, zaś zrzeczenie się roszczeń z tytułu ograniczenia przedmiotu zamówienia powoduje rezygnację z odszkodowania będącego surogatem wynagrodzenia. Izba uznała, że zamawiający winien wskazać choćby minimalny zakres przewidywanego zamówienia. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) wskazała, że „niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu

zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny". Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umów”.

„W świetle ogólnego zakazu dokonywania istotnych zmian umów przewidzenie możliwości zmian i określenie warunków ich dokonania w praktyce oznacza konieczność przewidzenia wszelkich przypadków i okoliczności, które mogą spowodować dokonanie zmian w zawartej umowie. Przewidziane w ogłoszeniu lub w siwz przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny to być przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli.” (Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H.Beck, Warszawa 2012).

Zakaz dokonywania zmian w umowie służy realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zapisanej w art. 7 ustawy. Zmiana umowy, która zaburzałaby równowagę ekonomiczną w szczególności na korzyść usługodawcy w sposób, który nie został opisany w postanowieniach pierwotnego zamówienia, jest w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i doktryny traktowana jako zmiana niedopuszczalna i wskazująca na chęć udzielenia nowego zamówienia (wyrok KIO z dnia 28.02.2012r. Sygn. akt: KIO 229/12 Sygn. akt: KIO 238/12 Sygn. akt: KIO 239/12 Sygn. akt: KIO 242/12 Sygn. akt: KIO 245/12 Sygn. akt: KIO 247/12, Sygn. akt KIO/1756/10)

W tym stanie rzeczy odwołujący uważa, że konieczna jest zmiana w pkt VI ppkt 11 w Specyfikacji technicznej (zał. Nr 2 do siwz) przez jednoznaczne określenie w % w stosunku do całego zamówienia maksymalnej wielkości ograniczenia niniejszego zamówienia.

Poza sporem pozostaje fakt, iż cena jednostkowa stanowi sumę kosztów osobowych (Ko) i kosztów pozostałych (Kpoz). Stąd konieczne i w pełni uzasadnione jest zastosowanie w § 4 ust. 7 i w pkt XVI ppkt 4 siwz poprawnego wzoru w postaci „ $C_j = K_{poz} + K_o$ ”.

Zgodnie z zasadą jawności wyrażoną w art. 8, dyspozycją art. 32 ustawy oraz zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą treści ogłoszenia o zamówieniu, które publikowane jest w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, zawartą w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych Informator o zmianach w przepisach dotyczących ogłoszeń (Bartłomiej Kardas, Aleksandra Sołtysińska, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 88), wartość szacunkowa zamówienia wyrażona kwotowo w zł musi być zawarta w treści ogłoszenia o zamówieniu. Załącznik B pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu unijnym w sposób jednoznaczny zobowiązuje zamawiającego do wpisania wartości szacunkowej zamówienia

liczbowo w walucie, w której zostanie zapłacona cena, w związku z zapisem w brzmieniu: „Jeżeli jest znana szacunkowa wartość bez VAT (podać wyłącznie dane liczbowe)”. Przepisy ustawy zobowiązują zamawiającego każdorazowo do określenia szacunkowej wartości zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania. W tym stanie rzeczy zgodnie z przepisami prawa polskiego oraz ww. opinią UZP zamawiający jest obowiązany w ogłoszeniu o zamówieniu unijnym, w każdym przypadku podać wartość szacunkową zamówienia określoną kwotowo w walucie, w której zostanie zapłacona cena.

Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo, w tym m.in. wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2013 r., Sygn. akt: KIO 2749/13.

Zgodnie z art. 29 ust.1 i 2 ustawy :

- Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Dokumentacja niniejszego postępowania potwierdza, iż przedmiot zamówienia w zakresie rzeczywistej powierzchni utrzymania porządku w budynkach, objętej niniejszym przetargiem jest opisana w sposób niejednoznaczny, który utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem:

- w Formularzu cenowym wskazano powierzchnię utrzymania porządku w budynkach 38 956,00 m², zaś
- powierzchnia utrzymania porządku w budynkach wynikająca z Wykazu powierzchni pomieszczeń (załącznik Nr 1 do siwz) wynosi 39 604,44 m²

Różnica w ww. powierzchniach to 648,44 m².

