

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę: **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M....., S..... Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60 – 476 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni, ul. 10 Lutego 24, 81 – 364 Gdynia,**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych "Sanipor" sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81 – 300 Gdynia** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M....., S..... Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60 – 476 Poznań, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M....., S..... Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60 – 476 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza kwotę **847 zł 61 gr** (słownie: osiemset czterdzieści siedem złotych sześćdziesiąt jeden groszy) od wykonawcy **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M....., S..... Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60 – 476 Poznań** na rzecz zamawiającego **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni, ul. 10 Lutego 24, 81 – 364 Gdynia** stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i zakwaterowania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usługi polegającej na oczyszczaniu zimowym dróg na terenie miasta Gdyni” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „Pzp. Zamówienie zostało podzielone na trzy części: AI, AII i AIII. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 149 - 259285 w dniu 2 sierpnia 2013 r. W tym samym dniu zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „siwz” na własnej stronie internetowej.

Wykonawca - Sprzątanie Placów i Ulic M....., S..... Sp. J. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji Istotnych warunków zamówienia, w których zamawiający zamieścił postanowienia sprzeczne z obowiązującymi przepisami oraz zagrażające interesowi odwołującego, a także wobec zaniechania opisanego niektórych zasad i wymogów obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zobowiązany był uwzględnić na podstawie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisów: art. 2 pkt 13, art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 3, art. 29 ust. 1, art. 43 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 483 § 1 k.c., art. 41 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy z dnia 4 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013, poz. 21), art. 5 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2013, poz. 403). Odwołujący wniósł o:

1. zmianę terminu składania ofert, zgodnie z wymogami art. 43 ust. 2 pkt. 40 Pzp,
2. wprowadzenie do warunków udziału w postępowaniu obowiązku posiadania przez wykonawców zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych w rozumieniu ustawy o odpadach,
3. odstąpienie od zamiaru różnicowania wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za utrzymywanie tzw. gotowości zimowej, w zależności od wariantów tej gotowości, jakie zamawiający zamierza wprowadzać odpowiednio do prognozowanego stanu pogody,
4. odstąpienie od zastrzeżonej w siwz możliwości okresowego zawieszania akcji zimowego utrzymania dróg, w trakcie którego wykonawcy nie będzie przysługiwało jakiegokolwiek wynagrodzenie, w tym przede wszystkim wynagrodzenie za utrzymywanie sprzętu w stanie gotowości do podjęcia działań,
5. opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na jego podstawie mógł nie tylko wyliczyć ceną ofertową, ale przede wszystkim mógł ustalić dochód (zysk) dla swojej firmy, co w istniejącym stanie rzeczy jest niemożliwe,
6. jednoznacznego oznaczenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia w poszczególnych

latach, bez możliwości wprowadzania zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług, co jest związane z zapłatą wynagrodzenia za utrzymywanie sprzętu w stanie gotowości do podjęcia działań,

7. ujednoczenia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków podmiotowych opisanych w siwz, z opisem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu,

8. umożliwienie wykonawcom przedkładania zamawiającemu faktur za zrealizowane zadania, w okresach miesięcznych oraz wypłatę związanego z tym wynagrodzenia w terminach nieprzekraczających terminu ustawowego,

9. odstąpienie od zamiaru nakładania kar umownych za nieprawidłowe wykazywanie w meldunkach dobowych - zakresu, czy też czasu realizacji robót, bądź też czasu utrzymywania gotowości zimowej, które to nieprawidłowości nie należą do zobowiązań umownych związanych z zimowym utrzymaniem dróg,

10. odstąpienie od żądania od wykonawców, aby w przypadku awarii urządzeń monitorujących, ich naprawa nastąpiła w terminie nie dłuższym niż 48 godzin, oraz odstąpienie od nakładania kar umownych w przypadku niedotrzymania tego terminu,

11. wydłużenie do 21 dni terminu, w którym wykonawca będzie miał prawo złożyć korektę do meldunku dobowego, co ma związek z karami umownymi przewidzianymi w § 7 ust. 8 lit. a i b.

12. odstąpienie od obowiązku uzyskiwania zgody zamawiającego na użycie większej ilości zaangażowanego sprzętu w sytuacji, gdy wedle oceny dokonanej przez wykonawcę, stanie się to konieczne dla szybkiego zareagowania na zmieniające się warunki atmosferyczne.

13. wykreślenie postanowienia § 5 ust. 4 i 8 Załącznika Nr 9 do siwz (wzór umowy) dotyczącego ponoszenia pełnej odpowiedzialności wobec zamawiającego lub osób trzecich z uwagi na naruszenie zakresu swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353¹ k.c.).

Odwołujący wyjaśnił, że przedstawione powyżej żądania zostały podniesione odpowiednio do każdej z części zamówienia, w zakresie, w jakim danej części dotyczą.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 43 ust. 3 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji drogą elektroniczną. W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony na dzień 21 sierpnia 2013 r. Termin na składanie ofert wynosi zatem 23 dni, przy czym w tym zakresie (skrócenie terminu w stosunku do terminu standardowego - 40 dni) zamawiający

powołuje się w pkt. IV.3.2 na fakt, iż uprzednio zamieścił wstępne ogłoszenie informacyjne dotyczące tego samego zamówienia (Nr ogłoszenia w Dz. U.: 2013/S 39-062299 z dnia 23 lutego 2013 r.

W ocenie odwołującego, ze względu na ewidentne braki w treści wstępnego ogłoszenia informacyjnego, zamawiający nie miał prawa do zastosowania skróconego terminu składania ofert. We wstępnym ogłoszeniu informacyjnym nie zostały zamieszczone informacje o warunkach udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że przekazując wstępne ogłoszenie informacyjne do publikacji, zamawiający posiadał pełną wiedzę o warunkach, jakie mają spełnić wykonawcy. Przepis Pzp w powyższym zakresie jest jednoznaczny i wyraźnie uzależnia możliwość skrócenia terminu składania ofert, od spełnienia wymogu zamieszczenia w ogłoszeniu wstępnym, wszystkich wymaganych informacji.

We wstępnym ogłoszeniu informacyjnym zamawiający nie zamieścił także informacji o wielkości lub zakresie zamówienia (np. sekcja III pkt. 2 ogłoszenia). W tym fragmencie zamiast rzeczowej informacji, zamieszczony został wpis o treści „oczyszczanie zimowe dróg”, co w żadnym zakresie nie jest informacją, jaka w tym miejscu powinna się znaleźć. Trudno także zakładać, że w momencie przekazywania ogłoszenia do publikacji zamawiający nie znał tej wielkości (tego zakresu). Bez brakujących informacji, o których mowa powyżej, wstępne ogłoszenie informacyjne jest pozbawione jakiegokolwiek znaczenia dla wykonawców zamierzających się ubiegać o zamówienie. Ideą, jaka przyświeca zamieszczaniu wstępnych ogłoszeń informacyjnych, jest umożliwienie wykonawcom wcześniejszej analizy własnych możliwości podmiotowych, jakie stawia zamawiający i ewentualne przygotowanie się do złożenia oferty. Jeśli zamawiający we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym przekaze wszystkie wymagane informacje, to fakt ten umożliwia skrócenie terminu składania ofert, bo wykonawca już uprzednio miał czas na poczynienie odpowiednich przygotowań (np. uzupełnienie brakującego sprzętu, pozyskanie potencjału od innego podmiotu itd.).

2. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w ogłoszeniu oraz siwz, jednym z jego elementów jest usuwanie z pasa drogowego odpadów stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu drogowego, np. zanieczyszczeń pochodzących ze zdarzeń drogowych, z rozsypania przewożonych przez użytkowników dróg ładunków, a w tym w szczególności: żwiru, piasku, cementu, tłucznia oraz innych odpadów zalegających w pasie drogowym. Potrzeba podjęcia tego typu czynności może wynikać w każdej chwili, nie wyłączając godzin nocnych, a także dni świątecznych i innych dni wolnych od pracy, w których nie są czynne instalacje wyznaczone do przyjmowania i zagospodarowania odpadów. Nie ulega, więc wątpliwości, że w przypadku zebrania odpadów z pasa drogowego w godzinach nocnych lub w dni ustawowo i dodatkowo wolne od

pracy, wykonawca będzie te odpady przechowywał w swojej bazie w oczekiwaniu na możliwość ich przekazania do instalacji. Będziemy tu mieli do czynienia ze zbieraniem odpadów, która to czynność została zdefiniowana w ustawie o odpadach. Zbieranie odpadów, zgodnie z przepisami ustawy wymaga uzyskania zezwolenia, po spełnieniu przez podmiot rygorystycznych wymagań. W tym postępowaniu zamawiający zaniechał żądania od wykonawców zezwolenia na zbieranie odpadów, co prowadzi do umożliwienia ubiegania się o zamówienie podmiotom niespełniającym przepisów regulujących zasady gospodarowania odpadami, co sprzyja rozwojowi nielegalnego postępowania z odpadami, a także stwarza nieuczciwą konkurencję wykonawców, którzy zadbali o zdobycie wszelkich uprawnień koniecznych do zgodnego z prawem uczestniczenia w rynku usług komunalnych, a tymi co nie posiadają wymaganych uprawnień (powstawanie dzikich wysypisk i innych miejsc, w których przechowuje się lub składowe odpady).

W ocenie odwołującego zamieszczone w siwz zapisy, które w sposób ogólny nakładają na wykonawców obowiązek posiadania wszelkich uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia, z powodu ich bardzo ogólnego brzmienia należy traktować, jako próbę stworzenia pozorów poszanowania obowiązującego prawa, które w tym zakresie jest dość precyzyjne. Skoro do prowadzenia pewnego rodzaju działalności jest wymagane posiadanie określonych uprawnień, to trzeba tych uprawnień wymagać. Nie wolno dopuszczać do sytuacji, w których przedmiotowe zamówienia może zostać udzielone podmiotowi nieuprawnionemu, niespełniającemu uprawnień określonych w ustawach.

3. Opisując w siwz sposób dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia, zamawiający wymaga by w przypadku ubiegania się o część AI lub część AII, wykazali, że dysponują dla każdej z tych części:

- 14 szt. pługo - posypywarko - solarek o ładowności 4 m³,
- 1 szt. pług klinowy lub wirnikowy,
- 1 szt. ciągnik z osprzętem.

Za utrzymywanie sprzętu w stałej gotowości, do wykonywania działań z zachowaniem wymaganych standardów, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie, liczone za każdą godzinę utrzymywania każdej z pługo - posypywarko - solarek w stanie gotowości zimowej.

Zamawiający zastrzegł jednak w sposób, który nie został oparty na żadnych sensownych regułach, że w zależności od informacji o prognozie pogody, pochodzącej z IMiGW oraz innych źródeł, przewiduje możliwość wprowadzenia czterech wariantów gotowości zimowej. W każdym z tych wariantów będzie wymagał od wykonawcy utrzymywania w gotowości różnej liczby sprzętu, w tym między innymi od 3 do 14 szt. pługo - posypywarko - solarek. O wprowadzanych zmianach w gotowości wykonawca będzie informowany odpowiednio z 2 godzinnym wyprzedzeniem - w przypadku

zwiększenia zapotrzebowania dodatkowo o 2 pojazdy, oraz z 6 godzinnym wyprzedzeniem - w przypadku zwiększenia zapotrzebowania o więcej niż 2 pojazdy. Zwiększenie liczby zaangażowanego sprzętu może mieć miejsce wyłącznie za zgodą zamawiającego, co znacznie ogranicza możliwość szybkiego reagowania na zmieniające się warunki atmosferyczne.

Opisane powyżej zasady godzą w interes wykonawcy, który z tego tytułu może ponieść określone straty. Mając na względzie fakt, że zimowe utrzymanie dróg obwarowane zostało odpowiednimi standardami jakościowymi i czasowymi, wykonawca faktycznie nie ma możliwości skierowania sprzętu, który w danej chwili nie będzie podlegał któremuś ze standardów gotowości, do innych robót, czy też do dyspozycji innych zamawiających. Ustanawiając sobie prawo do powoływania gotowości zimowej sprzętu w którymś z wariantów, zamawiający zagwarantował sobie niczym nieograniczone prawo do pełnego władania sprzętem wykonawcy, przy czym zapłata za pełną gotowość całego zastrzeżonego sprzętu, będzie znacząco umniejszana w zależności od woli zamawiającego.

Jeśli zdaniem zamawiającego wykonawca, po wycofaniu z gotowości części sprzętu, jest w stanie zorganizować jego pracę w innym miejscu (u innego zleceniodawcy) w taki sposób, że na każde wezwanie zamawiającego będzie mógł ten sprzęt wycofać (bez negatywnych konsekwencji) i niezwłocznie skierować z powrotem do dyspozycji zamawiającego, to takie pojęcie o zasadach rządzących rynkiem usług komunalnych jest pojęciem nieodpowiedzialnym. Sprzęt typu pługo - posypywarki jest sprzętem specjalistycznym i nie da się go wykorzystywać do innych zadań (szczególnie w okresie zimowym). Koszt nabycia tego typu pojazdów, a także koszty jego utrzymania są tak wysokie, że żaden wykonawca nie może pozwolić sobie na beczynne jego „garażowanie” w bazie sprzętowej, w oczekiwaniu na wezwanie zamawiającego.

Obok sprzętu, który będzie lub nie będzie powołany do stanu gotowości, mamy tu do czynienia także z ludźmi obsługującymi sprzęt. Nie jest możliwe, żeby wykonawca mógł pozwolić sobie na utrzymywanie np. 11 kierowców, których samochody zostały akurat wyłączone z obowiązku pozostawania w gotowości, przy zupełnym braku wiedzy o tym, jak długo taki stan będzie miał miejsce. Koszt utrzymania pracowników jest kosztem tak dużym, że żaden podmiot gospodarczy nie zatrudnia pracowników (kierowców w tym przypadku) na tzw. zapas. Utopijny jest także pogląd, że w przeciągu 2-6 godzin wykonawca jest w stanie zadysponować swoich kierowców, którzy są zaangażowani przy realizacji innych zadań, lub pozyskać - zatrudnić kierowców, którymi w danej chwili nie dysponuje. Ponadto, do obsługi tego typu sprzętu nie można kierować kierowców natychmiast po ich pozyskaniu, bo obsługa tego sprzętu wymaga wielogodzinnego szkolenia.

Postanowienia zamawiającego w powyższym zakresie należy traktować jako przejaw dominacji nad wykonawcą, który w tym przypadku jest stroną słabszą, zmuszaną do

akceptowania postanowień i rozwiązań wyraźnie godzących w jego interes.

4. Prawo do powoływania odpowiedniego wariantu gotowości zimowej stwarza zagrożenie dla wykonawcy, który niezależnie od rodzaju powołanego wariantu, i tak będzie zobowiązany do prowadzenia działań zimowego utrzymania dróg na całym obszarze rejonu, obejmującym konkretne ulice i konkretne miejsca. Nie można wykluczyć, że w sytuacji, gdy ze względu na panujące warunki konieczna będzie praca sprzętu w pełnym zestawie, a zamawiający powoła wariant z mniejszą ilością jednostek, bo taki będzie jego interes finansowy. Będzie w takiej sytuacji płacił mniej za gotowość jednostek sprzętowych, a wymagał - pełnego utrzymania dróg, według opisanych standardów. Wykonawca w takiej sytuacji, aby nie narażać się na zapłatę kar umownych, będzie zmuszony angażować sprzęt, który nie pozostaje w gotowości, (za który zamawiający nie płaci). Zamawiający z pewnością powoła wariant IV w przypadku, gdy otrzyma informację z IMGiW lub innych źródeł o możliwości wystąpienia niewielkiego spadku temperatury czy możliwości minimalnej wystąpienia śliskości. Właśnie wystąpienie nagłej gołoledzi czy miejscowej śliskości stwarza największe zagrożenie dla bezpieczeństwa i zdrowia ludzkiego. Właśnie takie przypadki wymagają bardzo szybkiego działania, wysłania takiej ilości sprzętu, aby w ciągu 1 do 1,5 godziny zapewnić bezpieczeństwo. W przypadku posiadania w gotowości 2 jednostek cel, jaki zakłada to zamówienie staje się nieskuteczny i naraża na bezpośrednie zagrożenie użytkowników.

W kwestii zastrzeżonego prawa do powoływania gotowości zimowej mamy do czynienia z całkowitą rozbieżnością czasokresów powoływania odpowiedniego wariantu, podanych w siwz od faktycznej arytmetyki, jaką można zastosować z uwzględnieniem postanowień specyfikacji. Zamawiający opisuje, w jakim czasie może powiadomić wykonawcę o terminie uruchomienia lub ponownego uruchomienia zimowego utrzymania dróg, jednocześnie zastrzegając sobie prawo do zwiększenia ilości zaangażowanego sprzętu do dwóch pojazdów więcej z 2 godzinnym wyprzedzeniem, a powyżej dwóch - z 6 godzinnym wyprzedzeniem. W takim przypadku zamawiający może powołać gotowość zimową dla wariantu IV(max) z 4 godzinnym wyprzedzeniem, po czym po np. 5 minutach może zwiększyć ilość sprzętu o kolejne 10 w czasie 6 godzin. W ten sposób otrzymujemy w czasie 10 godzin rozpoczęcie sezonu zimowego w wariantcie I, a nie jak wskazał zamawiający 36 godzin. W ten sposób można analogicznie skracać czasookresy powoływania oraz ponownego powoływania gotowości zimowej.

5. Opisując zakres usług zimowego utrzymania dróg zamawiający przewidział, że ich realizacja będzie miała miejsce w okresie od 15 października do 30 kwietnia każdego roku, przy czym zamawiający zastrzegł sobie prawo do:

- wprowadzenia zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług,
- okresowego zawieszania realizacji usług.

Powyższe zastrzeżenia nie są obwarowane żadnymi zasadami, co pozostawia zamawiającemu pełną i nieograniczoną możliwość samodzielnego podejmowania decyzji. Wykonawca nie ma więc podstaw do skalkulowania oferty, bo nie zna ani terminów, w jakich usługa będzie realizowana, ani zakresu robót. Na wykonawcę przeniesione zostało pełne ryzyko związane z zagwarantowaniem odpowiedniej ilości materiałów i sprzętu, bez wiedzy na temat, czy sprzęt ten i materiały w ogóle będą wykorzystane, a także jakiego wynagrodzenia może się spodziewać za realizację zamówienia. O ile jest możliwe wyliczenie ceny ofertowej, to wykonawca nie ma podstaw do oszacowania swoich dochodów przewidywanych do osiągnięcia w okresie realizacji umowy. Opis przedmiotu zamówienia nie daje żadnej pewności, co do terminu, w jakim usługa będzie rozpoczęta, okresu trwania usługi i świadczenia gotowości, okresu zawieszenia wykonywania usługi i utrzymywania gotowości zimowej, długości trwania poszczególnych wariantów gotowości itd. Nie jest możliwe skalkulowanie opłacalności całego przedsięwzięcia.

Zamawiający w każdej chwili będzie mógł zawiesić wykonywanie usługi, a w okresie zawieszenia wykonawcy nie będzie przysługiwało żadne wynagrodzenie. Wedle postanowień siwz, zamawiający zastrzegł sobie prawo do zawieszania wykonywania usługi, a jednocześnie wymaga od wykonawców utrzymywania stałej łączności telefonicznej, przesyłania codziennych meldunków dobowych, monitorowania stanu dróg, monitorowania prognoz pogody i komunikatów pogodowych, czy też wreszcie wymaga oczekiwania na wznowienie gotowości – nieodpłatnie, co naraża wykonawcę na straty, tym bardziej, że zaniechania w powyższym zakresie są zagrożone wysokimi karami umownymi.

6. Zgodnie z postanowieniami art. 22 ust. 3 Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek zamieścić w treści ogłoszenia o zamówieniu. Opis ten powinien być tożsamy z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przypadku przedmiotowego postępowania wymóg ten nie został spełniony, ponieważ wymagania dotyczące parametrów, jakie musi spełnić sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia, opisane w treści ogłoszenia, w sposób zasadniczy odbiegają od wymagań, jakie zostały zawarte w siwz. Przykładowo, w ogłoszeniu wymaga się dysponowania liczbą 14 szt. pługo - posypywarko- solarek o ładowności min. 4 m³, a w siwz postawione są wymagana dodatkowe, takie jak:

- pojemność zbiornika na solankę nie mniejsza niż 1000 l,
- szerokość posypu w zakresie 2 - 9 m,
- szerokość robocza pługa min. 2, 5 m,
- dozowanie ilości solanki, ustawienie kąta pługa, opuszczanie i podnoszenie pługa, regulacja szerokości posypu - sterowane z kabiny kierowcy, których to wymagań w ogłoszeniu nie ma. Podobnie rzecz przedstawia się w odniesieniu do pługa klinowego

lub wirnikowego.

7. W myśl postanowień § 4 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy, rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy następować będzie na podstawie faktur wystawionych po zakończeniu miesiąca, w którym świadczone były usługi. Zamawiający zastrzegł, że za wykonanie przedmiotu umowy w miesiącach: październiku, listopadzie i grudniu, zapłata wynagrodzenia nastąpi na podstawie faktury wystawionej po zakończeniu miesiąca grudnia. Jest to zastrzeżenie nieuprawnione, zmuszające wykonawcę do kredytowania zamawiającego przez okres 3 miesięcy. Wszystkie czynności rozliczane są w skali jednego miesiąca, a wydłużenie tego okresu na cały kwartał nie ma żadnych podstaw prawnych. Wiążąca są uregulowania zawarte w ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

8. Postanowienia zawarte w § 7 ust. 8 lit. a, b i c, dotyczące kar umownych, naruszają zasady określone w przepisach Kodeksu cywilnego. Kara umowna może być nałożona za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Zamawiający natomiast bezpodstawnie rozszerzył te podstawy do okoliczności, które trudno zaliczyć do zobowiązań umownych. Przedmiotem umowy nie jest zdaniem odwołującego prawidłowe (czytaj: bezbłędne) wykazywanie w meldunku dobowym, zakresu czy też czasu zrealizowanych prac, bądź utrzymywania gotowości zimowej. W takich wykazach nie trudno o zaistnienie omyłek, które powinny być weryfikowane. Po to zamawiający zażądał wyposażenia pojazdów w urządzenia GPS, aby móc sprawować kontrolę nad przebiegiem realizacji zadań. Weryfikacja ta ma służyć możliwości prostowania błędów zarówno na korzyść, jak i niekorzyść zamawiającego. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., kara umowna należy się wierzycielowi wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego spowodowało wyrządzenie wierzycielowi szkody. W przedmiotowej sprawie okoliczności opisane w § 7 ust. 8 Załącznika Nr 9 do siwz nie powodują jakiegokolwiek szkody po stronie zamawiającego. Kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 481 § 1 k.c.) prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (wyrok SN z 17 marca 1988, IV CR 58/88, LEX 8867). Zgodnie z Kodeksem cywilnym, kara umowna ma charakter odszkodowawczy a nie prewencyjny.

Całkowicie nieprecyzyjny jest zapis zawarty w § 7 ust. 11, wedle którego zamawiający zastrzegł sobie prawo do nakładania kar umownych za każdą stwierdzoną nieprawidłowość, co zagraża wykonawcy karami za nieprawidłowości bliżej nieopisane. Jest to nadużycie prawa.

Kara umowna została także przewidziana za nieusunięcie awarii urządzeń monitorujących w ciągu 48 godzin od jej wystąpienia. Usunięcie takiej awarii najczęściej wymaga interwencji specjalistów, a wykonawca nie ma najmniejszego wpływu na szybkość naprawy. Stosowanie w takim przypadku kary umownej nie ma żadnego

uzasadnienia. Okoliczności, o których mowa, nie mają żadnego negatywnego wpływu na prawidłowość wykonywanych usług, w tym na bezpieczeństwo i właściwy stan dróg.

9. Zgodnie z postanowieniami zawartymi, w pkt.1.19 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, obowiązkiem wykonawcy jest codzienne przekazywanie zamawiającemu meldunków dobowych, których korekta jest możliwa w terminie do 3 dób rozliczeniowych od daty przekazania meldunku. Natomiast przekazanie meldunków odbiegających od stanu faktycznego, np. w zakresie liczby godzin utrzymywania gotowości zimowej, czy też wykazanie w meldunku prac na drogach nieujętych w wykazie, jest zagrożone nałożeniem kar umownych. W opinii odwołującego jest to zapewnienie sobie możliwości zupełnie nieograniczonego karania wykonawcy. Skoro okresem rozliczeniowym jest miesiąc, a zamawiający zapisał w siwz, że będzie weryfikował i rozliczał rzeczywisty zakres prac wykonywanych, między innymi na podstawie rzeczywistych odczytów zapisów z urządzeń monitorujących zamontowanych w pojazdach wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia, to, jaką szkodę może ponieść zamawiający z powodu omyłki popełnionej przez wykonawcę w meldunku dobowym. Jest tu mowa o nadzorze nad wykonywanymi zadaniami oraz o ich rozliczaniu, co należy do obowiązków i leży w interesie zamawiającego.

10. W § 5 ust. 4 i 8 zamawiający zawarł zastrzeżenie o ponoszeniu przez wykonawcę pełnej odpowiedzialności wobec zamawiającego lub osób trzecich. Zastrzeżenia te stanowią naruszenie zasady swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353 k.c.). Wykonawca będzie ponosił pełną odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, mimo że przyczynić się do powstania szkody może również zamawiający, który zastrzegł sobie w § 4 ust. 7 prawo do podejmowania decyzji co do zakresu prac, w zależności od warunków atmosferycznych, ograniczając tym samym swobodę wykonawcy w należyтым wykonaniu zobowiązania umownego. Postanowienie zezwalające na zmianę zakresu wykonywanych prac jest postanowieniem zbyt ogólnym, niedopuszczalnym na gruncie ustawy Pzp. Postanowienie to pozwala praktycznie na każdą modyfikację treści oferty, złożonej przez wybranego wykonawcę w zakresie jego obowiązków (przy pozostawieniu niezmiennego wynagrodzenia). Postanowienie to narusza art. 7 Pzp. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący powołał orzeczenie KIO z dnia 16 lipca 2010 roku (sygn. akt KIO 1388/10).

W dniu 2013 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych "Sanipor" sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 19 sierpnia 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że celem publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego jest dostarczenie potencjalnym wykonawcom informacji o planowanych zamówieniach, nie zaś

kompletnego opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na przygotowanie oferty. Przepisy Dyrektywy 2004/1/WE oraz treść wzoru wstępnego ogłoszenia informacyjnego wymagają od zamawiającego podania wszystkich informacji wymaganych w tym ogłoszeniu, w zakresie w jakim są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia. Zamawiający wyjaśnił, iż dochował wszelkich terminów związanych z publikacją przedmiotowego ogłoszenia, a także w treści ogłoszenia zamieścił wszystkie znane mu i wymagane informacje. W przedmiotowym ogłoszeniu nie zostały zamieszczone warunki udziału w postępowaniu, gdyż sekcja III.1) „Warunki dotyczące zamówienia” wymaga określenia „Głównych warunków finansowych i uzgodnień płatniczych i/lub odniesienia do odpowiednich przepisów ich regulujących”. Zamawiający uzupełnia formularz w tym zakresie, jeżeli te warunki są mu znane i dostarcza informacje wyłącznie w przypadku zamówień na roboty budowlane, co wynika z rozporządzenia Wykonawczego Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1564/2005. W konsekwencji zamawiający miał prawo zastosować skrócony termin składania ofert, 22 dni, liczony od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zamawiający wskazał, że w świetle obowiązujących przepisów prawa na prowadzenie działalności w zakresie sprzątnięcia ulic nie jest wymagane zezwolenie na zbieranie odpadów, dlatego też zamawiający nie widzi podstaw do wprowadzenia wymogu posiadania ww. zezwolenia przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający załączył opinię Ministerstwa Środowiska z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Zamawiający uwzględnił częściowo zarzut dotyczący mechanizmu zwiększania ilości zadysponowanego sprzętu. W dniu 16 sierpnia 2013 r. zamawiający dokonał stosownej zmiany w tym zakresie – załącznik AI Część I – Część AI, Sekcja A, pkt 1, ppkt 11.1 oraz załącznik AII Część II, Sekcja A pkt 1 ppkt 11.1. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Zamawiający wyjaśnił, że nie wprowadził różnicowania wynagrodzenia wykonawcy w zależności od wariantu tzw. gotowości zimowej. Zamawiający przewidział w siwz uśrednioną cenę za 1 godz. Utrzymania stanu gotowości zimowej 1 sztuki pługo-posypywarko-solarki dla wariantu I – IV. Zamawiający przewidział w siwz ilość sprzętu wymaganą dla poszczególnych wariantów. Zamawiający w zależności od ilości zadysponowanego sprzętu określił czasy uzyskania odpowiednich standardów, jak również ich wydłużenie dla poszczególnych wariantów. Angażowanie sprzętu w większej ilości niż wynikałoby z potrzeb, oznaczałoby w ocenie zamawiającego ponoszenie nieuzasadnionych kosztów, co stoi w sprzeczności z zachowaniem dyscypliny finansów publicznych, ze względu na wydatkowanie środków publicznych w sposób nieracjonalny, niecelowy

i nieoszczędny. Założone w siwz warianty, możliwość zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia usługi, jej czasowe zawieszenie i ponowne uruchamianie wiążą się z czynnikiem pogodowym. Profesjonalny i doświadczony wykonawca powinien uwzględnić w ofercie ryzyko związane z tym czynnikiem.

Zamawiający wyjaśnił, że nie przewiduje możliwości rezygnacji z okresowego zawieszenia Akcji Zimowej, które jest niezbędne i uzależnione od specyfiki zamówienia związanej z nieprzewidywalnymi warunkami pogodowymi. W zależności od tych warunków zostały przewidziane poszczególne warianty gotowości zimowej, z zastrzeżeniem możliwości zwiększenia ilości zaangażowanego sprzętu w celu zapewnienia stałej przejezdności w stopniu gwarantującym bezpieczeństwo ruchu drogowego i funkcjonowanie komunikacji miejskiej bez zakłóceń. Zamawiający zagwarantował w ramach zamówienia płatność za zaangażowanie sprzętu w ramach Akcji Zima przez co najmniej 8000 godzin (utrzymanie gotowości oraz wykonywanie prac). Zamawiający opisując przedmiot zamówienia określił jednoznacznie jego gwarantowany, minimalny zakres. Ze względu na specyfikę usług będących przedmiotem zamówienia uzależnionych od warunków pogodowych, nie ma możliwości bardziej precyzyjnego określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił także, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego w sekcji III2.3 ogłoszenia i rozdziale 4 siwz zostały określone w taki sam sposób. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił sposób realizacji zamówienia i w tym zakresie szczegółowo opisał wymagania dotyczące sprzętu technicznego, za pomocą którego ma być wykonywane zamówienie. Wymagania te nie będą przedmiotem badania i oceny na etapie składania ofert.

Zamawiający określił we wzorze umowy (§ 4 ust. 1 i 2) sposób rozliczenia za wykonanie przedmiotu umowy. Zasady te są dopuszczalne w ramach zasady swobody umów, które wykonawca musi uwzględnić w kalkulacji ceny oferty, chcąc realizować zamówienie. Zamawiający wskazał, że zapłatę wynagrodzenia za okres od 15 października do końca listopada postanowił zapłacić w styczniu, co jest związane z planowaniem budżetu. Termin płatności, tj. 21 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury jest zgodny z przepisami ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut dotyczący trybu przekazywania meldunków dobowych przez wykonawcę. Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2013 r. dokonał zaminy w powyższym zakresie w siwz (zał. AI Część I- Część AI, sekcja A pkt 1 ppkt 1.19, sekcja B pkt 1 ppkt 1.1 oraz zał. AII Część 2 – Część AII sekcja A pkt 1 ppkt 1.19, sekcja B pkt 1 ppkt 1.1). Ponadto zamawiający stwierdził, że nie przewiduje odstąpienia od zamiaru nakładania kar umownych, gdyż składanie prawidłowych meldunków jest elementem

przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma świadomość, że wykonawca ma prawo do popełnienia błędu w meldunku i przewidział możliwość jego korekty w ciągu 3 dni, z zastrzeżeniem wydłużenia tego okresu do 14 dni w przypadku awarii urządzenia GPS. Zamawiający wyjaśnił, że nie przewiduje wydłużenia terminu naprawy urządzeń monitorujących (48 godz.), jak również odstąpienia od nakładania kar za niedotrzymanie tego terminu. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie KIO sygn. akt KIO 1865/10 z dnia 8 września 2010 r.

Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut i dokonał stosownej zmiany w siwz w zakresie wydłużenia terminu możliwości złożenia korekty do meldunku dobowego do 14 dni. Zamawiający nie znalazł podstaw do wydłużenia tego terminu do 21 dni, jak żąda odwołujący.

Zamawiający nie znalazł również podstaw do odstąpienia od obowiązku wykonawcy uzyskiwania zgody zamawiającego na zaangażowanie większej ilości sprzętu. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z warunkami siwz, informacje w tym zakresie będą przekazywane faksem, lub pocztą elektroniczną lub telefonicznie za niezwłocznym potwierdzeniem pisemnym. To zamawiający odpowiedzialny jest za prawidłowe wykonanie usług od których zależy funkcjonowanie komunikacji miejskiej i bezpieczeństwa na drogach.

Zamawiający wskazał ponadto, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodów (okoliczności), za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, co oznacza, że strony mogą przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą. Kształtowanie warunków umowy w zamówieniu publicznych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacom. Treść umowy musi mieć oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego (interesu publicznego). Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy, nie ma obowiązku złożenia oferty, jeżeli warunki zamówienia go nie satysfakcjonują. Składając natomiast ofertę, wykonawca musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych "Sanipor" sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, który wykazał interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść odwołującego, stosownie do art. 185 ust. 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego, może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić na własnej stronie internetowej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach.

W dniu 23 lutego 2013 r. zostało opublikowane wstępne ogłoszenie informacyjne na usługi odśnieżania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 039-062299.

Zgodnie z art. 43 ust. 3 ustawy Pzp, zamieszczenie w stosownym publikatorze wstępnego ogłoszenia informacyjnego daje zamawiającemu przywilej w postaci możliwości wyznaczenia skróconego terminu na składanie ofert.

Powołując się na tę regulację, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skrócił termin składania ofert do 23 dni.

Izba uznała, że odwołujący, podnosząc zarzuty wobec treści wstępnego ogłoszenia informacyjnego w zakresie braków co do wymaganej treści uprawniającej zamawiającego do skrócenia terminu składania ofert, uchybił terminowi na wniesienie odwołania w powyższym zakresie. Zarzuty wobec treści ogłoszenia Izba uznała za zgłoszone po upływie ustawowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem odwołanie wobec treści ogłoszenia wnosi się w przypadku zamówień o wartości powyżej tzw. progów unijnych, w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia, a zatem odwołujący powinien wnieść odwołanie w powyższym zakresie w terminie do dnia 4 marca 2013 r.

Izba wskazuje ponadto, że zamawiający przekazując ogłoszenie do publikacji w formie elektronicznej, podał dane wymagane w formularzu elektronicznym. W okolicznościach ustalonych w niniejszej sprawie należy uznać, że ogłoszenie to zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te były dostępne zamawiającemu w momencie publikacji tego ogłoszenia. Izba zważyła, że teza przeciwna nie została przez odwołującego udowodniona w toku postępowania. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wykonawców w ramach warunków udziału w postępowaniu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów.

Usuwanie z pasa drogowego odpadów stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu drogowego, np. zanieczyszczeń pochodzących ze zdarzeń drogowych, z rozsypania przewożonych po drogach ładunków (np. żwiru, piasku, cementu, tłucznia oraz innych odpadów) przez przedsiębiorstwo trudniące się oczyszczaniem nie wymaga posiadania przez takiego przedsiębiorcę zezwolenia na zbieranie odpadów. Przedsiębiorca taki w rozumieniu ustawy o odpadach jest wytwórcą odpadów (art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach). Omawiane czynności takiego przedsiębiorcy nie stanowią czynności „zbierania odpadów”, w rozumieniu art. 25 ww. ustawy o odpadach. Powyższe stanowisko w całości potwierdza opinia Ministerstwa Środowiska z dnia 14 sierpnia 2013 r. uzyskana przez zamawiającego na potrzeby tego postępowania.

Ponadto, w odniesieniu do tego zarzutu zauważyć należy dodatkowo, że zamawiający zawarł w siwz (rozdział 4 pkt 1 tiret pierwsze) warunek, który nakłada na wykonawców obowiązek posiadania wszelkich uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia i złożenia oświadczenia w tym zakresie. Uznanie tego wymagania przez odwołującego za „pozorne” nie znajduje uzasadnienia w świetle obowiązujących przepisów prawa i treści specyfikacji.

Zamawiający przewidział w specyfikacji możliwość wprowadzenia czterech wariantów gotowości zimowej. W każdym z tych wariantów będzie wymagał od wykonawcy utrzymania w gotowości różnej liczby sprzętu. Fakt, że zamawiający decydować będzie o ilości zaangażowanego sprzętu oraz że zwiększenie liczby zaangażowanego sprzętu może mieć miejsce wyłącznie za zgodą zamawiającego, nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Podkreślić należy, że zamawiający ma prawo, jak i obowiązek, decydowania o sposobie wykonywania usług, będących przedmiotem zamówienia. To zamawiający jest dysponentem środków publicznych, które w sposób racjonalny muszą być wydatkowane w celu zapewnienia bezpieczeństwa i dobrych warunków drogowych w mieście w okresie zimowym. Odwołujący sam przyznał w toku postępowania (w odwołaniu), że zimowe utrzymanie dróg obwarowane zostało w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiednimi standardami jakościowymi i czasowymi. Tymi standardami jest związany zarówno wykonawca przy realizowaniu umowy jak i zamawiający odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie zamówienia przez wybranego wykonawcę.

Ponadto, skoro wykonawca zobowiązuje się w ofercie do realizacji zamówienia za pomocą określonej ilości sprzętu specjalistycznego, który został przez zamawiającego opisany w siwz bardzo szczegółowo, to wykonawca ten powinien przyjąć zgodnie z warunki

siwz, że stawia ten sprzęt do dyspozycji w celu realizacji tego zamówienia, a nie upatrywać możliwości wykorzystania z tego samego sprzętu do innych robót, na rzecz innych zamawiających. Koszt z tego tytułu powinien być uwzględniony przez wykonawcę w cenie oferty.

Izba nie podzieliła opinii odwołującego, że prawo do powoływania odpowiedniego wariantu gotowości zimowej stwarza zagrożenie dla wykonawcy, który niezależnie od rodzaju powołanego wariantu, i tak będzie zobowiązany do prowadzenia działań zimowego utrzymania dróg na całym obszarze rejonu, obejmującym konkretne ulice i konkretne miejsca. Nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca jest zobowiązany wykonywać przedmiot zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego w siwz, a zatem jest zobowiązany używać takiej ilości sprzętu, jaka jest wymagana przez zamawiającego i określona standardami opisanymi w siwz, ponieważ w takim zakresie będzie otrzymywał zapłatę za realizację usług objętych przedmiotem zamówienia.

Jak wyjaśnił zamawiający, wynagrodzenie za gotowość zimową zostało uśrednione dla wszystkich wariantów. Wykonawca posiadający doświadczenie w tej branży, a do takich niewątpliwie wykonawców zamówienie jest kierowane, w ocenie Izby, ma podstawy do skalkulowania ceny oferty w tym zakresie, uwzględniając bardzo szczegółowy opis przedmiotu zamówienia..

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia - w okresie od 15 października do 30 kwietnia każdego roku, z zastrzeżeniem przez zamawiającego możliwości zmiany tych terminów ze względu na warunki pogodowe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający określając ww. terminy zastrzegł sobie prawo do:

- wprowadzenia zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług,
- okresowego zawieszania realizacji usług.

Odwołujący podnosił, że powyższe zastrzeżenia nie są obwarowane żadnymi zasadami, ale jednocześnie nie przedstawił żadnych własnych propozycji w tym zakresie. Z punktu widzenia charakteru przedmiotu zamówienia zgodzić się należy z zamawiającym, że nie jest możliwe ściśle i nieodwołalnie określenie terminów realizacji, podczas gdy nie ulega wątpliwości, że warunki pogodowe mogą w istotny sposób wpłynąć na przyspieszenie lub opóźnienie terminu rozpoczęcia lub zakończenia świadczenia usług. Taka jest specyfika i charakter przedmiotu niniejszego zamówienia. Ryzyko, że zamawiający może przesunąć termin wykonywania usług lub zawiesić czasowo wykonywanie usług, wykonawca powinien wycenić i uwzględnić w kalkulacji ceny oferty.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 22 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek zamieścić w treści ogłoszenia o zamówieniu. Opis ten powinien

być tożsamy z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu wymóg ten został w pełni spełniony. Treść warunków i opisu sposobu oceny tych warunków, w tym warunku dotyczącego potencjału technicznego jest tożsamy w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz. Bardziej szczegółowy opis dotyczący sprzętu, wskazywany przez odwołującego w ramach tego zarzutu, zawarty został przez zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Część1- Al siwz pkt 4 Warunki techniczne sprzętu, bazy, zaplecza warsztatowego). Wskazane w tym miejscu wymagania nie odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu lecz będą podlegały weryfikacji na etapie realizacji zamówienia. Dotyczą one bowiem sposobu wykonywania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu mają wyłącznie na celu kwalifikację wykonawcy do udziału w postępowaniu (etap składania ofert). W związku z powyższym brak jest podstaw by zgodzić się z odwołującym, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w ogłoszeniu i siwz w sposób rozbieżny.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, dotyczącego postanowień § 4 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy, Izba uznała ten zarzut również za niezasadny.

Jak wynika z treści siwz (wzór umowy) rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy co do zasady następować będzie na podstawie faktur wystawionych po zakończeniu miesiąca, w którym świadczone były usługi. Zamawiający zawarł jednak w tym miejscu zastrzeżenie, że za wykonanie przedmiotu umowy w miesiącach: październiku, listopadzie i grudniu, zapłata wynagrodzenia nastąpi na podstawie faktury wystawionej po zakończeniu miesiąca grudnia. Jest to zastrzeżenie, które pozwala zamawiającemu na rozliczenie kosztów w nowym roku budżetowym. W ocenie Izby nie jest prawdziwe twierdzenie, że zastrzeżenie powyższe zmusza wykonawcę do kredytowania zamawiającego przez okres 3 miesięcy. Zauważyć należy, co podnosił zamawiający na rozprawie, że zapłata za miesiąc grudzień nastąpi w styczniu, a więc zgodnie z ustaloną zasadą - po zakończeniu miesiąca. Odstąpienie od tej zasady będzie dotyczyć zatem de facto 1, 5 miesiąca (od 15 października do końca listopada). W tym zakresie uregulowania zawarte w ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2013, poz. 403), w tym podnoszony przez odwołującego przepis art. 5 ww. ustawy, nie zostały naruszone przez zamawiającego, ponieważ zamawiający przewidział płatność w ciągu 21 dni od daty wystawienia faktury (§ 4 ust. 10 wzoru umowy).

Izba uznała w dalszej kolejności, że postanowienia zawarte w § 7 ust. 8 lit. a, b i c wzoru umowy, dotyczące kar umownych, nie naruszają zasad określonych w przepisach Kodeksu cywilnego. Sam odwołujący zauważył, że kara umowna może być nałożona za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Trudno jednak zgodzić się z odwołującym, że zamawiający bezpodstawnie rozszerzył te podstawy do okoliczności, które nie można zaliczyć do zobowiązań umownych, gdyż zdaniem odwołującego

przedmiotem umowy nie jest np. prawidłowe wykazywanie w meldunku dobowym zakresu czy też czasu zrealizowanych prac bądź utrzymywania gotowości zimowej. Należy podkreślić, że jednym z warunków realizacji zamówienia jest niewątpliwie zobowiązanie wykonawcy do prawidłowego wykazywania w meldunku dobowym przekazywanym zamawiającemu - zakresu oraz czasu zrealizowanych prac bądź utrzymywania gotowości zimowej. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt.1.19 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, obowiązkiem wykonawcy jest codzienne przekazywanie zamawiającemu meldunków dobowych, których korekta jest możliwa w terminie do 3 dób rozliczeniowych od daty przekazania meldunku. Prawidłowość tych meldunków ma istotne znaczenie z punktu widzenia rozliczenia realizowanych usług. Oczywiście zamawiający ma prawo do ich weryfikacji w oparciu o kontrole w terenie i informacje pogodowe (postanowienia części AI, AII i AIII „Sposób rozliczania usług będących przedmiotem zamówienia”). Izba zgadza się z twierdzeniem, że w meldunkach dobowych może dojść do omyłek. Zamawiający przewidział jednak na tę okoliczność możliwość korekty meldunku w terminie 3 dni. Po dokonanej zmianie treści siwz z dnia 16 sierpnia 2013 r. zamawiający uzupełnił to postanowienie o wydłużenie tego terminu do 14 dni w przypadku, gdy urządzenie monitorujące uległo awarii.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., kara umowna należy się wierzycielowi wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego spowodowało wyrządzenie wierzycielowi szkody. Okoliczności opisane w § 7 ust. 8 wzoru umowy mogą powodować szkodę po stronie zamawiającego w postaci błędów w prawidłowym rozliczeniu realizowanych usług. W tym zakresie Izba nie podzieliła przeciwnego stanowiska odwołującego. Kary umowne służą w tym przypadku zmobilizowaniu wykonawcy do rzetelnego rozliczania wykonywanych prac, co potwierdza jednoznacznie treść postanowień zawartych w § 7 ust. 8 lit. a, b i c.

Zapis postanowienia zawartego w § 7 ust. 11 wzoru umowy odnosi się do niewykonania obowiązków wynikających z opisu przedmiotu zamówienia i siwz w zakresie innym niż wymienione w tym paragrafie. Chodzi tu zatem o obowiązki sformułowane w treści opisu przedmiotu zamówienia i specyfikacji, których powtarzanie w umowie nie jest konieczne. Mimo braku powtórzenia literalnego tych postanowień we wzorze umowy nie można się zgodzić z odwołującym, że są to okoliczności nieopisane, pozwalające zamawiającemu na dowolność w zakresie naliczania kar umownych.

Zamawiający przewidział również kary umowne za nieusunięcie awarii urządzeń monitorujących w ciągu 48 godzin od jej wystąpienia. W ocenie Izby, co potwierdza opis sposobu realizacji zamówienia zawarty w OPZ, bieżące monitorowanie wykonywanych usług ma istotne znaczenie dla weryfikacji prawidłowości realizowanych usług przez zamawiającego oraz w związku z tym prawidłowego wykonywania zobowiązań przez

wykonawcę, a następnie rozliczenia tych usług. Dlatego wykonawca jest zobowiązany do takiego zorganizowania sposobu świadczenia usług, aby zapewnić bieżące monitorowanie wykonywanych prac. Jest to możliwe poprzez użycie w przypadku awarii urządzenia GPS - urządzenia zastępczego. Natomiast usunięcie awarii urządzenia powinno być zapewnione w celu możliwości pozyskania informacji zarejestrowanych uprzednio przez to urządzenie. Pismo z dnia 7 sierpnia 2013 r. przedłożone przez odwołującego na rozprawie, wskazujące na terminy naprawy urządzeń GPS przez firmę ELTE GPS Sp. z o.o. w Krakowie (ok. 14 lub 21 dni w okresie zimowym) nie jest dowodem na to, że wykonawca nie może zapewnić naprawy w terminie wymaganym przez zamawiającego. Z treści pisma nie wynika bowiem, czy wskazany termin naprawy wynika w sposób obiektywny - ze stopnia skomplikowania technicznego urządzeń, czy też wyłącznie z czasu oczekiwania na naprawę. W tym drugim przypadku wykonawca ma bowiem możliwość wynegocjowania terminów realizacji naprawy, zgodnie z wymaganiem zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Wskazać również należy, że szybkość naprawy jest uzasadniona ze względu na potrzebę bieżącego, miesięcznego (co do zasady) rozliczania wykonanych usług. Uwzględniając w części ten zarzut zamawiający dopuścił możliwość, aby w terminie 14 dni wykonawca dokonał korekty meldunków po odzyskaniu zapisów GPS z urządzenia, które uległo awarii.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący treści postanowień zawartych w § 5 ust. 4 i 8 wzoru umowy, w których zamawiający zawarł zastrzeżenie o ponoszeniu przez wykonawcę pełnej odpowiedzialności za szkody wynikłe na terenie realizowania usług w miejscu ich wykonywania, a w przypadku ich wystąpienia wykonawca zobowiązany będzie do naprawienia szkód i ich ewentualnych skutków na swój koszt oraz wobec zamawiającego lub osób trzecich za szkody powstałe w wyniku niewłaściwego wykonywania usług. Postanowienia te zostały zawarte we wzorze umowy przez zamawiającego i zobowiązują wykonawcę do ponoszenia pełnej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Zastrzeżenia te nie stanowią naruszenia zasady swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353¹ k.c.), ponieważ żaden potencjalny wykonawca nie jest zobowiązany do składania oferty jeśli na określone w siwz warunki zamówienia nie wyraża zgody. Przystąpienie do przetargu i złożenie oferty jest dobrowolną decyzją wykonawcy, związaną z akceptacją warunków określonych przez zamawiającego.

Zauważyć również należy, że zgodnie z ostatnim zdaniem § 5 ust. 4 wzoru umowy, odpowiedzialność wykonawcy jest wyłączona jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy lub czyn niedozwolony będzie następstwem siły wyższej lub wyłącznego działania samego zamawiającego. Powyższe oznacza, że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, wbrew twierdzeniu odwołującego, w sytuacji gdy zamawiający, na podstawie § 4 ust. 7 podejmie decyzję, której skutkiem będzie powstanie określonej szkody.

Postanowienie zezwalające na zmianę zakresu wykonywanych prac przez zamawiającego w związku z warunkami pogodowymi powinno być interpretowane w świetle całej treści warunków umowy (warunków realizacji zamówienia). W tym kontekście ma ono na celu zapewnienie racjonalności wykonywanych usług w zależności od warunków pogodowych i w związku z tym racjonalności wydatkowanych środków publicznych. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, że postanowienie to pozwala na każdą modyfikację treści oferty w zakresie obowiązków wykonawcy (przy pozostawieniu niezmiennego wynagrodzenia). Izba nie stwierdziła w powyższym zakresie naruszenia art. 7 Pzp.

Podsumowując w powyższym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie KIO jak i sądów okręgowych, że zasada swobodnego kształtowania umów, o której mowa w art. 353¹ k.c. podlega ograniczeniu w zakresie umów zawieranych na podstawie ustawy Pzp, ze względu na ich specyfikę.

Izba zważyła, że uwzględnienie przez zamawiającego w części zarzutów zawartych w pkt 3, 9 i 11 odwołania (numeracja stosownie do żądań odwołującego zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie) potwierdza zasadność w części tych zarzutów, a tym samym potwierdza naruszenie przepisów ustawy Pzp w powyższym zakresie, jednak ze względu na dokonanie przez zamawiającego stosownych zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 16 sierpnia 2013 r., tj. przed rozprawą należało uznać, że naruszenia te nie mają i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Z uwagi na tę okoliczność, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba nie była uprawniona do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 i § ust. 3 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).

Przewodniczący:

.....