

Sygn. akt: KIO/UZP 882/08

**WYROK**  
**z dnia 5 września 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-467 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk**, protestu z dnia 4 sierpnia 2008 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-467 Poznań i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-467 Poznań**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów pełnomocnictwa;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j., ul. Jasielska 7, 60-467 Poznań.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie zimowe dróg gminnych i dróg wewnętrznych na terenie miasta Gdańska - 4 zakresy”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. j. z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 lipca 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 141 - 189263). Postępowanie to prowadzi Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, zwany dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „*SIWZ*”) dotycząca niniejszego postępowania w dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Na treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ Odwołujący w piśmie z dnia 4 sierpnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 5 sierpnia 2008 r.) złożył protest, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 2 pkt 1 i pkt 13, art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 2, art. 91 ust. 2 ustawy oraz § 1 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 606). W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący podniósł, że:

- 1) Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułował warunek udziału w postępowaniu, żądając, aby w co najmniej dwóch latach z trzyletniego okresu poprzedzającego termin wszczęcia niniejszego postępowania wykonawca zrealizował w każdym z tych lat usługi zimowego utrzymania dróg na powierzchni nie mniejszej niż 400 000 m<sup>2</sup>, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez danego wykonawcę jest krótszy niż wspomniane trzy lata, to wymóg posiadania doświadczenia będzie dotyczył tego właśnie okresu. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający zażądał przedłożenia wykazu usług zrealizowanych w zakresie zimowego

utrzymania dróg z podaniem: zakresu i lokalizacji zrealizowanej usługi, powierzchni objętej usługą w m<sup>2</sup>, okresu świadczenia usługi oraz nazwy i adresu Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że przywołany warunek został sformułowany z naruszeniem art. 7 i 22 ust. 2 ustawy, bowiem Zamawiający wprowadził nim nierówne zasady oceny wykonawców – preferencyjnie będzie on traktował wykonawców z krótszym stażem 1 roku działalności - będą musieli wykazać się realizacją zamówienia w jednym roku, natomiast wykonawcy z dłuższym stażem – realizacją zamówienia w ciągu dwóch lat. W tym aspekcie Odwołujący podniósł również, że na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający zażądał przedłożenia dokumentu, który nie jest zgodny z przepisami przywołanego rozporządzenia, bowiem Zamawiający nie żądał wykazu wykonanych usług ze wskazaniem ich wartości, natomiast zażądał wskazania powierzchni objętej zrealizowanymi usługami.

- 2) Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułował warunek udziału w postępowaniu, żądając posiadania bazy sprzętowej na terenie rejonu, którego dotyczy oferta. Żądane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania tego warunku oświadczenie nie mieści się w katalogu dokumentów określonych w przepisach przywołanego rozporządzenia. Odwołujący podniósł, że obowiązkiem wykonawcy jest dysponowanie sprzętem i urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia, a nie udowadnianie, że lokalizacja tego sprzętu i urządzeń znajduje się w konkretnym miejscu. Wskazał również, że wykonawcy muszą wykazać się lokalizacją sprzętu w rejonie, którego dotyczy składana oferta, a powyższe wskazuje na możliwość złożenia oferty tylko na jeden rejon.
- 3) Przy opisie wymagań dotyczących sprzętu Zamawiający określił czas, w jakim wykonawca zobowiązany jest przystąpić do wykonywania robót, jak również czas, w jakim ma nastąpić ich zakończenie. Powyższe wskazuje o obowiązku utrzymywania sprzętu do realizacji zamówienia oraz pracowników obsługujących ten sprzęt w stałej gotowości do podjęcia zadań przez cały czas trwania umowy. Podany w SIWZ opis sposobu obliczenia ceny ofertowej nie przewiduje wypłaty wynagrodzenia za pozostawanie sprzętu i osób do jego obsługi w pełnej dyspozycji. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie ma prawa ustanawiania warunków realizacji zamówienia w sposób, który będzie powodował określone straty z działalności wykonawcy. Brak określenia wynagrodzenia za wypełnienie tego wymogu przeczy zasadzie określonej w art. 2 pkt 13 ustawy, który definiuje pojęcie zamówienia publicznego, wskazując, że jest to umowa odpłatna. Podobnie Zamawiający potraktował

inne zadanie w tym postępowaniu, mianowicie zadanie stałego monitoringu ulic i skrzyżowań dróg, który w sposób ciągły ma prowadzić wykonawca. Powyższe wynika z treści Załącznika nr 5 do SIWZ.

- 4) Zamawiający w rozdziale X SIWZ określił kryteria oceny ofert, wśród których wymienione zostały między innymi: kryterium uśrednionej ceny jednostkowej netto usuwania skutków zimy lekkiej, z wagą 25% i kryterium ceny jednostkowej netto za usuwanie skutków zimy lekkiej na 100 m<sup>2</sup>/dobę przy użyciu chlorku sodu, z wagą 5%. Odwołanie się przez Zamawiającego w określonych kryteriach oceny ofert do cen netto narusza - w ocenie Odwołującego – przepis art. 91 ust. 2 ustawy oraz art. 2 pkt 1 ustawy, gdzie zastosowano odniesienie do przepisów ustawy o cenach, wedle której w cenie uwzględnia się podatek VAT.
- 5) Zamawiający w pkt 13 Załącznika Nr 4 do SIWZ poinformował, że w przypadku stwierdzenia uchybień w realizacji zamówienia na wykonawcę będą nakładane kary umowne, jednak SIWZ nie zawiera informacji o trybie, w jakim tego typu uchybienia będą stwierdzane oraz kto będzie prowadził kontrolę realizacji zamówienia i czy wykonawcy będą uczestniczyć w tych kontrolach.
- 6) Postanowienia umowy załączonej do SIWZ są sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego i naruszają zasady w nim zawarte, w szczególności pozbawiają wykonawcę uprawnienia do rozwiązania umowy, odstąpienia od niej lub jej wypowiedzenia (art. 385<sup>3</sup> pkt 14 Kc), nakładają na wykonawcę obowiązek zapłaty rażąco wygórowanych kar umownych (art. 385<sup>3</sup> pkt 16 Kc), pozbawiają wykonawcę prawa do odstąpienia od umowy (art. 385<sup>3</sup> pkt 20 Kc).

Podnosząc przywołane zarzuty Odwołujący w proteście wniósł o zmianę postanowień SIWZ.

Odnosząc się do złożonego protestu Zamawiający w piśmie z dnia 14 sierpnia 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął go poprzez oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że:

- 1) Określony w pkt III.1 SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w świadczeniu usług zimowego utrzymania dróg na określonej powierzchni w okresie 3 lat z wykazaniem doświadczenia w każdym z dwóch lat, stanowi uszczegółowienie wymogu zawartego w art. 22 ust. 2 ustawy. Wskazana w warunku powierzchnia dróg (643.416 m<sup>2</sup>) jest mniejsza od faktycznej powierzchni dróg objętej przedmiotem zamówienia (870.891 m<sup>2</sup>), tym samym

naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania nie ma w tym przypadku – w ocenie Zamawiającego – miejsca. Powierzchnia dróg wskazana w warunku ma istotne znaczenie dla Zamawiającego, jest jedną z cech opisujących przedmiot zamówienia, jego zakres i wielkość i jest to cech lepiej pokazująca możliwości techniczne i organizacyjne wykonawców ubiegających się o zamówienie, dlatego też Zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania jej w wykazie doświadczenia. Zamawiający nie wymagał wskazania wartości robót ponieważ ten element w tym rodzaju usług nie jest na tyle istotny, a poza tym przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie zobowiązują Zamawiającego do żądania wszystkich wskazanych w tym rozporządzeniu elementów dotyczących wykonanych usług. Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób ten warunek narusza interes prawny wykonawcy z uzyskaniem zamówienia. Zwrócił on również uwagę, że określenie czasowe weryfikacji tego warunku (3 lata, a w przypadku podmiotów działających na rynku krócej – ten okres), nie jest jego wymysłem lecz wynika z przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, a jednocześnie wskazał, że wymóg wykazania się doświadczeniem co najmniej 2 lat z okresu ostatnich trzech lat, mając na uwadze specyfikę świadczenia usług oraz różną ciężkość warunków zimowych w dwóch następujących po sobie latach, ma Zamawiającemu dać gwarancję, że dany wykonawca poradzi sobie organizacyjnie z realizacją usługi objętej przedmiotem zamówienia.

- 2) Co do warunku lokalizacji bazy sprzętu wymaganego do realizacji zamówienia w określonym obszarze – w ocenie Zamawiającego – jest warunkiem koniecznym do realizacji zamówienia w sposób opisany w SIWZ, w tym w szczególności w zakresie czasów realizacji zamówienia opisanych przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie jest prawdą, że wymagał, aby baza ze sprzętem zlokalizowana była w rejonie, na który składana jest oferta. Warunek zapisany w SIWZ i ogłoszeniu wyraźnie wskazuje, że baza może znajdować się w odległości do 5 km od obsługiwanego rejonu, a odległość ta liczona jest w linii prostej, a nie według rzeczywistej liczby kilometrów jaką trzeba przejechać. Poza tym nigdzie nie ma zastrzeżenia, że ubiegając się o więcej niż jeden zakres zamówienia należy dysponować większą ilością baz. Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełniania tego warunku zażądał przedłożenia wykazu sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz oświadczenia wykonawcy o lokalizacji baz terenowych, zgodnie ze stawianym warunkiem. Jest to więc oświadczenie wykonawcy o przyjęciu warunków realizacji zamówienia w sposób opisany w SIWZ.

- 3) Co do zarzutu pozostawiania w stałej gotowości sprzętu i ludzi do jego obsługi Zamawiający podniósł, że wymogi SIWZ nie nakładają na wykonawcę takiego obowiązku. Zamawiający w pkt 2.2 Załącznika Nr 5 do SIWZ określił normy czasowe na rozpoczęcie działań, które wynoszą: 2, 6 i 8 godzin dla warunków zimy o lekkim przebiegu. Powyższe oznacza, że Zamawiający pozostawił wykonawcy czas na zorganizowanie akcji, tj. sprowadzenie sprzętu do bazy (jeśli był zadysponowany do innych celów) i jego uzbrojenie w osprzęt zimowy (tu potrzebny jest czas 15 minut). Wykonawca ma zatem do 8 godzin czasu na podjęcie akcji odśnieżania i nie jest to na pewno wymóg natychmiastowego podejmowania działań na drogach. Nie powinno być również utrudnieniem dla wykonawców monitorowanie warunków atmosferycznych przy realizacji tej usługi. Natomiast nakłady z tym związane wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej w ramach odpowiedniej kalkulacji cen jednostkowych usług. W zapisach SIWZ ani też ogłoszenia nie ma nigdzie wymogu, aby sprzęt pozostawał cały czas w bazie.
- 4) Co do zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert Zamawiający wyjaśnił, że skorzystał z możliwości, jaką w tym zakresie daje mu przepis art. 91 ust. 2 ustawy. W świetle tego przepisu kryteriami oceny ofert są: cena lub cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający skorzystał z tej drugiej możliwości i określił jako podstawowe kryterium oceny, tj. cenę (70%), ocenianą jako cena brutto oraz pozostałe kryteria – uśredniona cena jednostkowa netto usuwania skutków zimy lekkie (25%) i cena jednostkowa netto za usuwanie skutków zimy lekkiej na 100 m<sup>2</sup>/dobę przy użyciu chlorku sodu (5%) oraz dla innych zakresów zadania: cena (75%), oceniana jako cena brutto i drugie kryterium – uśredniona cena jednostkowa netto usuwania skutków zimy lekkiej (25%). Przy określeniu kryterium ceny Zamawiający wskazał więc na cenę brutto, zaś pozostałe oceniane ceny jednostkowe nie są faktycznym kryterium cenowym, tylko pozostałymi możliwymi do zastosowania kryteriami oceny ofert, odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia.
- 5) Co do zarzutu nakładania przez Zamawiającego kar umownych na wykonawcę bez określenia trybu, w jakim to będzie czynione Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie określił na czym polega w tym przypadku naruszenie, czego dotyczy zarzut oraz jakie są żądania w tym zakresie. Niemniej jednak uznał za stosowne wyjaśnić wątpliwości Odwołującego, wskazując, że pkt 13 załącznika nr 4 do SIWZ opisuje tryb oceny jakości realizowanej przez wykonawcę umowy. Zgodnie z tymi zapisami to inspektorzy Zamawiającego będą na bieżąco (całodobowo) kontrolować jakość realizowanych usług, w tym terminowość, zgodność zakresu ilościowego wykonanej usługi z zakresem zleconym oraz jakość i kompleksowość wykonanych

usług. W przypadku stwierdzenia uchybień Zamawiający naliczy kary umowne, kierując się w tym zakresie zapisami § 3, § 4 i § 5 wzoru umowy, gdzie zostały określone przyczyny naliczania kar umownych i ich wysokość. W kontrolach prowadzonych przez inspektorów Zamawiającego mogą również uczestniczyć przedstawiciele wykonawcy. W przypadku stwierdzenia uchybień w realizacji zamówienia sporządza się stosowny protokół, na którym przedstawiciel wykonawcy – jeśli uczestniczy w tych czynnościach – może złożyć stosowne uwagi.

- 6) Co do zarzutu, że postanowienia umowy są sprzeczne z przepisami Kc Zamawiający nie zgodził się z nim, wskazując jednocześnie na to, że w zakresie umów w sprawie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności zastosowanie mają przepisy ustawy, a w sytuacjach tam nie uregulowanych dopiero przepisy Kc. Tym samym zasada swobody umów w umowach w sprawie zamówienia publicznego doznaje swego rodzaju ograniczenia. Ograniczenie to dotyczy w szczególności zakazu zmian postanowień umowy (art. 144 ustawy), czy też rozwiązania umowy, jak również przesłanek do odstąpienia od umowy, określonych w art. 145 ustawy. Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem Odwołującego, że kary umowne we wzorze umowy są rażąco wygórowane, bowiem kwotowo stanowią one setną część procentu do wartości zamówienia, którego prawidłowa realizacja ma istotne znaczenie dla funkcjonowania dużego miasta oraz bezpieczeństwa w ruchu drogowym.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2008 r. (data nadania pisma w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu tym podtrzymał wszystkie zarzuty, żądania i argumentację z protestu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Podnosząc przywołane zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz warunków umownych realizacji niniejszego zamówienia Odwołujący wykazywał, że naruszają one zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz utrudniają mu dostęp do niniejszego zamówienia. Podnoszenie zarzutów o takim charakterze na tym etapie postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego (etap weryfikacji dokumentacji postępowania, na podstawie której Zamawiający będzie następnie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej) świadczy o interesie prawnym wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Powyższe bowiem ma bezpośredni wpływ na szansę złożenia przez wykonawcę oferty w postępowaniu i w efekcie uzyskania przez niego zamówienia. Potwierdza to wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do rozpatrzenia odwołania, wynikającej z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby ustalił, że żaden z nich nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutów dotyczących ustalenia przez Zamawiającego warunku doświadczenia skład orzekający Izby ustalił, że warunek ten został opisany w sekcji III pkt 2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt III.1 SIWZ. Zamawiający wskazał tam, że wykonawca: *„zrealizował w co najmniej 2 latach z okresu ostatnich 3 lat, w każdym roku z osobna, usługi z zakresu utrzymania zimowego na powierzchni dróg nie mniejszej niż 400.000 m<sup>2</sup> dla każdego zakresu z osobna, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – zał. 1 b. Wskazana przez wykonawcę powierzchnia nie może być efektem sumowania powierzchni wynikającym z częstotliwości świadczonych usług”*. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy – zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego – mają obowiązek przedłożyć wykaz zrealizowanych usług z zakresu utrzymania zimowego dróg z okresu ostatnich 3 lat (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – z tego okresu) sporządzony według wzoru zał. 1 b – potwierdzonych dokumentami, np. referencjami na dowód, że usługi zostały wykonane należycie.

Dokonując oceny postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia w tym zakresie zasad uczciwej konkurencji. Postawiony warunek nie utrudnia uczciwej konkurencji, o czym stanowi art. 22 ust. 2 ustawy. Przekonującym okazało się dla składu orzekającego uzasadnienie Zamawiającego do wprowadzenia takiego wymogu w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazał tutaj na specyfikę świadczenia usług oraz różną ciężkość warunków zimowych w dwóch następujących po sobie latach. Zamawiający, jako podmiot, który co roku organizuje postępowania na wskazany przedmiot zamówienia i mający świadomość wagi usług objętych przedmiotem zamówienia, które to usługi mają wpływ na funkcjonowanie całego miasta, w tym bezpieczeństwo w ruchu drogowym, chce zapewnić sobie świadczenie tej usługi przez podmiot, który co najmniej w okresie dwóch lat z trzyletniego okresu świadczył takie usługi, mając na względzie uprawdopodobnioną okoliczność, że zimy mają w naszych warunkach klimatycznych różne natężenie. Powyższe ma dać Zamawiającemu



gwarancję, że dany wykonawca poradzi sobie organizacyjnie z realizacją usługi objętej przedmiotem zamówienia, a przy tym nie dyskryminuje jakiegoś kręgu wykonawców, czy też nie preferuje jakiego konkretnego wykonawcy.

Z treści zapisu przywołanego warunku oraz potwierdzającego tę treść oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie nie wynika, że Zamawiający w sposób preferencyjny będzie traktował wykonawcę, który istnieje na rynku wyłącznie 1 rok, bowiem taki wykonawca nie będzie spełniał podstawowego warunku ustanowionego w tym zakresie przez Zamawiającego świadczenia usług w przeciągu 2 lat w każdym roku z osobna. Postawienie w ten sposób tego warunku – jak wykazał Zamawiający – jest uzasadnione specyfiką świadczonych usług objętych przedmiotem zamówienia.

W kwestii braku żądania przez Zamawiającego, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, wartości wykonanych usług, a zamiast tego żądanie wskazania powierzchni zimowego utrzymania na powierzchni dróg, skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Zamawiającego.

Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawców może żądać, co do zasady, wykazu wykonanych usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zażądał takiego wykazu, określając jego wzór w załączniku 1 b do SIWZ. Załącznik ten wskazuje na konieczność wykazania powierzchni dróg, na której wykonywane były usługi zimowego utrzymania. Zamawiający nie żądał wskazania wartości tych usług. W ocenie składu orzekającego Izby powyższy wymóg jest zgodny z przepisami ustawy oraz przywołanego rozporządzenia. Wskazanie powierzchni utrzymania dróg w ramach świadczonych usług wykazywanych jako niezbędne doświadczenie wykonawcy wskazuje na określenie przedmiotu tej usługi i jej adekwatności do przedmiotu zamówienia pod kątem zakresu. Zamawiający nie ma obowiązku w takim przypadku żądania wskazania wartości świadczonych usług, zakres przedmiotowy tych usług może być bowiem porównany w oparciu o wykazywaną przez wykonawców powierzchnię. Żądanie wskazania w takim przypadku wartości wykonywanych usług jest prawem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Jak Zamawiający wykazywał powierzchnia dróg wskazana w warunku ma dla niego istotne znaczenie jako jedna z cech opisujących przedmiot zamówienia, jego zakres i wielkość i jest to cecha lepiej pokazująca możliwości techniczne i organizacyjne wykonawców ubiegających się o zamówienie, biorąc pod uwagę charakter usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Postawiony przez Zamawiającego warunek odnosi się do przedmiotu zamówienia również w zakresie żądanej w warunku powierzchni (400 000 m<sup>2</sup> na jeden zakres) - jest

adekwatny do powierzchni przedmiotu zamówienia (od ok. 600 000 m<sup>2</sup> do ok. 900 000 m<sup>2</sup> dla różnych zakresów zamówienia), tym samym nie ogranicza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do zarzutów dotyczących ustalenia przez Zamawiającego warunku dysponowania potencjałem technicznym skład orzekający Izby ustalił, że warunek ten został opisany w sekcji III pkt 2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt III.3 SIWZ. Zamawiający wskazał tam, że wykonawca: „*dysponuje bazą zlokalizowaną w rejonie objętym świadczeniem usługi (którego dotyczy oferta) lub w odległości nie większej niż 5 km od tego rejonu, mierzonej w linii prostej, przystosowaną do stacjonowania sprzętu, magazynowania kruszywa, materiałów chemicznych i wyposażoną w środki łączności – zał. 1 d.*” W celu potwierdzenia spełniania tego warunku Zamawiający zażądał od wykonawców dołączenia do oferty oświadczenia, którego wzór został określony przez Załącznik nr 1 d oraz wskazania rodzaju dysponowania bazą.

W ocenie składu orzekającego Izby postawienie takiego warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego nie narusza przepisów ustawy, jak i przywoływanego rozporządzenia w sprawie dokumentów. Warunek ten jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. Usytuowanie bazy sprzętowej wykonawcy wybranego w efekcie do realizacji zamówienia ma istotne znaczenie z punktu widzenia realności i prawidłowości realizacji tego zamówienia. Wykonawca wybrany w postępowaniu będzie bowiem musiał zapewnić szybkie podjęcie działań związanych z zimowym utrzymaniem dróg w zależności od warunków atmosferycznych. Umieszczenie bazy ze sprzętem wykorzystywanym do realizacji zamówienia, będzie miało w tym zakresie istotne znaczenie z punktu widzenia prawidłowości realizacji tego zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający nie określił we wskazanym warunku, jak podnosił Odwołujący, że baza sprzętowa ma być obligatoryjnie zlokalizowana w rejonie, w którym będzie świadczona usługa (którego dotyczy oferta), dopuścił bowiem lokalizację bazy w odległości do 5 km od tego rejonu. Postawiony warunek nie wskazuje również, że wykonawca byłby zobligowany do wykazania kilku baz sprzętowych w zależności od ilości zakresów, na które składane byłyby oferty przez tego wykonawcę. Tym samym tak sformułowany przez Zamawiającego wymóg dysponowania bazą sprzętową nie ogranicza wykonawcy możliwości złożenia oferty na kilka zakresów zamówienia opisanych w SIWZ.

Zarzut żądania przez Zamawiającego na potwierdzenie tej okoliczności dokumentu nie przewidzianego w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów nie zasługuje również na uwzględnienie. Zamawiający zażądał w tym zakresie oświadczenia wykonawcy, które ma jedynie potwierdzać wypełnienie wymogów co do sposobu realizacji zamówienia, określonych w SIWZ, żądanie takiego oświadczenia od wykonawcy nie jest sprzeczne

z przepisami przywołanego rozporządzenia, jak i przepisami ustawy, bowiem jest to wyłącznie oświadczenie wykonawcy.

Co do zarzutów dotyczących utrzymania sprzętu do realizacji zamówienia oraz pracowników obsługujących ten sprzęt w stałej gotowości i nieodpłatnie skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający wymagania dotyczące czasu reakcji określił w Załączniku nr 4 i 5 SIWZ. Z zapisów tych wynika, że wykonawca wybrany do realizacji usługi będzie musiał w odpowiednim czasie wykazać się reakcją i przystąpić do robót. W zakresie dróg I kolejności odśnieżania (które stanowią – wedle oświadczenia Zamawiającego - około 25% całości zamówienia) będą to 2 godziny, w zakresie dróg II kolejności odśnieżania będzie to 6 godzin i w zakresie dróg o III kolejności odśnieżania będzie to 8 godzin.

Skład orzekający, dokonując oceny zarzutu postawionego w tym zakresie przez Odwołującego, nie stwierdził naruszenia przepisów ustawy, w szczególności wskazywanego art. 2 pkt 13 ustawy, gdzie zdefiniowano pojęcie zamówienia publicznego jako odpłatnej umowy. Argumenty Odwołującego o tym, że usługa w tym zakresie będzie faktycznie świadczona nieodpłatnie przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z przygotowanymi przez Zamawiającego wzorami formularzy ofertowych, w tym formularzy cenowych, to wykonawcy mają wycenić oferowane usługi. Wykonawcy w ramach oferowanych cen jednostkowych, będąc podmiotem doświadczonym i oceniając wymogi Zamawiającego, ale również uwzględniając pewne ryzyko związane z wykonywaniem usług (np. duże / mniejsze opady) w ramach cen jednostkowych powinni wycenić również okoliczność, że w określonym przez Zamawiającego w SIWZ czasie będą zmuszeni podejmując interwencję i czynności utrzymania dróg objętych przedmiotem zamówienia. Nie będzie to więc usługa świadczona nieodpłatnie Zamawiającemu; jej odpłatność zależy wyłącznie od wyceny tej kwestii przez wykonawcę.

Zwrócić należy uwagę na zapis SIWZ zawarty w Załączniku nr 4 pkt 1, z którego wynika, że przy kalkulowaniu ceny ofertowej wykonawcy powinni wziąć pod uwagę utrudnione warunki realizacji zamówienia, wynikające z braku systematycznego odśnieżania wskazanych dróg. Powyższe w ocenie Izby obliuguje wykonawców, którzy są profesjonalistami w dziedzinie świadczonych i oferowanych usług, do skalkulowania w cenie ofertowej również ryzyka związanego z różnym natężeniem obowiązków świadczenia usługi, a wynikających z różnych warunków atmosferycznych.

Podobne stanowisko skład orzekający Izby wyraża w kwestii dotyczącej prowadzenia przez wykonawcę stałego monitoringu warunków atmosferycznych.

Co do zarzutów dotyczących określenia przez Zamawiającego kryterium ceny bez uwzględnienia podatku VAT skład orzekający Izby ustalił, że kryteria oceny ofert i sposób ich

oceny został opisany przez Zamawiającego w pkt X SIWZ, a także w sekcji IV pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu. Z zapisów tych wynika, że Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. cena ofertowa (dot. zakresu 1) – 70%
2. uśredniona cena jednostkowa netto usuwania skutków zimy lekkiej (dot. zakresu 1-4) – 25%
3. cena jednostkowa netto usuwania skutków zimy lekkiej na 100 m<sup>2</sup>/dobę przy użyciu chlorku sodu (dot. zakresu 1) – 5%
4. cena ofertowa (dot. zakresu 2-4) – 75%.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do podniesionego zarzutu przychylił się do stanowiska Zamawiającego i nie stwierdził naruszenia przywoływanego art. 91 ust. 2 ustawy. Stwierdzić bowiem należy, że zgodnie z tym przepisem, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Dalej przywołany przepis wymienia przykładowe kryteria oceny ofert oprócz ceny. Wyszczególnienie tych kryteriów przez ustawodawcę nie ma charakteru katalogu zamkniętego, dlatego też Zamawiający może w tym zakresie zastosować także inne kryteria, nie wskazane wprost w tym przepisie, ale odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Bez wątplenia kryteria cen jednostkowych netto za szczególne, wymienione przez Zamawiającego usługi, odnoszą się do przedmiotu zamówienia, bowiem będą one świadczone przez wykonawcę w ramach wykonywania tego zamówienia. Istotnym jest, że Zamawiający określił w tym postępowaniu podstawowe kryterium oceny ofert, tj. kryterium ceny wskazując w SIWZ, że będzie to cena ofertowa brutto za całość przedmiotu zamówienia, a więc cena, o której stanowi art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, do której to ustawy w tym zakresie odwołuje się z kolei przepis art. 2 pkt 1 ustawy.

Co do zarzutów dotyczących nakładania przez Zamawiającego kar umownych skład orzekający Izby ustalił, że warunki te zostały określone w pkt 13 Załącznika Nr 4 do SIWZ oraz w postanowieniach wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. W ocenie składu orzekającego Izby zasady określone w przywołanych zapisach SIWZ są wystarczające. Zasady te przywołał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, a Odwołujący - co do zasady w odwołaniu - nie kwestionował w tym zakresie stanowiska Zamawiającego. Jednocześnie też – jak podniósł w trakcie rozprawy Zamawiający – na skutek zapytania do SIWZ zadanego w tym przedmiocie przez Odwołującego, w piśmie z dnia 26 sierpnia 2008 r. (znak: NZ/19951/2008/SP) zaprezentował identyczne wyjaśniające stanowisko w tym zakresie, co prezentowane w rozstrzygnięciu protestu, dokonując jednocześnie modyfikacji SIWZ, której Odwołujący nie kwestionował. Z tych też względów skład orzekający Izby uznał, że

w zakresie tego zarzutu nie zostało przez Odwołującego wykazane i udowodnione jakiego rodzaju uchybienia dopatruje się w zapisach SIWZ i jaki uszczerbek powoduje to w jego sferze praw i obowiązków. Odwołujący nie wskazał nawet w tym zakresie naruszenia konkretnego przepisu ustawy.

Co do zarzutu sformułowania postanowień umowy załączonej do SIWZ w sposób sprzeczny z przepisami Kodeksu cywilnego, w szczególności w zakresie pozbawienia wykonawcy uprawnienia do rozwiązania umowy, odstąpienia od niej lub jej wypowiedzenie (art. 385<sup>3</sup> pkt 14 Kc), nałożenia na wykonawcę obowiązku zapłaty rażąco wygórowanych kar umownych (art. 385<sup>3</sup> pkt 16 Kc), pozbawienia wykonawcy prawa do odstąpienia od umowy (art. 385<sup>3</sup> pkt 20 Kc) skład orzekający Izby ustalił, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Skład orzekający przychyła się do stanowiska zaprezentowanego w tym przedmiocie w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego o szczególnym charakterze umowy zawieranej w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 139 ust. 1 ustawy do tych umów stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W kwestionowanym zakresie – przynajmniej w sprawach związanych z rozwiązaniem, odstąpieniem od umowy, czy jej wypowiedzeniem przez wykonawcę – przepisy ustawy zawierają szczególne regulacje, które nie przewidują możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w zakresie odstąpienia od umowy przewidują jedynie przypadek art. 145 ustawy. Specyfika zamówień publicznych nie pozwala na żądanie od Zamawiającego możliwości odstąpienia od umowy, czy jej wypowiedzenia. Zamawiający jako podmiot publiczny odpowiedzialny za prawidłowe działanie określonej sfery publicznej działalności ma obowiązek zapewnić sobie i obywatelom korzystającym z pomocy takiego podmiotu prawidłowe funkcjonowanie dzięki określonym usługom, dostawom, czy robotom budowlanym realizowanym w wyniku przeprowadzonej procedury wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie przepisów ustawy. Powyższe nie wyklucza sytuacji nadzwyczajnych, kiedy realizacja zamówienia nie będzie możliwa i umowa w sprawie zamówienia publicznego może być wtedy rozwiązana przez sąd, np. na podstawie art. 357<sup>1</sup> Kc.

Umowa w niniejszym postępowaniu nie zawiera klauzul zakazanych, reguluje wyłącznie kary umowne na rzecz Zamawiającego, co nie wyklucza dochodzenia przez wykonawcę odsetek od Zamawiającego na podstawie przepisów Kc w sytuacji zwłoki wypłaty wynagrodzenia za realizację zamówienia przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy.

Jednocześnie skład orzekający Izby zwrócił uwagę na okoliczność, iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 385<sup>3</sup> Kc nie zasługują na uwzględnienie również

z tej przyczyny, że wskazany przepis ma zastosowanie do umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorcą, a konsumentem.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy i rozporządzenia w sprawie dokumentów, jak też przepisów Kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Gdańsku.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....