Wobec powyżej rozbieżności nie wiadomo, którą powierzchnię należy uwzględnić w wyliczeniu ceny. W tym stanie rzeczy konieczne jest ujednoczenie w tym względzie zapisów Formularza cenowego oraz Wykazu powierzchni pomieszczeń (załącznik Nr 1 do siwz), zgodnie z wnioskiem (żądaniem), co do rozstrzygnięcia odwołania.

W następnej kolejności odwołujący Eco-Plan wskazał, iż zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami art. 29 ust.1 i 2 i art. 7 ust.1 ustawy nie określił w lit f) w pkt IV. Utrzymanie terenów utwardzonych w części dot. Warunków utrzymania w czystości terenów w okresie zimowym w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. Nr 2 do siwz), stanowiącej integralną część umowy w sprawie niniejszego zamówienia, planowanej ilości i krotkości wykonania bardzo kosztownych usług wywozu zgromadzonego śniegu. Zaznaczył, że wskazane w powyższym zapisie zobowiązanie wykonawcy do:

„wywozu zgromadzonego śniegu w uzgodnieniu z kierownikiem SOI (we wskazane miejsce na terenie kompleksu wojskowego lub poza na odległość do 5 km. ”,

jest pojęciem niejasnym, nieprecyzyjnym i zmuszającym wykonawców do poczynienia różnych założeń, co do faktycznej ilości zamawianych usług wywozu śniegu. Powyższy zapis siwz :

- uniemożliwia złożenie ofert porównywanych w kryterium cenowym,
- przerzuca ryzyko gospodarcze kontraktu z tytułu nieprzewidywalnych warunków zimowych wyłącznie na wykonawcę, co stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy w związku z art. 139 ust.1 ustawy,
- stanowi nadużywanie dominującej pozycji zamawiającego.

Słuszność powyższego stanowiska potwierdza liczne orzecznictwo powołane we wcześniejszej części niniejszego odwołania.

Odwołujący Eco-Plan zaznaczył, że usługi wywozu śniegu są usługami nieprzewidywalnymi, bo też z całą pewnością nie można przewidzieć zimy w okresie realizacji całego niniejszego zamówienia. W tym stanie rzeczy zasadnym jest wyłączenie z przedmiotu niniejszego zamówienia powyższych nieprzewidywalnych usług poprzez wykreślenie lit f) w pkt IV. Utrzymanie terenów utwardzonych w części dot. Warunków utrzymania w czystości terenów w okresie zimowym w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. Nr 2 do siwz). Natomiast usługi wywozu śniegu zamawiający będzie mógł realizować na podstawie odrębnego zamówienia w okolicznościach, kiedy z uwagi na warunki pogodowe -zajdzie faktyczna konieczność ich wykonania.

Zamawiający może również wyłączyć z przedmiotu niniejszego zamówienia podstawnego usługi wywozu śniegu i przewidzieć je w niniejszym przetargu w prawie opcji zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy oraz opinią prawną Prezesa UZP pt. "Prawo opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych", dostępną na stronie internetowej UZP, wraz ze wskazaniem planowanej ilości i krotności wykonania powyższych bardzo kosztownych usług w okresie realizacji całego zamówienia. Powyższe rozwiązanie także pozwoli zamawiającemu na realizację usług wywozu śniegu w okolicznościach kiedy z uwagi na warunki pogodowe zajdzie faktyczna konieczność ich wykonania, bowiem realizacja ww. usług nastąpi na podstawie umowy w sprawie niniejszego zamówienia, w której przewidziano prawo opcji w zakresie usług wywozu śniegu, w oparciu o ceny zawarte w Formularzu cenowym w ofercie wykonawcy w zakresie usług wywozu śniegu.

W tym stanie rzeczy konieczna jest zmiana siwz w zakresie usług wywozu śniegu zgodnie z wnioskiem (żądaniem), co do rozstrzygnięcia odwołania.

