

Sygn. akt: KIO 970/14

WYROK

z dnia 28 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2014 r. przez **wykonawcę SITA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 5** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19**

przy udziale **wykonawcy Parmi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej, ul. Bielawska 88** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 970/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę SITA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 5 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę SITA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 5** 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 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014-2017 – Etap II zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2014r. za numerem 2014/S 089-155477.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 7 maja 2014r.

W dniu 16 maja 2014r. pisemne odwołanie wniósł wykonawca SITA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 5 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 maja 2014r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu na biuro podawcze w dniu 16 maja 2014r.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami Pzp w zakresie:

1.

i) sformułowania w załącznikach Ib do formularza oferty dla każdego rejonu (IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV) sposobu obliczenia ceny w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz uniemożliwiający wybór rzeczywiście najkorzystniejszej dla zamawiającego oferty, wskutek bezzasadnego i nie mającego żadnego oparcia w rzeczywistym zakresie zamówienia, zawyżenia ilości tzw. płużeń, oraz akcji powiązanych z płużeniem.

ii) poprzez wstawienie ilości poszczególnych akcji w ilościach teoretycznych bez wprowadzenia współczynników wagowych dla poszczególnych rodzajów działań, stworzenia sytuacji w której wybór oferty z najniższą ceną wcale nie musi prowadzić do wyboru ofert najkorzystniejszych, co narusza zasady uczciwej konkurencji.

2. opisu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu poprzez zaniechanie określenia takiego opisu, który byłby adekwatny do przedmiotu zamówienia i zapewniałby udział podmiotów będących w stanie wykonać przedmiot zamówienia, w szczególności w zakresie:

- 1) zaniechanie wymagania od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazaniem się posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia,
- 2) zaniechania wymagania od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazaniem się posiadania odpowiedniego potencjału technicznego w postaci sprzętu niezbędnego do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia takiego jak: posypywarki, pługi, pługoposypywarki, zmiatarki i zmywarki,
- 3) zaniechania wymagania od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazaniem się posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej niezbędnej dla realizacji przedmiotu zamówienia,
- 4) zaniechania wymagania od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazaniem się posiadania ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
- 5) zaniechania wymagania od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazania się dysponowaniem odpowiednią kadrą odpowiedzialną za świadczenie usług,

3. sformułowania w części IV pkt 4 SIWZ, że w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT w trakcie trwania umowy, wykonawca będzie zobowiązany przy rozliczeniach za wykonane usługi do przeliczenia oferowanych jednostkowych cen netto w taki sposób, aby przy uwzględnieniu nowej stawki podatku VAT jednostkowa cena brutto nie była wyższa od ceny zaoferowanej w ofercie przetargowej;

Odwołujący zaskarżonym czynnościami zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. w odniesieniu do pkt 1.1 powyżej naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej Pzp) oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) Pzp poprzez dokonanie takiego sposobu obliczenia ceny, która uchybia zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nadto uniemożliwia wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej dla zamawiającego,
2. w odniesieniu do pkt 1.2 powyżej art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu warunku ubiegania się o zamówienie w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 22 ust. 5 Pzp poprzez dokonanie tego opisu bez związku z rzeczywistym zweryfikowaniem zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia,
3. w odniesieniu do pkt 1.3 powyżej naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 Kc, art. 353(1) Kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku bezprawnego jednostronnego obciążenia jedynie wykonawców ryzykiem zmiany stawki podatku VAT,

Wniósł o:

1. w związku z zarzutem zawartym w pkt 1.1 zarzutem o nakazanie zamawiającemu takiego sformułowania sposobu obliczenia ceny w załączniku, aby ilość akcji płużeń w

załącznikach Ib do formularza oferty dla każdego rejonu (IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV) uwzględniała średnią ilość plużyń z ostatnich 4 sezonów lub też pozostawienie ilości akcji ujętych w kosztorysach, a wprowadzenie współczynników korygujących do cen jednostkowych na podstawie danych historycznych dla całego okresu zamówienia,

2. w związku z zarzutem zawartym w pkt 1.2.1) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazania się posiadaniem aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w myśl ustawy o odpadach z 14.12.2012 roku (Dz. U. z 2013 r poz. 21) tj, na transport i zbieranie odpadów z czyszczenia ulic i placów o kodzie 20 03 03 i gleby i ziemi w tym kamieni 20 02 02,

3. w związku z zarzutem zawartym w pkt 1.2.2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazania się posiadaniem odpowiedniego potencjału technicznego w postaci sprzętu niezbędnego do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia takiego jak: posypywarki, pługi, pługoposypywarki, zamiatarki i zmywarki, w takim rodzaju i ilości dla poszczególnych rejonów jaka została określona przez zamawiającego w załączniku nr 8 do wzoru umowy w pkt I dla sezonu zimowego 2014/2015.

4. w związku z zarzutem zawartym w pkt 1.2.3) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej niezbędnej dla realizacji przedmiotu zamówienia w wysokości niezbędnej do zakupu środków chemicznych w ilościach wymaganych przez Zamawiającego jako zapas zgodnie z zapisami Załącznika nr Ia do wzoru umowy Szczegółowe warunki realizacji oczyszczania zimowego pkt. 1.2.a) dla każdej części zamówienia, o którą się ubiegają (np.: w rejonie XIV 184 km x 15 akcji x 0,4 t/km x 290,00 zł/t = 320.000,00 zł),

5. w związku z zarzutem zawartym w pkt 1.2.4) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazania się posiadaniem ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł niezależnie od liczby części zamówienia, na którą składana jest oferta,

6. w związku z zarzutem zawartym w pkt 1.2.5) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazania się posiadaniem odpowiednią kadrą zgodnie z kodeksem pracy odpowiedzialną za świadczenie usług tj.:

- 1) dla części IX zamówienia: 35 osób,
- 2) dla części X zamówienia: 31 osób,

- 3) dla części XI zamówienia: 21 osób,
 - 4) dla części XII zamówienia: 25 osób,
 - 5) dla części XIII zamówienia: 21 osób,
 - 6) dla części XIV zamówienia: 27 osób,
 - 7) dla części XV zamówienia: 21 osób.,
7. w związku z zarzutem zawartym w pkt 1.3 nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ (część IV SIWZ pkt 4 SIWZ) w taki sposób, aby w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT w trakcie trwania umowy, ceny za realizację prac uległy automatycznemu podwyższeniu w razie wzrostu stawki podatku VAT o wartość jaką wzrósł podatek VAT, a w razie obniżenia stawki podatku VAT cena brutto uległa zmniejszeniu o wartość obniżonej stawki podatku VAT,
8. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż SITA jest spółką prowadzącą działalność w zakresie gospodarowania odpadami, a tym samym podmiotem żywotnie zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia. Tymczasem naruszenia Pzp, jakich dopuścił się zamawiający polegające na niezgodnym z prawem sformułowaniu ogłoszenia o Zamówieniu oraz SIWZ istotnie utrudniają pozyskanie tego zamówienia, albowiem powodują konieczność konkurowania z podmiotami, które nie mają zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto sposób obliczenia ceny, która następnie jest podstawą do wyboru oferty najkorzystniejszej, został sformułowany w taki sposób, że nie jest możliwe złożenie porównywalnych ofert i wybór oferty, która będzie ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą dla zamawiającego.

To wszystko, zdaniem odwołującego, naraża go na szkodę wynikającą z nie uzyskania tego zamówienia i nie osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania powyższego co pozwoli odwołującemu na złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego sposób obliczenia ceny jaki został wskazany w załącznikach lb do formularza oferty dla każdego rejonu (IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV) sposobu obliczenia ceny w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz uniemożliwiający wybór rzeczywiście najkorzystniejszej dla zamawiającego oferty. Odwołujący zauważył, że w każdym ww. załączniku przyjęto ilość tzw. płużeń na poziomie 15 akcji dla całego okresu zamówienia. Jest to liczba akcji całkowicie abstrahująca od rzeczywistości i warunków pogodowych panujących w Polsce. W ostatnich 4 latach ilość takich akcji wynosiła: i) 1 akcja w sezonie 2013/2014, ii) 0 akcji w sezonie 2012/2013, iii) 1 akcja w sezonie 2011/2012, iv) 1 akcja w sezonie 2010/2011. Zatem średnia ilość tych akcji na sezon to 1 akcja. Tymczasem

zamawiający dla trzech sezonów zimowych objętych przedmiotem zamówienia (2014/2015, 2015/2016, 2016/2017) z niewiadomych przyczyn przyjął 15 akcji płuzenia na każdy sezon. To ponad 1500% akcji więcej niż występuje w rzeczywistości.

Tego rodzaju sytuacja jest, w ocenie odwołującego, całkowicie niedopuszczalna. Odwołujący przyznaje oczywiście, że dla tego sposobu obliczenia ceny jaki został przyjęty w niniejszym postępowaniu, dane ilości świadczenia poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia mają charakter szacunkowy przybliżony. Jednak nawet te przybliżone dane muszą mieć oparcie w rzeczywistości, danych statystycznych i warunkach pogodowych panujących w Polsce, a nie mogą być brane z przysłowiowego „z sufitu”.

Przyjęcie takich nierzeczywistych danych skutkuje tym, że tak obliczona cena nie odnosi się w rzeczywistości do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji nie może służyć jako kryterium oceny ofert. Pozwala to bowiem wykonawcom na takie manipulowanie ceną, które w sposób istotny zaburzy uczciwą konkurencję i spowoduje wypaczenie całego postępowania. W sposób bowiem nienaturalny zbyt dużą wagę przypisuje się cenie za akcje płuzenia, które nie będą występować w ilości przyjętej w SIWZ. Zatem preferowani będą tacy wykonawcy, którzy w nienaturalny i nieadekwatny dla danego przedmiotu zamówienia zaniżą koszt akcji płuzenia, a zawyżą koszt innych czynności. W efekcie może to doprowadzić do sytuacji takiej gdy zamawiający wybierze ofertę formalnie najkorzystniejszą, choć w rzeczywistości inne oferty były korzystniejsze w praktyce.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanego postanowienia w taki sposób, aby przyjąć łącznie średnią ilość płużeń z ostatnich 4 sezonów lub też pozostawić ilość akcji ujętych w kosztorysach, a wprowadzenie współczynników korygujących do cen jednostkowych na podstawie danych historycznych .

Ponadto odwołujący podniósł, że jak się wskazuje zarówno w orzecznictwie oraz doktrynie zamawiający nie ma pełnej i niczym nie ograniczonej swobody w określaniu sposobu oceny warunków ubiegania się o zamówienie. Z jednej strony nie może stawiać tych warunków w sposób zbyt wygórowany, ale z drugiej nie może też dokonywać takiego opisu, który powoduje, że o zamówienie ubiegać się będą mogły podmioty całkowicie nieprzygotowane do jego realizacji. Sprzeciwiałoby się to bowiem głównemu celowi całej ustawy jakim jest racjonalne i celowe dysponowanie środkami publicznymi, albowiem skutkowałoby występowaniem szkód w mieniu publicznym poprzez realizację zamówienia przez podmioty nieprofesjonalne i nieprzygotowane do zamówienia.

Zatem w każdym przypadku opis sposobu spełniania warunków zamówienia musi być sformułowany odpowiednio do rodzaju przedmiotu zamówienia, jego rozmiaru, czasu realizacji, niezbędnych nakładów i społecznego znaczenia. Brakiem takiej adekwatności jest zarówno dokonanie opisu zbyt wymagającego wobec wykonawców, jak zbyt liberalnego,

dopuszczającego nieprofesjonalne podmioty i niezdolne do wykonania zamówienia podmioty.

W niniejszym postępowaniu, zdaniem odwołującego, mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją gdy zamawiający zaniechał takiego opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi udział w tym postępowaniu podmiotom profesjonalnym o odpowiednim potencjale finansowym, sprzętowym jak i osobowym oraz posiadającym właściwe zezwolenia na prowadzenie działalności.

Odwołujący wskazał na poparcie swoich twierdzeń na następującego wyroki KIO sygn. akt :KIO/UZP 434/09, KIO/UZP 78/08, KIO/UZP 12/09.

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014 - 2017 - Etap I" nr sprawy ZOM/KP/47/13 zamawiający wykluczył trzech wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu t.j ok. 25 % uczestników postępowania. Zamawiający doskonale wie, iż posiadanie sprawnego sprzętu spełniającego wymogi oraz zapas środków chemicznych to główne czynniki obok posiadanego doświadczenia gwarantujące możliwość należytego wykonania umowy.

Zamawiający w ogłoszeniu jaki i SIWZ zaniechał stawiana obowiązku spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, wymogów dotyczących posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Działanie takie jest, w ocenie odwołującego, błędne. Zamawiającemu wprawdzie wolno ustalić liberalne warunki udziału w postępowaniu pod warunkiem, że są adekwatne i związane z przedmiotem zamówienia. W niniejszej sprawie takiego warunki nie spełniono. Wskazać należy, iż przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014- 2017. Zamówienie to dotyczy więc największej aglomeracji miejskiej w Polsce i obejmuje okres 3 lat. Świadczenie usług objętych niniejszą umową wymaga posiadania aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w myśl ustawy o odpadach z 14.12.2012 roku (Dz. U. z 2013 r poz. 21) tj. na transport i zbieranie odpadów z czyszczenia ulic i placów o kodzie 20 03 03 i gleby I ziemi w tym kamieni 20 02 02.

Z uwagi na powyższe, brak takiego wymogu powoduje możliwość składania ofert przez podmioty, które takim zezwoleniem nie dysponują, co grozi licznymi problemami związanymi z realizacją usług przez taki podmiot i komplikacjami dla samego zamawiającego.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli do wykazania się posiadaniem aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w myśl ustawy o odpadach z 14.12.2012 roku (Dz. U. z 2013 r poz.

21) tj. na transport i zbieranie odpadów z czyszczenia ulic i placów o kodzie 20 03 03 i gleby i ziemi w tym kamieni 20 02 02.

Postawienie takiego wymogu umożliwi udział w postępowaniu podmiotom profesjonalnym, posiadającym takie zezwolenie. Postanowienie takiego wymogu nie uniemożliwi też uczciwej konkurencji na rynku i nie zamknie możliwości składania ofert przez inne podmioty.

Również zaniechanie przez zamawiającego postawienia wymagania co do obowiązku posiadania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiedniego potencjału technicznego w postaci sprzętu niezbędnego do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, według odwołującego, narusza art. 7 ust. 1 Pzp i art. 22 ust. 5 Pzp.

Zaniechanie postawienia wymogu w tym zakresie, powoduje ryzyko udziału w postępowaniu podmiotów nie dysponujących potencjałem technicznym niezbędnym do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. W takiej sytuacji wybrany wykonawca może nie dysponować sprzętem, który nie będzie wystarczał do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien więc być w celu zabezpieczenia jego interesów wprowadzić jakiegokolwiek wymóg w zakresie posiadania odpowiedniego sprzętu. Odwołujący zwrócił uwagę, iż świadczenie takich usług jak kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni dla miasta Warszawy ma istotne znaczenie dla jego funkcjonowania, dlatego też brak postawienia jakiegokolwiek warunku technicznego rodzi poważne zagrożenie dla funkcjonowania miasta, w sytuacji wyboru wykonawcy nie posiadającego odpowiedniego sprzętu, który umożliwi szybką interwencję zwłaszcza, w okresie zimowym.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazania się posiadaniem odpowiedniego potencjału technicznego w postaci sprzętu niezbędnego do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia takiego jak: posypywarki, pługi, pługoposypywarki, zamiatarki i zmywarki, w takim rodzaju i ilości dla poszczególnych rejonów jaka została określona przez zamawiającego w załączniku nr 8 do wzoru umowy w pkt I dla sezonu zimowego 2014/2015.

Postawienie takiego wymogu spowoduje, iż oferty złożą wykonawcy posiadający należyte przygotowanie do realizacji przedmiotu zamówienia. Wymóg ten nie utrudni uczciwej konkurencji, gdyż wiele podmiotów profesjonalnie zajmujących się oczyszczaniem jezdni i ulic spełni go. Warunek ten będzie też adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zaniechał także żądania od wykonawców ubiegających się o zamówienie w zakresie wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej niezbędnej dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Brak określenia jakiegokolwiek wymogu finansowego, w ocenie odwołującego, niesie za sobą poważne zagrożenie dla zamawiającego. Brak jakichkolwiek warunków finansowych

powoduje, iż krąg podmiotów biorących udział w postępowaniu może być tak szeroki, iż doprowadzi to do złożenia oferty i wyboru przez wykonawcę nie posiadającego wystarczających środków na sfinansowanie realizacji przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać, iż zamawiający określił w załączniku Ia do wzoru umowy, iż wykonawca musi posiadać i utrzymywać udokumentowany stały zapas środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wystarczający na zapewnienie ciągłości działań w sezonie zimowym tj.:

- a) na początku sezonu zimowego - minimum 15 posypań chlorkiem sodu w ramach obsługiwanych tras zimowego utrzymania,
- b) w trakcie sezonu zimowego (od pierwszego działania podstawowego) - minimum 9 posypań chlorkiem sodu i 1 posypanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia,
- c) od 1 marca każdego roku obowiązywania umowy - minimum 4 posypania chlorkiem sodu i 1 posypanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia.

Jak widać z powyższego specyfika realizacji tej umowy będzie sprowadzać się do tego, iż wybrany wykonawca będzie musiał we własnym zakresie zakupić środki chemiczne niezbędne do realizacji umowy i utrzymywać stały zapas. Brak weryfikacji finansowych możliwości wykonawców spowodować może zdaniem odwołującego, iż wybrany wykonawca nie będzie miał środków na utrzymanie wymaganego poziomu zapasów środków chemicznych, co może odbić się na jakości świadczonych usług, funkcjonowaniu miasta, a także bezpieczeństwie jego mieszkańców, w szczególności uwzględniając okres zimowy i ryzyko związane z nienależytym oczyszczeniem miasta w tym okresie.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o dokonanie zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli do wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej niezbędnej dla realizacji przedmiotu zamówienia w wysokości niezbędnej do zakupu środków chemicznych w ilościach wymaganych przez zamawiającego jako zapas zgodnie z zapisami Załącznika nr Ia do wzoru umowy Szczegółowe warunki realizacji oczyszczania zimowego pkt. 1.2.a) dla każdej części zamówienia, o którą się ubiegają (np.: w rejonie XIV 184 km x 15 akcji x 0,4 t/km x 290,00 zł/t = 320.000,00 zł).

Powyższy wymóg finansowy spowoduje z jednej strony to, iż w postępowaniu brać będą podmioty dysponujące odpowiednim potencjałem finansowym lub zdolnością kredytową, zapewniającą należytą realizację umowy, z drugiej strony poziom tego wymagania nie będzie nadmierny i umożliwić będzie złożenie oferty szerokiej grupie wykonawców.

Odwołujący podniósł także, iż zaniechanie przez zamawiającego wymagania od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazania się posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i art. 22 ust. 5 Pzp.

Jak wskazuje to, Urząd Zamówień Publicznych celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia oraz zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składki ubezpieczeniowej przy określonej wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia (www.uzp.gov.pl, J.E.Nowicki [w] A,Bazan, J.E.Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX, 2014). Podobne stanowisko zajęła również KIO w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., KIO/UZP 1395/10.

Zaniechanie tego wymogu w niniejszym postępowaniu, w którym umowa ma zostać zawarta na okres 3 lat i dotyczy bardzo istotnej i wrażliwej społecznie kwestii związanej z utrzymaniem dróg miejskich w okresie zimowym jest, zdaniem odwołującego, błędne. Powoduje to duże zagrożenie wyboru wykonawcy, który wobec braku wymogów posiadania odpowiedniego potencjału finansowego i ekonomicznego i posiadania polisy złoży ofertę w tym postępowaniu. Wykonawca taki może nie posiadać żadnego ubezpieczenia OC lub na bardzo niskim poziomie, co spowodować może ryzyko dochodzenia roszczeń od takiego wykonawców nie tylko przez zamawiającego, ale także osoby trzecie poszkodowane przez tego wykonawcę w trakcie wykonywania prac (np. uszkodzenia samochodów, budynków i budowli itp., szkody osobowe).

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o wprowadzenie zapisu, że wykonawcy „wykażą, iż są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000 zł., niezależnie od liczby części, na którą Wykonawca złoży ofertę.

Przyjęty poziom ubezpieczenia jest w ocenie odwołującego odpowiedni i nie narusza uczciwej konkurencji.

Zamawiający, w ocenie odwołującego, bezpodstawnie zaniechał też stawiania wykonawcom wymagań w zakresie obowiązku wykazania się dysponowaniem odpowiednią kadrą odpowiedzialną za świadczenie usług.

Podobnie jak brak wyżej wskazanych wymogów, działanie takie grozi wybraniem wykonawcy nie posiadającego odpowiedniego przygotowania do realizacji przedmiotu zamówienia. Wymóg posiadania odpowiedniej kadry zdolnej do należytego wykonania prac objętych przedmiotowym zamówieniem zapewnia złożenie ofert przez profesjonalnych wykonawców, którzy posiadają odpowiednie kadry zdolne wykonać przedmiot zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie, wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego mają na celu wybranie przez zamawiającego wykonawcy, który gwarantuje realizację zamówienia na oczekiwanym poziomie (tak wyrok KIO z dnia 2 lutego 2014 roku, KIO

131/14). Całkowity brak wymogów w sytuacji trudnego zadania takiej gwarancji nie zapewnia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazania się posiadaniem odpowiednią kadrą odpowiedzialną za świadczenie usług tj.: dla części IX zamówienia: 35 osób, dla części X zamówienia: 31 osób, dla części XI zamówienia: 21 osób, dla części XII zamówienia: 25 osób, dla części XIII zamówienia: 21 osób, dla części XIV zamówienia: 27 osób, dla części XV zamówienia: 21 osób.

Powyższy skład osobowy na poszczególnych częściach zamówienia, gwarantuje należyte wykonanie umowy, przy uwzględnieniu specyfiki danej części oraz jej wielkości. Wymóg ten nie jest nadmierny i nie utrudnia uczciwej konkurencji. Ma on jedynie na celu zagwarantowanie złożenia oferty przez podmioty profesjonalne, dysponujące kadrą zapewniającą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego postanowienie sformułowane w części IV pkt 4 SIWZ, że w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT w trakcie trwania umowy, wykonawca będzie zobowiązany przy rozliczeniach za wykonane usługi do przeliczenia oferowanych jednostkowych cen netto w taki sposób, aby przy uwzględnieniu nowej stawki podatku VAT jednostkowa cena brutto nie była wyższa od ceny zaoferowanej w ofercie przetargowej, narusza art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 Kc, art. 353 Kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku bezprawnego jednostronnego obciążenia jedynie wykonawców ryzykiem zmiany stawki podatku VAT.

Odwołujący zauważył, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ustawodawstwo podatkowe państwa, a zamawiający obciąża ich pełnym ryzykiem zmiany polityki fiskalnej państwa. Co więcej zgodnie z założeniami podatku VAT ma on mieć charakter indyferentny dla przedsiębiorcy, obciążając ostatecznego odbiorcę usług. Tymczasem kwestionowane postanowienie stoi w oczywistej sprzeczności z tym założeniem i w konsekwencji może spowodować, w razie wzrostu podatku VAT, zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy. Nie bez znaczenie jest tu także długi termin realizacji zamówienia, w którym nie sposób jest przewidzieć jak się będzie kształtować polityka fiskalna kraju, a tym samym nie sposób przewidzieć to ryzyko i je odpowiednio skalkulować w cenie oferty.

Zamawiający zatem takim zadaniem w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego oraz zasadą swobody stron stosunku cywilnoprawnego obciążą wykonawców nadmiernym i nieuzasadnionym ryzykiem zmiany stawki podatku VAT.

W dniu 16 maja 2014r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej kopię odwołania wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19 maja 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pisemnie zgłosił swój udział wykonawca Parmi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej, ul. Bielawska 88 wskazując, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, zaś nieuzasadnione zmiany warunków udziału w postępowaniu, jakich domaga się odwołujący znacznie utrudnią sporządzenie konkurencyjnej oferty i mają na celu utrudnienie dostępu do zamówienia, co narusza art. 7 ust 1 Pzp oraz w sposób oczywisty naraża zgłaszającego przystąpienie na szkodę wynikającą z ograniczenia dostępu do zamówienia oraz konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z uzyskiwaniem kolejnych dokumentów. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt. 2 Pzp, a z ostrożności procesowej także o jego oddalenie jako żądania nieuzasadnionego. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Zgłaszający nie załączył dowodu przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

W uzasadnieniu przystępujący wskazał, że jego poważne wątpliwości budzi spełnienie przez odwołującego przesłanek wynikających z art. 179 ust 1 Pzp. Ustalona linia orzecznicza wskazuje jednoznacznie, w postępowaniach odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą obowiązuje zasada kontrydiktoryjności, w myśl której strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia. (KIO 2709/13 KIO 2640/13 13 KIO 2641/13 1370/13). Tymczasem SITA w odwołaniu formułuje zarzuty, który oparte są jedynie na własnych stwierdzeniach, niepopartych żadnymi dowodami. Wszystkie przedstawione tezy odwołania bazują na założeniu, że gdyby zamawiający postawił więcej warunków udziału w postępowaniu, wówczas interes odwołującego nie zostałby naruszony i miałby on większe szanse na uzyskanie zamówienia. Są to twierdzenia o charakterze domniemania, bez pokrycia w żadnych dokumentach czy dowodach. Udowodnianie na takiej podstawie uszczerbku dla interesu odwołującego wydaje się przystępującemu być nadinterpretacją obowiązujących przepisów prawa.

Ponadto przystępujący zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z art. 180 ust 1 Pzp, z którego jednoznacznie wynika, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub zaniechania czynności, do

której zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp. W przedmiotowej sprawie sytuacja tak nie miała miejsca. Zamawiający żadnymi przepisami nie był zobowiązany do stawiania tak rozbudowanych i nieuzasadnionych warunków udziału w postępowaniu, jakich życzyłby sobie odwołujący. Orzeczenie KIO 1757/13 wskazuje jednoznacznie, że szkoda - w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. W prowadzonym postępowaniu, zdaniem przystępującego, uchybień takich nie było. Tym samym wykazanie szkody przez odwołującego jest wątpliwe.

Przystępujący domyśla się, że odwołujący, jako firma z wieloletnim doświadczeniem na rynku usług oczyszczania jedni dróg, spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Problemem, który w istocie dotyka odwołującego, to dopuszczenie do udziału w rynku szerokiego spektrum wykonawców, którzy mogą zapewnić realizację zamówienia po korzystniejszych cenach na warunkach nie gorszych od tych, które dotychczas zapewniał odwołujący. Tak więc to właśnie oczekiwania odwołującego uznać należy za działania zmierzające do ograniczenia konkurencji. Przystępujący podkreślił, że uważa lektura SIWZ pokazuje, iż zamawiający zadbał o najważniejsze kwestie związane z techniczną realizacją zamówienia. Postawił wykonawcom wymagania wobec potencjału technicznego poprzez konieczność przedstawienia wykazu pojazdów przed podpisaniem umowy. Brak zaprezentowania tego wykazu w określonym terminie potraktowane będzie jako uchylanie się od podpisania umowy, a co za tym idzie utratą obarczone jest rygorem utraty wadium. Taka konstrukcja wydaje się przystępującemu być bardziej dyscyplinująca wobec wykonawców niż zdefiniowanie zwykłego warunku udziału w postępowaniu. Ponadto postawił wymagania wobec wyposażenia baz sprzętowych, oraz zapewnienia magazynowania środków chemicznych na pewnym poziomie, pod rygorem nałożenia niemałych kar umownych.

Zadaniem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oczekiwania odwołującego sprowadzają się do takiego sformułowania warunków przetargowych, aby ograniczyć dostęp do zamówienia jedynie do tych wykonawców, którzy dotychczas funkcjonowali na tym rynku. Jednak odwołujący, według przystępującego, nie bierze pod uwagę faktu, że rynek się zmienia i dostosowuje się do warunków gospodarczych. Mniejsze firmy, choć może z nieco skromniejszym doświadczeniem zawodowym, są zazwyczaj bardziej elastyczne, lepiej zorganizowane niż „starzy wyjadacze”, dysponują nowszym sprzętem, zatrudniają pracowników świeżych, myślących szerzej, bardziej otwartych a tym samym zapewniających sprawniejszą i dokładniejszą realizację usług. Stawianie warunków zaporowych dla takich firm, stanowi

nieuzasadnione naruszenie stabilności rynku, prowadzącą w dalszej perspektywie do monopolizacji tych usług, co w sposób oczywisty nie leży w interesie Zamawiającego.

Ponadto odwołujący żąda wielokrotnego badania tych samych aspektów poprzez różne dokumenty, co służy jedynie utrudnieniu przebiegu procedury. Z jednej strony bowiem odwołujący oczekuje badania sytuacji finansowej wykonawców poprzez wykazanie środków finansowych lub zdolności kredytowej, a jednocześnie chce by wykonawcy przedstawili polisę ubezpieczenia OC, która w zamówieniach publicznych na tym etapie postępowania także potwierdza możliwości finansowe wykonawców, na co sam odwołujący wskazuje.

Biorąc pod uwagę fakt, że zamówienia będzie realizowane przez okres 3 lat, zdaniem przystępującego należy wziąć pod uwagę okoliczność taką, że sytuacja podmiotów, które uzyskają to zamówienia w tak długim okresie może ulec drastycznej zmianie. Sytuacja gospodarcza zarówno naszego kraju, jak i Europy jest na tyle niestabilna, że w każdej chwili warunki funkcjonowania rynku mogą ulec gwałtownemu pogorszeniu, co bez wątpienia będzie miało wpływ na funkcjonowanie wykonawców, którzy uzyskają przedmiotowe zamówienia. Tym samym tak szczegółowe badanie aktualnej sytuacji podmiotów ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, według przystępującego, nie gwarantuje bezproblemowej realizacji zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie powyższego ustaliła, że

Część III Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące :

1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

- zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie;

2) posiadania wiedzy i doświadczenia.

- Warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że: w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje usługę lub usługi polegające na zimowym utrzymaniu jezdni dróg, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 1.000.000 zł.

Do oceny spełnienia warunku będą brane pod uwagę wyłącznie usługi w ramach których do zapobiegania lub likwidacji śliskości zimowej zastosowano technologię zwilżoną tj. chlorek

sodu lub mieszanka chlorku sodu z chlorkiem wapnia, które w trakcie posypywania zwilżone zostają solanką.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia Wykonawca powinien zrealizować prace o odpowiednio większej wartości tj. 1.000.000 zł x liczba części zamówienia, na które składa ofertę W celu potwierdzenia spełnienia warunku wykonawca powinien wypełnić załącznik nr 7 do SIWZ odrębnie dla każdej części zamówienia, na którą składana jest oferta i przypisać jednoznacznie do danej części zamówienia konkretną wartość usług.

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

- zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie.

4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

- zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie.

3. Oświadczenia i dokumenty wymagane w postępowaniu.

1) wypełniony formularz ofertowy wraz z wykazem cen jednostkowych (załącznik nr 1a do oferty) i kosztorysem (załącznik nr 1b IX ÷ XV do oferty), o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik nr 1; Załącznik 1a należy złożyć odrębnie dla każdego rejonu na który składana jest oferta.

2) potwierdzenia wniesienia wadium.

3) w przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik do oferty musi być załączone pełnomocnictwo określające jego zakres i podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy (oryginał lub kopia potwierdzona notarialnie).

3.1 Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

1) oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu – wg wzoru określonego w załączniku Nr 2 do SIWZ;

2) wypełniony i podpisany załącznik Nr 7.

3) dowody np. poświadczenia potwierdzające, że prace wyszczególnione w załączniku Nr 7 zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

4) pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia wraz z określeniem sposobu dysponowania, jeżeli Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków oraz aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, z których wynikałoby umocowanie osoby/osób podpisujących zobowiązanie.

Jeżeli z ww. dokumentów nie wynikałoby umocowanie do podpisania zobowiązania również stosowne pełnomocnictwo (oryginał lub kopia potwierdzona notarialnie).

Część IV Opis sposobu obliczenia ceny oferty

1) Cenę oferty stanowi suma wartości brutto z VAT z kosztorysu załącznik nr 1b IX ÷ XV do oferty. Zamówienie dla danej części będzie realizowane wg cen jednostkowych z załącznika nr 1a do oferty. Ceny jednostkowe brutto z załącznika nr 1a do oferty należy przepisać do kosztorysu zał. nr 1b IX ÷ XV do oferty.

2) W formularzu oferty należy podać cenę brutto oferty. Cenę należy podać w PLN.

3) Ceny podane przez Wykonawcę ustalane są na cały okres obowiązywania umowy i nie podlegają podwyższeniu.

4) W przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT w trakcie trwania umowy, Wykonawca będzie zobowiązany przy rozliczeniach za wykonane usługi do przeliczenia oferowanych jednostkowych cen netto w taki sposób, aby przy uwzględnieniu nowej stawki podatku VAT jednostkowa cena brutto nie była wyższa od ceny zaoferowanej w ofercie przetargowej.

Część V Kryteria oceny ofert

1. Kryteria oceny ofert

W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjął następujące kryteria przypisując im odpowiednio wagi procentowe:

1) cena brutto za realizację danej części zamówienia – 100 %

2. Zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów

1) Ocena ofert dokonywana będzie w kryterium:

a) cena brutto za realizację danej części zamówienia – według następującego wzoru:

najniższa cena ofertowa brutto

$C = \frac{\text{cena oferty badanej}}{\text{najniższa cena ofertowa brutto}} \times 100$

cena oferty badanej

2) Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska łącznie najwyższą liczbę punktów

3) Obliczenia dokonywane będą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z regułą matematyczną.

4) W przypadku, gdy w momencie zamknięcia aukcji będzie więcej niż jedna oferta zawierająca taką samą najniższą cenę, Zamawiający za najkorzystniejszą uzna tę ofertę, która została złożona jako pierwsza.

Załącznik nr 1b do formularza ofertowego dla każdego rejonu od IX-XV przewidziano 3 tabele gdzie w podkolumnie 2 kolumny 2 wyszczególnienie cen wprowadzono oznaczenia CZ (...) z dodatkiem P=, zaś w kolumnie 5 podano liczbę akcji (w szt.) w przypadku każdego

z rejonów łączna liczba akcji dla cen z dodatkiem P= wynosi 15, z wyjątkiem rejonu XII, gdzie wynosi 14, zaś pozostała liczba akcji dla cen nieoznaczonych dodatkiem P= wynosi 43 za wyjątkiem rejonu XII, gdzie wynosi 49.

Wzór umowy

§ 3

[Warunki wykonania umowy]

1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac będących przedmiotem niniejszej umowy w sposób oraz na warunkach określonych w Załączniku nr 1a, 1b, 1c do umowy.
2. W przypadku wystąpienia warunków atmosferycznych, które znacznie utrudniają wykonanie prac w terminach określonych w Załączniku nr 1a, 1b i 1c, na wniosek Wykonawcy złożony przed upływem terminu na wykonanie prac Zamawiający może przedłużyć termin wykonania poszczególnych akcji określonych w Załączniku nr 1a, 1b i 1c.
3. Wykonawca oświadcza, że posiada kwalifikacje i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy.
4. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu Umowy w sposób należyty, ze starannością wymaganą przy pracach tego rodzaju.
5. Przez cały okres realizacji umowy Wykonawca zobowiązuje się do utrzymania wymaganego potencjału technicznego, w tym minimalnej liczby jednostek sprzętowych przeznaczonych do realizacji przedmiotu umowy, określonej w Załączniku nr 8 W sezonie zimowym w każdym kolejnym roku realizacji umowy Wykonawca będzie zwiększał minimalną liczbę posypywarek spełniających normę emisji spalin co najmniej EURO 3, zgodnie z Załącznikiem nr 8 do umowy.
6. Zamawiający zastrzega sobie prawo, bez konieczności zmiany umowy, do zmniejszenia zakresu prac objętych niniejszą umową w trakcie jej realizacji, wynikającego m. in. z modyfikacji przebiegu tras komunikacji miejskiej oraz w związku z usuwaniem awarii, remontami i związanymi z tym wyłączeniami z ruchu. Wykonawca będzie powiadamiany o wszystkich zmianach pisemnie z 24 godzinnym wyprzedzeniem lub krótszym w uzgodnieniu z Wykonawcą. W przypadku znacznego zmniejszenia zakresu prac, na wniosek Wykonawcy Zamawiający może zmniejszyć wymaganą minimalną liczbę jednostek sprzętowych, proporcjonalnie do zmniejszonego zakresu prac.

§ 6

7. Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego usuwania wszelkich stwierdzonych nieprawidłowości w realizacji Umowy. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego:
 - a) braku funkcjonowania całodobowego stanowiska dyspozytorskiego o którym mowa w cz. I st 1 Załącznika nr 1a i w ust 3 Załącznika nr 7, Wykonawca usunie nieprawidłowość w terminie 1 dnia od powiadomienia przez Zamawiającego,

b) braku wymaganego zapasu środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, o którym mowa w cz. I ust. 2 Załącznika nr 1a , Wykonawca usunie nieprawidłowość w terminie 3 dni od powiadomienia przez Zamawiającego,

c) braku minimalnej liczby jednostek sprzętowych przeznaczonych do realizacji umowy, określonych w cz. I Załącznika nr 8, Wykonawca usunie nieprawidłowość w terminie 5 dni od powiadomienia przez Zamawiającego,

O wyżej wymienionych nieprawidłowościach Wykonawca zostanie powiadomiony pismem (faks lub email).

Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca powiadomi Zamawiającego (faks).

Jeżeli Wykonawca nie usunie nieprawidłowości w powyżej określonych terminach, Zamawiający przedstawi Wykonawcy ostateczne wezwanie do usunięcia nieprawidłowości.

§ 7

[Kary umowne. Rozwiązanie umowy]

Zamawiający zastosuje odliczenia oraz obciąży Wykonawcę karami umownymi w następujących przypadkach:

1. Kary umowne w sezonie zimowym:

1) W przypadku, gdy Wykonawca w terminach określonych w Załączniku nr 1a, 1b:

a) nie posypie co najmniej 90% szerokości jezdni ulicy zleconej trasy zimowego utrzymania lub zleconej części trasy zimowego utrzymania (odcinka jezdni ulicy),

b) nie odpłuży całej szerokości jezdni ulicy zleconej trasy zimowego utrzymania lub części zleconej trasy zimowego utrzymania (odcinka jezdni ulicy).

wysokość wynagrodzenia Wykonawcy zostanie pomniejszona o wartość brutto prac wskazanych odpowiednio w pkt a) lub b), ustaloną w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w Załączniku nr 5.

2) W przypadku określonym w ust. 1 pkt 1 niniejszego paragrafu Zamawiający dodatkowo naliczy Wykonawcy karę umowną:

a) w wysokości 2.500 zł od każdej zakwestionowanej trasy zimowego utrzymania, gdy Wykonawca nie usunie zgłoszonych nieprawidłowości w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 30 min.

b) w przypadku akcji INTERWENCJA - w wysokości 1.000 zł od każdej zakwestionowanej części trasy zimowego utrzymania, gdy Wykonawca nie usunie zgłoszonych nieprawidłowości w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 30 min.

3) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł za zasypanie, w trakcie wykonywania zleconych prac, terenów przyległych (chodników, trawników, przystanków ZTM itp.):

a) środkami do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej,

b) splużonym śniegiem,

c) błotem pośniegowym,

Kara będzie naliczana od każdej trasy zimowego utrzymania, lub części trasy zimowego utrzymania (odcinka jezdni ulicy), na której stwierdzono ww. zdarzenie.

4) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł za każdą jednostkę sprzętową obsługującą trasę zimowego utrzymania w ramach zleconej akcji (ALFA, BETA, BETA – S) za każde z poniższych zdarzeń:

a) przekroczenie limitu czasu wyjazdu z bazy w ramach zleconych akcji, przy założeniu 10-cio minutowej tolerancji. Kara nie będzie naliczana w przypadku osiągnięcia wymaganego standardu wykonania prac w czasie określonym w załączniku nr 1a.

b) mniejszą od wymaganej dla danego rejonu liczbę jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji.

5) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.500 zł za każde stwierdzone zdarzenie magazynowania/składowania w zapleczach technicznych (wskazanych w załączniku nr 7 do umowy) środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej przeznaczonych do realizacji zamówienia niezgodnych z wymaganiami określonymi w części III, ust. 1 załącznika nr 1a do umowy.

6) Za stosowanie przeznaczonych do realizacji zamówienia środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej niezgodnych z wydaną przez Zamawiającego dyspozycją, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.500 zł za każde stwierdzone zdarzenie/jednostkę sprzętową na której stwierdzono niewłaściwy środek. Poprawki w ramach zleconej akcji muszą być wykonywane środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej zgodnym z wydaną przez Zamawiającego dyspozycją.

7) W przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS) z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych akcji, o ile będzie ona dłuższa niż 10 minut, a dane nie zostaną uzupełnione o dane z urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 100 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przekazuje wymaganych informacji GPS.

8) W przypadku nie zapewnienia Zamawiającemu w dowolnym czasie dostępu do zaplecza technicznego oraz stanowiska dyspozytorskiego Wykonawcy, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5.000 zł za zdarzenie.

9) W przypadku braku w sezonie zimowym całodobowego stanowiska dyspozytorskiego, określonego w załączniku nr 1a cz. I ust. 1 i Załączniku nr 7 do umowy, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 5.000 zł za zdarzenie.

10) W przypadku mniejszego niż wymagany w załączniku nr 1a, cz. I ust. 2 do umowy zapasu środków, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 10.000 zł za zdarzenie.

11) Jeżeli na dzień kontroli przeprowadzanej zgodnie z § 6 ust. 6 przed rozpoczęciem sezonu zimowego, Wykonawca nie będzie dysponował sprzętem w ilości określonej w załączniku nr 8, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 2.000 zł za każdą brakującą sztukę.

12) Za nieterminowe zamieciecie w okresie zimowym trasy letniego mechanicznego oczyszczania Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.500 zł w odniesieniu do każdej nieterminowo zamiecionej zleconej trasy. Prace zmiatania powinny być wykonane do godziny 7:00.

13) W przypadku niewykonania w terminie oczyszczenia tras zimowego utrzymania po sezonie zimowym, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 2.500 zł za każdy dzień zwłoki w oczyszczeniu całego rejonu.

14) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.000 zł w przypadku stwierdzenia zanieczyszczenia urobkiem terenów przyległych do powierzchni oczyszczanych (tj. chodników, trawników, przystanków ZTM itp.). Kara będzie naliczana od każdej trasy lub części trasy (odcinka jezdni ulicy), na której stwierdzono ww. zdarzenie. Dotyczy doczyszczania po sezonie zimowym.

15) Za stosowanie w trakcie realizacji prac oczyszczania sprzętu wydmuchującego np. dmuchaw mechanicznych, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5.000 zł w odniesieniu do każdej trasy lub części trasy (odcinka jezdni ulicy), na której stwierdzono ww. zdarzenie.

16) Niezależnie od nałożonych kar Wykonawca zobowiązany jest do bezzwłocznego usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości w ramach zleconych prac, na własny koszt i ryzyko. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca powiadomi Zamawiającego (faks). Prawidłowe wykonanie prac potwierdzone zostanie protokołem z rekontroli stwierdzającym usunięcie nieprawidłowości.

2. Kary umowne w sezonie letnim:

1) Za nieterminowe zamieciecie lub zmycie trasy letniego mechanicznego oczyszczania (dot. oczyszczania letniego wg harmonogramów), wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o następujące kwoty:

a) 20% wartości prac za zamieciecie lub zmycie całej trasy letniego mechanicznego oczyszczania - w przypadku usunięcia nieprawidłowości w ciągu 2 godzin od wyznaczonego terminu wykonania,

b) 50% wartości prac za zamieciecie lub zmycie całej trasy letniego mechanicznego oczyszczania - w przypadku usunięcia nieprawidłowości w czasie dłuższym niż 2 godziny lecz nie dłuższym niż 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.500 zł w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy letniego mechanicznego oczyszczania.

c) 100% wartości prac za zamiecenie lub zmycie całej trasy letniego mechanicznego oczyszczania - w przypadku opóźnienia w usunięciu nieprawidłowości w czasie przekraczającym 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.500 zł w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy letniego mechanicznego oczyszczania.

2) Za nieterminowe zamiecenie lub zmycie zleconej trasy lub części trasy letniego mechanicznego oczyszczania (dot. oczyszczania letniego poza harmonogramem), wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o następujące kwoty:

a) 20% wartości prac za zamiecenie lub zmycie zleconej trasy lub części trasy letniego mechanicznego oczyszczania - w przypadku usunięcia nieprawidłowości w ciągu 2 godzin od wyznaczonego terminu wykonania,

b) 50% wartości prac za zamiecenie lub zmycie zleconej trasy lub części trasy letniego mechanicznego oczyszczania - w przypadku usunięcia nieprawidłowości w czasie dłuższym niż 2 godziny lecz nie dłuższym niż 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania.

c) 100% wartości prac za zamiecenie lub zmycie zleconej trasy lub części trasy letniego mechanicznego oczyszczania - w przypadku opóźnienia w usunięciu nieprawidłowości w czasie przekraczającym 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania.

3) Wykonawca zobowiązuje się usunąć stwierdzone nieprawidłowości w ramach zleconych prac na własny koszt i ryzyko. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca powiadomi Zamawiającego (faks).

Prawidłowe wykonanie prac potwierdzone zostanie protokołem z rekontroli stwierdzającym usunięcie nieprawidłowości.

4) W przypadku zmiatania mechanicznego bez włączonego i sprawnie działającego systemu zraszania w trakcie wykonywania zleconych prac, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.000 zł od każdego zaistniałego zdarzenia.

5) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.000 zł w przypadku stwierdzenia zanieczyszczenia zmiotkami terenów przyległych do powierzchni oczyszczanych (chodników, trawników, przystanków ZTM itp.). Kara będzie naliczana od każdej trasy lub części trasy (odcinka jezdni ulicy), na której stwierdzono ww. zdarzenie.

6) Za stosowanie w trakcie realizacji prac oczyszczania sprzętu wydmuchującego np. dmuchaw mechanicznych, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5 000 zł w odniesieniu do każdej trasy lub części trasy (odcinka jezdni ulicy), na której stwierdzono ww. zdarzenie.

7) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł za każdą jednostkę sprzętową obsługującą trasę letniego oczyszczania w ramach zleconych prac za mniejszą od wymaganej dla danego rejonu liczbę jednostek sprzętowych biorących udział w zleconych pracach za zdarzenie stwierdzone na podstawie danych GPS.

8) W przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS) z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych prac, o ile będzie ona dłuższa niż 10 minut, a dane nie zostaną uzupełnione o dane z urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 100 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przekazuje wymaganych informacji GPS.

3. Zapłata kar umownych nie wyklucza prawa dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych za szkodę rzeczywiście poniesioną i utracone korzyści.

4. W przypadku rażącego naruszenia postanowień niniejszej umowy przez Wykonawcę, Zamawiający jest uprawniony do rozwiązania niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym. Za rażące naruszenie postanowień umowy Strony uznają w szczególności następujące przypadki:

1) w ramach jednej akcji Wykonawca nie przystąpi do wykonania zleconych prac określonych w umowie, pomimo dwukrotnych wezwań faksem ze strony Zamawiającego,

2) w ramach jednej akcji (ALFA, BETA, BETA-S) zimowego oczyszczania Zamawiający zastosuje odliczenia na każdej trasie zimowego utrzymania,

3) brak wymaganej, ilości środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej umożliwiającej przeprowadzenie jednej akcji posypywania chlorkiem sodu lub jednej akcji z użyciem mieszanki chlorku sodu z chlorkiem wapnia – w trakcie sezonu zimowego, przy założeniu maksymalnej dawki zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z 27.10.2005 r. „W sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach” (Dz. U. z 2005r. Nr 230, poz. 1960), gdy Wykonawca w ciągu 24 godzin od otrzymania pisemnego wezwania, nie uzupełni brakujących środków,

4) brak wymaganej liczby posypywarek określonej w Załączniku nr 8, gdy Wykonawca w ciągu 6 dni od otrzymania ostatecznego wezwania do usunięcia nieprawidłowości (§ 6 ust. 7) nie uzupełni brakującej liczby jednostek sprzętowych.

5. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 2 % maksymalnej, łącznej wysokości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 , niezależnie od kar umownych wskazanych powyżej.

Załącznik nr 1a do wzoru umowy

Szczegółowe warunki realizacji oczyszczania zimowego

I. Obowiązki Wykonawcy w sezonie zimowym tj. od 15 października do 14 kwietnia obowiązywania umowy:

1. Dysponować całodobowym stanowiskiem dyspozytorskim, wyposażonym w łączność telefoniczną, z minimum jednym numerem stacjonarnym, oddzielną linią faksową, telefonem komórkowym oraz dostępem do Internetu. Szczegóły dotyczące zaplecza technicznego

określa Załącznik nr 7 do umowy. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia całodobowej łączności z osobą nadzorującą prace zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej.

2. Posiadać i utrzymywać udokumentowany stały zapas środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wystarczający na zapewnienie ciągłość działań w sezonie zimowym tj.:

a) na początku sezonu zimowego - minimum 15 posypań chlorkiem sodu w ramach obsługiwanych tras zimowego utrzymania,

b) w trakcie sezonu zimowego (od pierwszego działania podstawowego) - minimum 9 posypań chlorkiem sodu i 1 posypanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia,

c) od 1 marca każdego roku obowiązywania umowy - minimum 4 posypania chlorkiem sodu i 1 posypanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia.

Załącznik nr 8 do wzoru umowy określa minimalną liczbę sprzętu do realizacji zamówienia w poszczególnych sezonach

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Wniosek odwołującego o odrzucenie odwołanie na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 Pzp z uwagi na brak wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które mogłyby powodować u odwołującego szkodę, był w rzeczywistości wnioskiem oddalenie odwołania, w przypadku uznania, że przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy nie została wypełniona. Stąd Izba oddalając wniosek o odrzucenie odwołania i kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie jednocześnie stwierdziła, że każdorazowo Izba bada istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody na rozprawie wydając merytoryczne rozstrzygnięcie.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą, który ubiega się o uzyskanie zamówienia w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, a zatem potencjalnie ma szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby odwołujący może także ponieść szkodę, bowiem zarzuca zamawiającemu przede wszystkim naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opis sposobu obliczenia ceny, który narzuca mu konieczność takiego ukształtowania cen jednostkowych, aby minimalizować zysk odwołującego za czynności płuzenia i zmusza do

innego niż chciałby odwołujący ukształtowania pozostałych cen. Taka sytuacja może potencjalnie grozić odwołującemu szkodą w postaci braku możliwości osiągnięcia zysku na poziomie, który mógłby osiągnąć, gdyby zamawiający inaczej ukształtował opis sposobu obliczenia ceny. W tym stanie rzeczy Izba oddaliła wniosek odwołującego o oddalenie odwołania z powodu niewykazania przez odwołującego możliwości poniesienia szkody pozostającej w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust.1 Pzp została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) Pzp poprzez dokonanie takiego sposobu obliczenia ceny, która uchybia zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nadto uniemożliwia wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej dla zamawiającego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Bezsporne jest, że zamawiający opracował kosztorys dla każdego z rejonów i w każdym z tych kosztorysów podał liczbę akcji związanych z płużeniami w ilości około 15 akcji, udział ilości akcji płużeń w całej ilości akcji podanych przez zamawiającego w zakresie utrzymania zimowego dróg wynosił ok. 25%. Wartości wycenione na podstawie kosztorysów w załącznikach 1b miały być podstawą obliczenia ceny brutto po pomnożeniu jej przez ilość sezonów, na które zawierania jest umowa. Bezsporne pomiędzy stronami było także to, że rozliczenie zawartej w przyszłości umowy miało następować w sposób kosztorysowy na podstawie cen jednostkowych podanych w załączniku nr 1a do siwz. Sporne pomiędzy stronami było natomiast oszacowanie przez zamawiającego ilości akcji płużeń. Odwołujący twierdził, że taka ilość płużeń nie wystąpiła w latach 2010/11, 2011/12, 2012/13, 2013/14, natomiast zamawiający tym okolicznościom nie przeczył, ale podnosił, że w sezonie 2009/2010 ilość płużeń wyniosła 9. Obie strony w tym zakresie poprzestały na twierdzeniach nie przedstawiając dowodów na ich poparcie. Z twierdzeń odwołującego zaprezentowanych na dokumencie zatytułowanym porównanie wartości kosztorysowej ofert GNOM i SITA z uwzględnieniem liczby działań rzeczywistych w sezonie 2013/14 wynika, że dla rejonu XIV obecnie zamawiający przewidział 15 płużeń, a odwołujący w sezonie 2013/14 wykonał jedno płużenie oraz, że GNOM kształtując swoje ceny za płużenie bez upustu miał cenę wyższą od ceny z upustem pierwszym i niższą niż z upustem drugim i analogicznie rozkładał ceny w przypadku cen za posypywanie w trakcie płużenia, zaś cenę bez upustu systematycznie obniżał za samo posypywanie środkami chemicznymi, natomiast odwołujący zastosował jednakowe stawki cenowe za płużenie nie zależnie od przyznawanego upustu, zaś ceny za samo posypywanie oraz za posypywanie w trakcie płużenia obniżył dopiero w przypadku cen z upustem drugim. Przy takim kształtowaniu cen w ramach kosztorysu na rejon XIV cena oferty odwołującego byłaby

tańsza w jednym sezonie o niecałe 100 000zł. od oferty GNOM, zaś przy tych cenach i przyjęciu ilości akcji w ilości, która rzeczywiście wystąpiła w sezonie 2013/2014 uzyskane wynagrodzenie odwołującego byłoby o 10 mln zł. niższe niż wynagrodzenie GNOM. Nadto ceny za płużenie GNOM i odwołującego były do siebie zbliżone, bo o ile u odwołującego były one niezmiennie niezależnie od upustu, o tyle u GNOM raz spadły raz wzrosły, o podobną wartość, więc globalnie nie różniły się. Po przeprowadzeniu analizy tego stanowiska Izba przyznała rację zamawiającemu, że podany przykład nie wskazuje na praktykę, że wykonawcy manipulują cenami nisko wyceniając ceny płużenia i rekompensują to innymi cenami jednostkowymi. Niewątpliwie stanowisko to dowodzi, że wynagrodzenie wypłacane wykonawcy różni się od ceny ofertowej brutto u odwołującego przyjęty sposób ukształtowania cen spowodował niższą wartość wynagrodzenia niż cena oferty brutto, zaś u GNOM odwrotnie. Jednak przy wynagrodzeniu kosztorysowym dotyczącym zdarzeń przyszłych, niepewnych jak warunki atmosferyczne, w ocenie Izby dowodzi to jedynie tego, że wartość brutto oferty jest wartością szacunkową założoną przez zamawiającego na potrzeby porównania ofert. Ponadto w ocenie Izby stanowisko odwołującego obarczone jest błędem w rozumowaniu, gdyż oparte jest na hipotetycznym założeniu, że gdyby ilość akcji była taka jak w sezonie 2013/14, to zamawiający uzyskałby takie same wartości cenowe w cenach jednostkowych jak zaoferowane na rejon III w etapie I. Ponadto nie wykazano, że zakres prac i ilość akcji w rejonie III była porównywalna z rejonem XIV w niniejszym postępowaniu, stąd zaprezentowane stanowisko nie zostało uprawdopodobnione, nawet w niewielkim stopniu. Art. 7 ust. 1 ustawy stanowi o tym, że zamawiający ma przygotować i przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zaś art. 91 ust. 1 ustawy, nakazuje wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia, któregośkolwiek z tych przepisów. Zamawiający określił jednakowy dla wszystkich sposób obliczenia ceny brutto oferty, podał wszystkim wykonawcom te same szacunkowe ilości akcji, które powinni uwzględnić przy obliczaniu wartości brutto oferty. Ze stanowiska odwołującego nie da się wywieść stanowiska przeciwnego. Sam fakt, że w innym postępowaniu któryś z wykonawców zastosował bardzo niską cenę jednostkową za usługę płużenia, nie powoduje, w ocenie Izby, jeszcze, że mechanizm przyjęty przez zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający jak już wskazano jednakowo dla wszystkich wykonawców ukształtował kosztorysy. Nie ma dowodu na to, że gdyby przyjął inne ilości akcji dla poszczególnych usług, to wykonawcy nie składaliby ofert z bardzo niskimi cenami jednostkowymi. Ustawa nakazuje zamawiającemu stworzyć warunki do uczciwej konkurencji, ale nie nakłada w tym zakresie obowiązku zapobiegania nieuczciwym praktykom rynkowym, czego w rzeczywistości oczekuje odwołujący od zamawiającego. Gdyby zamawiający miał być odpowiedzialny za nieuczciwe

praktyki rynkowe wykonawców, to ustawodawca nie wprowadziłby do ustawy art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 i nie nakazywałby odrzucania ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji albo które zawierają cenę rażąco niską. W ocenie Izby zamawiający takie uczciwe warunki konkurencji stworzył, zaś odwołujący nie wykazał, że jest inaczej. Obie strony odwoływały się do danych historycznych, ale z różnych okresów czasu i w ocenie Izby trudno odmówić zamawiającemu prawa do odwoływania się do roku 2009/2010, a przy uwzględnieniu tego sezonu i dwóch po nim następujących łączna ilość płużeń wyniosła 10 w trzech następujących po sobie sezonach, a zatem wartość znacznie powyżej oczekiwanej przez odwołującego ilości 3 – 4 płużeń w 3 sezonach i bliżej ilości 15 płużeń szacowanych w ramach niniejszej siwz. Zamawiający sporządził swój kosztorys stanowiący podstawę ustalenia wartości szacunkowej w dniu 28 marca 2014r., więc pod koniec sezonu zimowego 2013/14, stąd też nie sposób ustalić, czy i z jakiego sezonu dane historyczne uwzględnił ustalając ilość akcji. Mając powyższe na uwadze Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu warunku ubiegania się o zamówienie w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 22 ust. 5 Pzp poprzez dokonanie tego opisu bez związku z rzeczywistym zweryfikowaniem zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Powołany art. 22 ust. 5 Pzp nie stanowi normy o charakterze *ius cogens* nakładającej na zamawiającego bezwzględny obowiązek weryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia ma usługi w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności czy doświadczenia. Zdanie 2 tegoż przepisu stanowi o uprawnieniu zamawiającego do weryfikacji tych okoliczności, ale nie o bezwzględnym obowiązku. Odwołujący nie wykazał, aby obowiązek taki mógł być wywiedziony z innych przepisów ustawy. Odwołujący wskazywał wprawdzie na adekwatność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i ich proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, ale nie wykazał, że brak szczegółowego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy doprowadzi do wyboru wykonawcy niegwarantującego rzetelnego wykonania zamówienia. Nie wykazał także, że jego żądania wynikające z postawionego zarzutu nie prowadzą wyłącznie do ograniczenia konkurencji, a tak twierdził zamawiający. To, że odwołujący chciałby konkurować na warunkach korzystniejszych dla siebie i ograniczających krąg podmiotów, które mogłyby się ubiegać o zamówienie nie jest wystarczającą podstawą dla

sprzeciwienia się normie generalnej art. 7 ust. 1 ustawy nakazującej równe traktowanie wykonawców i zapewniające im uczciwą konkurencję. Izba uznała, że zamawiający ma prawo opisać sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, aby dopuścić szeroką konkurencję do udziału w postępowaniu, natomiast wszelkie ograniczenia w dostępie do zamówienia powinny być usprawiedliwione obiektywną potrzebą zamawiającego, a nie jedynie oczekiwaniem jednego z wykonawców dogodniejszych warunków konkurencji. Zamawiający w toku rozprawy wskazywał na to, że wymagania w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia pozwala mu zweryfikować zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, podawał natomiast powody, dla których zrezygnował z określania innych wymagań. Izba tym wyjaśnieniom dała wiarę, uznając jednocześnie prawo zamawiającego do swobodnego kształtowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z ograniczeniami wynikającym z art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy i art. 22 ust. 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 Kc, art. 353(1) Kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku bezprawnego jednostronnego obciążenia jedynie wykonawców ryzykiem zmiany stawki podatku VAT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Ustawodawca w art. 144 określił zakres dopuszczalnych zmian umowy w toku jej wykonywania. Obowiązkiem zamawiającego jeśli chce zapewnić sobie możliwość zmiany zawartej umowy jest przewidzenie możliwości wprowadzenia zmiany w siwz i określenie warunków wprowadzenia zmiany. Odwołujący odwołał się do trzech klauzul generalnych:

- art. 7 ust. 1 ustawy nakazującej zamawiającemu przy przygotowywaniu i prowadzeniu postępowania zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 5 kc zgodnie z którym nie można czynić użytku ze swego prawa które sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.
- art. 353 (1) kc, pozostawiającej stronom stosunku zobowiązaniowego prawo do swobodnego ułożenia tego stosunku, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W toku postępowania odwoławczego odwołujący konsekwentnie wskazywał na to, że w jego ocenie postanowienie sformułowane w części IV pkt 4 SIWZ, że w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT w trakcie trwania umowy, wykonawca będzie zobowiązany przy

rozliczeniach za wykonane usługi do przeliczenia oferowanych jednostkowych cen netto w taki sposób, aby przy uwzględnieniu nowej stawki podatku VAT jednostkowa cena brutto nie była wyższa od ceny zaofiarowanej w ofercie przetargowej, rażąco naruszenia równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz stanowi znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku bezprawnego jednostronnego obciążenia jedynie wykonawców ryzykiem zmiany stawki podatku VAT. Izba stoi na stanowisku, że odwołujący w sposób wadliwy pojmując zasadę swobody kontraktowania i równości stron stosunku zobowiązaniowego. Przede wszystkim Izba w całej rozciągłości podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażone w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r. sygn. akt XII Ga 314/11, gdzie wskazano, że: „[...]Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy[...]”, a także stanowisko Sądu Okręgowego we Wrocławiu zajęte w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08, gdzie Sąd stwierdził, „[...]Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka

zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę[...].

Z powyższych orzeczeń wynika bowiem, że swoboda kontraktowania sprowadza się na gruncie zamówień publicznych do swobody wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego, zaś równość stron stosunku zobowiązaniowego nie polega na równym rozkładzie praw i obowiązków, ale na wzajemnej ekwiwalentności świadczeń. Zatem jeśli zamawiający zamierza obarczyć ryzykiem wyłącznie wykonawcę, to wykonawca ma prawo nie zgodzić się na to i nie złożyć oferty w postępowaniu, zaś jeśli zdecyduje się na udział w takim postępowaniu, to ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. Izba nie doszukała się w argumentacji odwołującego naruszenia przez zamawiającego bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, które skutkowałyby potencjalną nieważnością przyszłej umowy czy prowadziło do niemożliwości świadczenia. Nadto odwołujący nie wykazał, że utrzymanie powyższego postanowienia uniemożliwia mu dostęp do przedmiotowego zamówienia. Argumentacja co do braku pewności prawa w zakresie możliwości zmiany stawki podatku VAT w ocenie Izby jest nietrafna i nie zasługuje na uwzględnienie. Zmiana tej stawki jest potencjalnym ryzykiem obu stron przyszłej umowy, którym to ryzykiem zamawiający w całości obarcza odwołującego. Sam charakter ryzyka niesie za sobą nieprzewidywalność i niepewność, stąd gdyby zmiany prawa były pewne nie byłoby mowy o ryzyku po którejkolwiek ze stron umowy. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 kc, art. 353 (1) kc w związku z art. 14 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu.

Przewodniczący.....