

Sygn. akt: KIO/UZP 148/09

WYROK
z dnia 20 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Luiza Łamejko Anna Majstrowicz
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RAR – R. Olwiński, R. Wachowski Spółka jawna, ul. Aspekt 69/2i3, 01-904 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** protestu z dnia 21 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **RAR – R. Olwiński, R. Wachowski Spółka jawna, ul. Aspekt 69/2i3, 01-904 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **RAR – R. Olwiński, R. Wachowski Spółka jawna, ul. Aspekt 69/2i3, 01-904 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **RAR – R. Olwiński, R. Wachowski Spółka jawna, ul. Aspekt 69/2i3, 01-904 Warszawa** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **RAR – R. Olwiński, R. Wachowski Spółka jawna, ul. Aspekt 69/2i3, 01-904 Warszawa.**

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

Zamawiający – miasto stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługę w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie miasta stołecznego Warszawa*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 9 stycznia 2009 roku pod numerem 2009/S 5-005849.

Dnia 21 stycznia 2009 roku "BAR" R. Olwiński -R. Wachowski Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie wniosła protest na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz na zaniechanie czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Przedmiotem protestu były postanowienia SIWZ zawarte w:

1. punkcie 5 „opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”,
2. punkcie 6 "wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu",
3. punkcie 12 "opis sposobu obliczenia ceny",
4. punkcie 16 "zabezpieczenie należytego wykonania umowy",
5. Specyfikacji Technicznej pkt 2,3,4,8,9, 10,21,25,27,28,29,41,48,
6. wzorze umowy nr NDZP/183/PN/116/08 -§ 2 ust. 2, ust. 9, § 3 ust. 3, § 5 pkt 2, 3, 4, 5, 10, 11c, 11f, 25, 26, 27, § 7 ust. 1 pkt 2 i pkt 3.
7. bezczynność zamawiającego, do której jest zobowiązany, tj. nie udzielenie odpowiedzi w terminie niezwłocznym.

Zdaniem Protestującego, powyższe zapisy wskazują na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i opisu sposobu kalkulacji ceny ofertowej, ustanawiając warunki wykonywania zamówienia, z których w sposób oczywisty wynika oczekiwanie Zamawiającego na nieodpłatne świadczenie przez wykonawców części robót oraz wymagających od wykonawców nadmiernych i niemożliwych do wykonania części świadczeń stanowiących przedmiot zamówienia, naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 2 ust. 13,
- art. 6 ust. 1,

- art. 7 ust. 1,
- art. 15 ust. 1,
- art. 25 ust. 1,
- art. 29 ust. 1 i 2,
- art. 30 ust. 1,
- art.31 ust. 1,
- art. 38 ust. 1 i 2.

Naruszenie przez Zamawiającego powyższych przepisów narusza interes prawny Protestującego uniemożliwiając rzetelne skalkulowanie ceny oferty i ubieganie się o uzyskanie zamówienia na zasadach określonych przez obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nie udzielenie odpowiedzi w terminie niezwłocznym, powoduje niejasność zapisów w SIWZ, które są podstawą do sporządzenia prawidłowej oferty, jak również prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Mając powyższe na względzie wniósł o dokonanie modyfikacji treści i warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacji Technicznej oraz zapisów w umowie będącej integralną częścią SIWZ lub, jeżeli nie będzie to możliwe wniósł o unieważnienie postępowania.

Wniósł również o niezwłoczne udzielenie odpowiedzi na zadane pytania.

Zamawiający dnia 30 stycznia 2009 r. protest oddalił.

Uzasadniając zamawiający nie zgodził się z zarzutem dotyczącym naruszenia art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nie udzielenie odpowiedzi na zadane pytania i wyjaśnienia SIWZ w trybie niezwłocznym. Określenie "niezwłocznie" jest pojęciem relatywnym; ustawa Pzp nie wskazuje na konkretny termin, w jakim zamawiający jest zobowiązany do wyjaśnienia treści siwz. Odpowiedzi na pytania Wykonawcy zostały przekazane dnia 26.01.2008 r., tj. 22 dni przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem zamawiającego, pozostały czas jest wystarczający na sporządzenie prawidłowej oferty lub wprowadzenie w niej ewentualnych zmian.

Zamawiający oddalił zarzut dotyczący nieprecyzyjnych zapisów w pkt 12.2 i 12.5 SIWZ oraz formularza oferty, iż jest niejednoznaczny z SIWZ, co może skutkować błędnym sporządzeniem oferty. Kwestia ta została poruszona w piśmie z dnia 23.01.2009 r., w którym zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z pkt 12.1. SIWZ w formularzu oferty należy wpisać miesięczną cenę konserwacji jednej oprawy oświetleniowej, która powinna zawierać wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca podczas realizacji umowy, na co wskazuje pkt 12.5 SIWZ.

W pkt 12.2.1 SIWZ zamawiający dokładnie określił ilości opraw objętych zamówieniem. W wykazie tym podane są ilości sztuk płatnych 100 % oraz 50 % stawki za konserwację jednej oprawy. Umowa na konserwację oświetlenia jest ryczałtowa, więc Wykonawca musi skalkulować stawkę za konserwację jednej oprawy, która będzie zawierała m. in. koszty robocizny dla prac, jakie Wykonawca będzie wykonywał w ramach umowy, np. wymiana tabliczek, źródeł światła, bezpieczników, malowanie metalowych części urządzeń oświetleniowych, wykonywanie pomiarów.

Według zamawiającego ilość tego typu awarii związanych z oświetleniem jest znacznie większa niż ilość uszkodzonych w wyniku kolizji drogowych słupów oświetleniowych. Stawka za roboczogodzinę i sprzęt, w kalkulowanej w stawkę za konserwację oświetlenia obejmuje wszystkie czynności niezbędne do utrzymania urządzeń oświetleniowych w ciągłej eksploatacji (zarówno wymiana źródeł światła, tabliczek, słupów uszkodzonych w wyniku kolizji drogowych).

Zamawiający podważył zasadność zarzutu dotyczącego nakładania na Wykonawców obowiązku nieodpłatnego usuwania awarii. Sposób rozliczeń za materiały został przedstawiony w §3 wzoru umowy, a takie w piśmie z dnia 23.01.2009 r. (pytanie nr 28, 31, 32, 33, 37, 38). Tabele w SEKOCENBUD są publikowane od wielu lat i zawierają ceny aktualizowane co kwartał, które zdaniem zamawiającego rzetelnie odzwierciedlają ceny materiałów. Zamawiający nie żąda zatem nieodpłatnego dokonywania napraw, lecz kalkulacji stawki za konserwację jednej oprawy, uwzględniającej ewentualne naprawy spowodowane kolizjami drogowymi lub innymi czynnikami wymienionymi we wzorze umowy. Natomiast kwestia wymiany wyeksploatowanych urządzeń została wyjaśniona w piśmie z dnia 23.01.2009 r. (pytanie nr 29, 36).

Zamawiający stosując potrącenia umowne za nie świecenie opraw (na podstawie procentu nieczynnych opraw), egzekwuje oraz dyscyplinuje Wykonawców w celu utrzymania wysokiej jakości usług konserwacji oświetlenia. Brak potrąceń umownych mógłby skutkować nienależytym wykonywaniem przedmiotu umowy przez Wykonawców. Ponadto zamawiający podkreśla, iż Wykonawca - zgodnie z zapisami umowy - jest karany wyłącznie za nie usunięcie awarii w określonym czasie, a nie za sam fakt powstania awarii (m. in. na skutek kolizji drogowych, dewastacji).

Jednocześnie Zamawiający potwierdza, że podany w pkt 12.2.2 SIWZ wskaźnik awaryjności utrzymuje się na tym samym poziomie od 2006 roku. Jest on wyliczany na podstawie zgłoszeń o uszkodzonych słupach zarejestrowanych w Pogotowiu Drogowym

zamawiającego oraz na podstawie informacji uzyskanych od wykonawców - konserwatorów oświetlenia ulicznego na poszczególnych rejonach.

Zdaniem zamawiającego, czas na naprawę oświetlenia podany w umowie i Specyfikacji Technicznej jest realny i wiąże się z zapewnieniem bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego. Specyfika pracy przy konserwacji oświetlenia ulicznego jest niezmienna od wielu lat. Zamawiający zaświadcza, że powstałe awarie są usuwane bez zastrzeżeń w określonych przez zamawiającego terminach. W szczególnym przypadkach termin usunięcia awarii jest uzgadniany indywidualnie z zamawiającym. Należy przy tym rozróżnić określenie uruchomienie ciemnego ciągu opraw od usunięcia awarii. Czas na uruchomienie ciemnych opraw został określony w pkt 27 Specyfikacji Technicznej, natomiast czas na usunięcie przyczyny zaciemnienia ciągu opraw - w pkt 28 - 32 ST. Zamawiający informuje, że wyjaśnienie dotyczące warunku dysponowania kadrą czterech elektromonterów zostało przedstawione w piśmie z dnia 23.01.2009 r. (pytanie nr 7, 8, 9).

Żądanie Protestującego dotyczące wskazania ilości imprez okolicznościowych oraz ilości, jakości i rodzaju urządzeń i materiałów, które Wykonawca będzie zobowiązany zabezpieczyć, jest bezzasadne. Ilość imprez organizowanych przez m. st. Warszawa ogranicza się właściwie do rejonu Dzielnicy Śródmieście (w innych dzielnicach jest to sporadyczne). Czynności Wykonawców ograniczają się jedynie do włączenia lub wyłączenia oświetlenia (najczęściej w określonych godzinach). Wykonawcy, realizując zapisy umowy dotyczące imprez, nie będą ponosili dodatkowych kosztów związanych z materiałami.

Stanowisko zamawiającego w zakresie ustalenia wysokości ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zostało przedstawione w piśmie z dnia 23.01.2009 r.

W świetle powyższych wyjaśnień zamawiający nie zaniechał czynności, do których jest zobowiązany na mocy ustawy Prawo zamówień publicznych, a także nie naruszył jej przepisów, na które w swoim proteście powołuje się Protestujący.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 6 lutego 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów Prawa zamówień publicznych:

- art. 7 - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 29 ust. 1 i 2 - 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.

- art. 22 ust. 2 - Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję przez wadliwe ukształtowanie wskazanych w proteście postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący żąda dokonania zmian w oprotestowanych postanowieniach treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z przysługującymi Zamawiającemu uprawnieniami, wskazanymi przepisem art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007.223.1655 z późn. zm.) poprzez doprowadzenie do zgodności z obowiązującym prawem i zasadami prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku gdyby okazało się, iż Zamawiający nie dokonał lub nie może dokonać modyfikacji zapisów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacji Technicznej oraz w umowie będącej załącznikiem do SIWZ, żąda unieważnienia przedmiotowego postępowania

W dalszej części Odwołujący uzasadniał:

Ad. 1 - sposób obliczania ceny ofertowej, rozumianej jako jednostkowa cena miesięcznej konserwacji jednej oprawy oświetleniowej.

Nakaz ujęcia kosztów robocizny oraz pracy sprzętu podczas usuwania uszkodzeń spowodowanych kolizjami drogowymi, aktami wandalizmu i dewastacją oraz w przypadkach kradzieży w stawce jednostkowej konserwacji odnoszonej do jednej oprawy oświetleniowej stwarza tylko pozory możliwości rzetelnego skalkulowania ceny ofertowej. *De facto* bowiem koszty, jakie poniesie faktycznie wykonawca przy wykonywaniu tych napraw nie będą przecież wprost zależne od współczynnika ilości kolizji drogowych, ilości zdarzeń, zniszczenia (wandalizmu) lub kradzieży, ale od ilości oprav w danym rejonie objętym świadczeniem umownym. Np. przy dużej ilości oprav, a niskim w danym rejonie współczynnikiem kolizji drogowych wykonawca w konsekwencji otrzyma faktycznie więcej pieniędzy, którą można określić jako "większą pulę do wykorzystania na jedną opravę", niż w rejonie, gdzie ilość oprav jest mniejsza, a ilość kolizji wysoka.

Analogicznie taki sam mechanizm tworzenia tej puli środków finansowych na pozostałe naprawy odnosić się będzie do konieczności dokonania napraw zaistniałych w efekcie zniszczeń, kradzieży lub uszkodzeń spowodowanych innymi przyczynami.

W wyniku powyższego mechanizmu część wykonawców składających ofertę na rejon z dużą ilością oprav będzie miało relatywnie większą rezerwę kwoty przeznaczonej na robociznę i koszty sprzętu, niż wykonawcy, którzy będą mieli tych oprav w rejonie mniej, przy tych samych kosztach za materiały i wyższym współczynniku awaryjności.

Podobnie wątpliwe jest żądanie ujęcia w stawce konserwacji jednej oprawy oświetleniowej kosztów naprawy lub wymiany wyeksploatowanego osprzętu. Prace związane z tym zakresem zobowiązania wykonawcy nie zależą wprost od ilości, ale od stanu technicznego sieci, urządzeń, instalacji, słupów, oprav itp.

W tym zakresie Zamawiający w sposób niezgodny z obowiązującym prawem posługuje się pojęciem "cena jednostkowa usługi", które zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach oznacza cenę ustaloną za jednostkę określonej usługi, której ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach. O ile jest to poprawna formuła kształtowania wynagrodzenia za konserwację - cena jednostkowa odnosi się do jednej oprawy oświetleniowej, a zakres prac konserwacyjnych w skali okresu objętego zamówieniem doświadczony wykonawca jest w stanie rzetelnie skalkulować, o tyle posługiwanie się pojęciem „ceny jednostkowej” za konserwację jednej oprawy w odniesieniu do prac o zdecydowanie innym rodzaju i zakresie oraz losowym charakterze zdarzenia jest wadliwe.

W kwestii wykonywania napraw, których konieczność jest następstwem kolizji drogowych, aktów wandalizmu i dewastacji oraz w przypadku ich kradzieży lub też konieczności wymiany wyeksploatowanego osprzętu lub urządzeń Zamawiający wskazuje, co jest przecież oczywiste i bezsporne, na zdarzenia o charakterze losowym. O ile można przyjąć, wręcz z pewnością, że takie zdarzenia występują, to niemożliwym jest określenie ich czasu, miejsca, ilości i zakresu. I w tym kontekście próba narzucenia wykonawcom ujęcia kosztów robocizny i pracy sprzętu w stawce jednostkowej konserwacji jednej oprawy jest błędna. Z kolei zapisy nakładające na wykonawcę obowiązek świadczenia dodatkowych usług, których ilość i rodzaj nie zostały jednoznacznie określone - związane z podłączeniem, włączeniem i wyłączeniem urządzeń oświetleniowych związanych z imprezami okolicznościowymi organizowanymi przez Urząd m. st. Warszawy i jednostek mu podległych, wskazuje na oczekiwanie nieodpłatnego świadczenia takich usług. Z żadnego zapisu SIWZ, a zwłaszcza wzoru umowy nie wynika konieczność wliczenia takich nieokreślonych, a koniecznych do ponoszenia (wliczania) kosztów w stawkę za jedną opravę, zwłaszcza, iż nie są to czynności objęte zakresem usługi konserwacji. Brak określenia jakichkolwiek danych odnośnie usług związanych z imprezami okolicznościowymi, jak i z uwagi na ich charakter, czyni objęcie ich przedmiotem powyższego postępowania nietrafionym, tymczasem zgodnie z zamieszczonymi

zapisami w pkt 3.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „przedmiotem zamówienia jest „KONSERWACJA OŚWIETLENIA ULICZNEGO NA TERENIE M. ST. WARSZAWY”.

Istotą błędnych działań Zamawiającego, a tym samym istota sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym w tym zakresie sprowadza się do wadliwego rozumienia przez Zamawiającego charakteru wynagrodzenia, jakie przysługiwać będzie wykonawcy za wykonanie zamówienia. Nie jest właściwym stwierdzenie, iż „wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy,, (ryczałt - należna kwota pieniężna w wysokości ustalonej z góry). W przedmiotowym postępowaniu można by mówić o "wynagrodzeniu ryczałtowym" gdyby Zamawiający zażądał podania w ofercie kwoty za konserwację wskazanej ilości opraw świetlnych w poszczególnych rejonach. Zamawiający natomiast wymaga podania "miesięcznej ceny konserwacji jednej oprawy oświetleniowej" (pkt 12.1 SIWZ), a w postanowieniach § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy wprowadza zasadę obliczania należytego wynagrodzenia na podstawie podanej ceny jednostkowej za miesięczną konserwację jednej oprawy oświetleniowej, w sytuacji zmiany ich ilości z uwagi na wyłączenia na żądanie Zamawiającego lub remonty. Tym samym należy przyjąć, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter albo kosztorysowy albo, że wysokość należytego wynagrodzenia kształtowana jest zgodnie z przepisem art. 628 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez wskazanie podstaw (cena jednostkowa miesięczna konserwacji jednej oprawy oświetleniowej) do jej obliczenia. W odniesieniu do wskazanych powyżej dodatkowych robót, jakimi niewątpliwie są naprawy uszkodzeń powstałych w wyniku kolizji drogowych, aktów wandalizmu, dewastacji oraz w przypadku ich kradzieży lub też konieczności wymiany wyeksploatowanego osprzętu albo urządzenia Zamawiający dysponuje możliwością ustanowienia właściwego dla tego zakresu wymaganych robót, rzetelnego mechanizmu zapłaty ponoszonych kosztów. Czyni tak w stosunku do materiałów, wskazując na określoną procedurę rozliczenia ponoszonych przez wykonawcę kosztów, nie stoi więc na przeszkodzie, aby usunąć istniejącą w SIWZ wadliwość rozliczenia pozostałych kosztów (robocizna i praca sprzętu) przez zobowiązanie wykonawców do podania w ofercie stosowanych stawek, niezmiennych w trakcie obowiązywania umowy, umożliwiających rzetelne rozliczenia należności w odniesieniu do tych robót związanych ze zdarzeniami losowymi, co do ich ilości, czasu, miejsca i zakresu –zdarzeń. Nie ma również przeszkód do wprowadzenia transparentności w obliczaniu ceny za wykonywane usługi i roboty dodatkowe. Pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane tylko i wyłącznie ze stawianiem jednakowych i równych wymagań wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim stawiane wymagania muszą gwarantować, w

odniesieniu do przedmiotu protestu, możliwość rzetelnego rozliczenia kosztów, jakie będzie zmuszony ponosić wykonawca i zapewnienia ich zapłaty przez Zamawiającego. Odwołujący przytoczył fragment uzasadnienia Wyroku Sądu Rejonowego w Warszawie z dnia 17 września 2008 r. w sprawie z powództwa Odwołującego wytoczonego Zamawiającemu, a dotyczącej rozliczenia robót awaryjnych i zdarzeń losowych. Sąd Rejonowy oddalając powództwo i wskazując w uzasadnieniu, iż skoro powód (odwołujący) przystąpił do postępowania przetargowego, złożył ofertę i zawarł umowę to brak było podstaw do uznania powództwa, ale podkreślił, iż "oczywistym jest, iż pozwany (zamawiający) Zarząd Dróg Miejskich odniósł korzyść majątkową w związku z wykonywaniem przez powoda (odwołującego) robót awaryjnych, likwidacji skutków zdarzeń losowych lub wandalizmu, niemniej korzyść ta miała swoją podstawę w łączących strony umowach (...)". W kontekście powyższych wyjaśnień Odwołujący wniósł o właściwe ukształtowanie zasad ustalania wynagrodzenia należytego wykonawcy za świadczenie usług w zakresie określonym przedmiotem zamówienia.

Ad. 2 - postanowienia dotyczące czasu usunięcia awarii.

W pełni podtrzymał zarzut podniesiony w proteście odnośnie postanowień dotyczących czasu usunięcia awarii, a w przypadku niedotrzymania wskazanego terminu -naliczania wysokich kar umownych.

Biorąc pod uwagę procedury i technologie napraw urządzeń elektrycznych, czynności niezbędne dla ustalenia sposobu jej usunięcia i przywrócenia prawidłowej pracy urządzenia elektrycznego jak i dokonujących naprawy, uzasadnione jest, w ocenie Odwołującego stwierdzenie, że wskazanie ściśle określonego czasu "usunięcia awarii", którego niedotrzymanie skutkować będzie naliczaniem również bardzo wysokich kar umownych, bez uwzględnienia powyższych okoliczności - nieznanych w chwili zaistnienia awarii - stanowi zaprzeczenie racjonalności tak określonego warunku przez Zamawiającego. Odwołujący w żadnym zakresie nie kwestionuje nałożenia obowiązku niezwłocznego czy też natychmiastowego podjęcia wszelkich działań zmierzających do skutecznego usunięcia awarii. Powyższa kwestia stanowiła przedmiot procesu i odwołania w uprzednio prowadzonym i unieważnionym postępowaniu, dlatego też, uzupełniając argumentację zawartą w proteście Odwołujący zacytował fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 r.: „(...) Zamawiający nie wykazał racjonalności wyznaczonego czasu naprawy, uwzględniającego procedury naprawy urządzeń elektrycznych, kwestię identyfikacji powodu zaistnienia takiego zdarzenia (zaciemnienia ciągu opraw), a

także lokalizację miejsca awarii i określenie sposobu jej usunięcia oraz obowiązek świadczenia z należytą starannością. (...) zdaniem Izby charakter przedmiotu zamówienia, zasady uczciwej konkurencji oraz racjonalność stawianych wymagań nakazują zwiększenie kwestionowanego czasookresu na zasadzie kompromisu, w przeciwnym wypadku, z uwagi na kary umowne określone przez Zamawiającego w SIWZ, jakoś świadczonych usług zostanie zastąpiona przez dążenie Wykonawców do dotrzymania wyznaczonego terminu, co wcale nie spowoduje zmniejszenia realnego zagrożenia dla uczestników ruchu drogowego, ale tak w krótszej, jak i dłuższej perspektywie może wskazane zagrożenie zwiększyć. (...) Izba zwraca uwagę także, iż zapisy §5 ust. 15 i 16 mówiące o likwidacji zagrożeń w czasie maksymalnie 2-óch godzin są zakresowo mniejsze od zapisu o protestowanym mówiącego nie tylko o czasie reakcji, ale o usunięciu zaciemnienia przewidującego czas maksymalny 1,5 godziny". Wskazane proporcje powinny być, co najmniej odwrotne, znaczy, iż Izba preferuje takie działanie. Zdaniem Izby czasookres 1,5 h powinien być wskazany jedynie jako czas potrzebny na przystąpienie do usuwania awarii. Izba uznaje za trafne stanowisko Odwołującego, że w 1,5 godziny jest możliwe tylko rzetelne zdiagnozowanie zaistniałego problemu i przystąpienia do opracowania sposobu jego usunięcia pod nadzorem kontrolującego ze strony Zamawiającego, w rezultacie Izba uznała zasadność zarzutu Odwołującego w tym zakresie".

Podtrzymując zarzut podniesiony w proteście, Odwołujący żąda właściwego ukształtowania zapisów w tym zakresie, w sposób gwarantujący realną możliwość wywiązania się Wykonawcy z warunków dotyczących sposobu świadczenia usługi będącej przedmiotem postępowania, w sposób nie budzący wątpliwości, co do świadczenia z należytą starannością.

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

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego sposobu obliczania ceny ofertowej, rozumianej jako jednostkowa cena miesięcznej konserwacji jednej oprawy oświetleniowej, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dział 12 opisał sposób obliczania ceny. Wykonawcy składający ofertę mają obowiązek podania w ofercie miesięcznej ceny konserwacji jednej oprawy oświetleniowej dla wybranej części. Wykonawcy mają obowiązek uwzględnić wszystkie wymogi, o których stanowi specyfikacja istotnych warunków zamówienia, tj. wszystkie koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac.

Odwołujący, stawiając powyższy zarzut stwierdził, że nie jest w stanie prawidłowo oszacować oferty, którą miałby złożyć w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na fakt, iż nie jest możliwa do oszacowania liczba zdarzeń losowych, o których mowa w § 3 wzoru umowy, tj. kolizji drogowych, aktów wandalizmu i dewastacji czy też kradzieży. Odwołujący się wnioskował o zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez rozdzielenie ceny, jaką należy przestawić w ofercie w dwóch wariantach. Pierwszy, który nakazywałby Wykonawcom zaoferowanie ceny za usługę konserwacji jednej oprawy oświetleniowej, a drugi, który nakazywałby Wykonawcom zaoferowanie ceny za wykonanie usługi naprawy w przypadku wystąpienia tzw. zdarzeń losowych.

Zdaniem Izby takie stanowisko Odwołującego jest niezasadne.

Zamawiający w Specyfikacji Technicznej – zakresie konserwacji urządzeń oświetlenia ulicznego Warszawy (ST) – szczegółowo opisał, jaki zakres prac wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia. I tak usługa konserwacji obejmuje koszty robocizny, koszty pracy maszyn oraz koszty materiałów niezbędnych do wykonywania usługi konserwacji. W punkcie 48 ST, jak i w § 3 wzoru umowy Zamawiający przewidział sytuację (zdarzenia losowe), w której będzie zwracał Wykonawcom koszty materiałów, takich jak: słupy, maszty, oprawy i szafy oświetleniowe. Są to sytuacje zniszczenia w przypadku kolizji drogowych, aktów wandalizmu i dewastacji oraz materiały w przypadku ich kradzieży. Ponadto, w celu ułatwienia Wykonawcom dokonania prawidłowej wyceny ceny oferty, w dziale 12 pkt 12.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał procentowy wskaźnik awarii (liczony jako ilość awarii do ilości opraw na danym rejonie).

Zdaniem Izby specyfikacja istotnych warunków zamówienia umożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, a Odwołujący w tym zakresie ma możliwość oszacowania swoich kosztów w sposób umożliwiający mu złożenie oferty skalkulowanej na realizację wymagań Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a więc także wliczając w to ryzyko związane z realizacją § 5 pkt 16 wzoru umowy, jak i osiągnięcie zysku przez Wykonawcę.

Zwrócić należy w tym miejscu uwagę na fakt, iż cena, jaką posługuje się w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ma charakter ryczałtowy. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika, iż należy się ono w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac.

Zamawiający poprzez tak sformułowaną cenę pragnie osiągnąć skutek, jakim jest realizacja przedmiotu zamówienia usługi konserwacji, jak też i dokonywanie napraw w przypadku wystąpienia zdarzeń losowych za cenę ryczałtową określoną przez wykonawców w ofercie, za konserwację jednej oprawy oświetleniowej. W przypadku wystąpienia zdarzeń losowych Zamawiający będzie płacił ustaloną w ofercie cenę ryczałtową, a ponadto będzie ponosił koszty materiałów do tego zadania zużytych czy też wykorzystanych. Nie ma zatem sprzeczności, ani też wątpliwości jak będzie wyglądało rozliczenie wykonanej usługi, nie ma też, zdaniem Izby, podstaw do twierdzenia, iż nie ma możliwości oszacowania ceny oferty przez Wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czasu usunięcia awarii, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Zamawiający zarówno w Specyfikacji Technicznej – zakresie konserwacji urządzeń oświetlenia ulicznego Warszawy (ST), jak i we wzorze umowy szczegółowo opisał czas usunięcia awarii, jakiego będzie wymagał od wykonawców, które to czasy stanowią o prawidłowości realizacji zamówienia.

Zarzuty Odwołującego dotyczą punktu 26 i 27 ST oraz § 5 ust. 26 i 27 wzoru umowy – w treści tożsame. Punkt 26 brzmi *„Usunięcie w czasie maksymalnym 1,5 h od chwili otrzymania zgłoszenia, przypadku świecenia opraw poza ustalonymi godzinami świecenia, z wyjątkiem sytuacji, gdy świecenie to uzgodnione jest z Zamawiającym, wraz ze zwrotnym potwierdzeniem usunięcia do Pogotowia Drogowego Zleceniodawcy”*, pkt 27 *„Uruchomienie w czasie maksymalnym 2,5 h od chwili otrzymania zgłoszenia, ciemnego ciągu opraw, wraz ze zwrotnym potwierdzeniem uruchomienia do Pogotowia Drogowego Zleceniodawcy. Usunięcie awarii powodującej zaciemnienie ciągu opraw musi zostać wykonane w czasie określonym w pkt 28-32 – zależnie od przyczyny”*. Odwołujący żąda, aby Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalny czas reakcji – rozpoczęcia usuwania awarii, a nie czas usunięcia czy też uruchomienia urządzeń oświetleniowych.

Z takim stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze Wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie ma obowiązek posiadania przez cały okres trwania umowy bazy dyspozytorskiej pracującej w systemie całodobowym. Po drugie czas określony przez Zamawiającego jest to czas na tzw. tymczasowe, awaryjne przywrócenie poprawności działania oświetlenia. Po trzecie, czas na jego właściwą naprawę określony został w punktach od 28 do 32 ST oraz wzoru umowy.

Obawy Odwołującego, że czas na usunięcie awarii, czy też uruchomienie jest zbyt krótki nie znajdują w przedstawionym stanie faktycznym potwierdzenia. Ponadto Odwołujący nie udowodnił, że nie będzie w stanie zrealizować zamówienia w powyższym zakresie w czasie określonym przez Zamawiającego. Nie był też w stanie określić, jaki czas byłby właściwy do zaproponowania Zamawiającemu, czas, który satysfakcjonowałby go i uchronił przed konsekwencjami nieterminowego wykonywania zamówienia. Luźne spostrzeżenia, jak i czysto teoretyczne dywagacje na ten temat nie mogą stanowić dowodu w sprawie, a stroną, która powinna takie dowody przedstawiać, na poparcie swoich twierdzeń, jest właśnie Odwołujący, gdyż to on wywodzi skutki prawne z wniesionego odwołania.

Ponadto sam Odwołujący na rozprawie wskazał, iż w przypadku, gdy zaistnieje obiektywna niemożliwość dotarcia ekipy naprawczej w danym rejonie, to korzysta on z pomocy ekipy naprawczej z innego bliżej położonego regionu.

Zdaniem Izby, nie sposób dziwić się Zamawiającemu, czy też stawiać mu zarzutów, iż czasookresy usunięcia awarii są zbyt mocno ograniczone. Zamawiający, jako instytucja zaspokajająca potrzeby ludności m. st. Warszawy musi mieć zagwarantowaną możliwość szybkiej reakcji na zagrożenia, a na pewno takimi zagrożeniami są elementy będące przedmiotem niniejszego zamówienia. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie niedziałającej w porze nocnej instalacji oświetleniowej przez czasookres 5 czy też 6 godzin. Bezpieczeństwo publiczne jak i przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przemawiają za uznaniem, iż zarzut zbyt krótkiego okresu usunięcia awarii, czy też uruchomienia niedziałającej instalacji oświetleniowej jest bezzasadny.

Zwrócić przy tym należy uwagę, że jeżeli Odwołujący nie czuje się na siłach do realizacji przedmiotowego zamówienia, to nie jest obowiązany brać w nim udziału na warunkach określonych przez Zamawiającego, tym bardziej, że z informacji uzyskanej na rozprawie od Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu zainteresowanie przetargiem wykazało 6 wykonawców, co w powiązaniu z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stawia zarzut Odwołującego za niezasadny.

Ponadto, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia kierował się zasadami udzielania zamówień publicznych uwzględniając zasadę wynikającą z art. 7 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Nie można bowiem postawić zarzutu Zamawiającemu naruszenia zasady uczciwej konkurencji w przypadku, gdy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest dostępna dla wszystkich, jej postanowienia są jasno sprecyzowane, kierowane do szerokiego kręgu odbiorców, oczywiście specjalizujących się w przedmiocie zamówienia, nie dyskryminują ani nie faworyzują żadnego z potencjalnych wykonawców, zaś terminy na usunięcie usterek określone w § 5 pkt 26 – 32 wzoru umowy zobowiązują wszystkich wykonawców.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził również, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz.1122).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*