W związku z tym, iż żądania odwołania dotyczą istotnych zmian, w szczególności dotyczą określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania, konieczne stać się może przedłużenie terminu do składania ofert w niniejszym przetargu w trybie art. 12a ust. 2 pkt 1)

ustawy. Tym samym, w ocenie odwołującego Eco-Plan zasadne będzie wykonanie czynności zgodnie z wnioskiem (żądaniem), co do rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący Eco-Plan dodatkowo podniósł, że od ponad 20 lat jest firmą zajmującą się profesjonalnym sprzątniem budynków oraz utrzymaniem terenów zewnętrznych i terenów zielonych, w tym w obiektach wojskowych, posiadającym wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji przedmiotowych usług, a nie może samodzielnie złożyć oferty w niniejszym przetargu, bowiem podlega wykluczeniu z racji niespełnienia opisanego w niniejszym przetargu warunku posiadania doświadczenia związanego z realizacją usług na obiektach użyteczności publicznej. Odwołujący uważa zatem, że legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia niniejszego odwołania, ponieważ pragnie:

- 1) być dopuszczonym do udziału w przedmiotowym przetargu,
- 2) złożyć ofertę samodzielnie bez konieczności zawiązywania konsorcjum czy korzystania z zasobów podmiotów trzecich,
- 3) złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zgodną z obowiązującymi przepisami,
- 4) uczestniczyć w postępowaniu, które nie jest obciążone wadą postępowania, o której mowa w art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy,
- 5) zwrócić uwagę, iż taki opis warunków i kryteriów w niniejszym przetargu godzi o fundamentalne zasady udzielania zamówień.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając kopię odwołania na swojej stronie internetowej w dniu 6 maja 2015r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 13 maja 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź została podpisana przez dowódcę jednostki zgodnie z decyzją na 1113 załączoną do odpowiedzi.

Zamawiającoświadczył, że:

1. uwzględni zarzuty odwołania w całości, jednocześnie
2. wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż wobec uwzględnienia odwołania wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. KIO 924/15) w zakresie dotyczącym postanowień pkt XVI ppkt 4 SIWZ oraz § 4 ust, 7-10 projektu umowy wniosek odwołującej ECO - PLAN SPÓŁKA AKCYJNA w części pkt. 7 odwołania tj, w zakresie dokonania zmiany treści SIWZ poprzez zastosowanie w § 4 ust, 7 umowy oraz w pkt XVI ppkt 4 SIWZ poprawnego wzoru do wyliczenia ceny jednostkowej tzn. zastąpienie dotychczasowego wzoru, wzorem w następującym brzmieniu „Cj = Kpoz + KO” - stał się bezprzedmiotowy i nie podlega realizacji

W uzasadnieniu wskazał na treść zarzutów i żądań odwołującego Impel cytując je zgodnie z treścią odwołania i podał, że po zapoznaniu się z odwołaniem, w trybie art. 186 ust. 2 ustawy uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości wskazał, iż po umorzeniu postępowania odwoławczego przez Izbę w trybie art. 186 ust. 2 ustawy lub ewentualnie w trybie ust. 3 w/w przepisu dokona modyfikacji zapisu pkt XVI ppkt. 4 SIWZ oraz § 4 ust. 7-10 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ w w/w sposób wskazany przez odwołującego.

Uzasadniając wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania, wskazał, iż zamawiający uznał zarzut odwołującego w całości, wobec czego stosownie do treści art. 186 ust. 2 ustawy Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż wobec uwzględnienia odwołania Wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. KIO 924/15) w zakresie dotyczącym postanowień pkt XVI ppkt 4 SIWZ oraz § 4 ust. 7-10 projektu umowy wniosek odwołującej ECO - PLAN w części pkt. 7 odwołania tj. w zakresie dokonania zmiany treści siwz poprzez zastosowanie w § 4 ust. 7 umowy oraz w pkt XVI ppkt 4 siwz poprawnego wzoru do wyliczenia ceny jednostkowej tzn. zastąpienie dotychczasowego wzoru, wzorem w następującym brzmieniu „CJ = Kpoz + Ko”- stał się bezprzedmiotowy i nie podlega realizacji.

Wskazał również, że odwołujący Eco-Plan nie przystąpił do odwołania Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. KIO 924/15) po żadnej ze stron.

Nadmienił, iż ewentualne uczestnictwo stron w posiedzeniu lub rozprawie skutkować będzie poniesieniem dodatkowych kosztów w tym kosztów dojazdu (Ustka - Warszawa i powrót), noclegu, których dalsze ponoszenie wobec jednoznacznej decyzji zamawiającego jest niezasadne i nie celowe. Natomiast w przypadku umorzenia postępowania z przyczyn wskazanych koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonych postępowaniach odwoławczych zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego nie nastąpiło.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołań miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: