

Sygn. akt: KIO 2171/16

WYROK
z dnia 28 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2016 r. przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **2. Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża przez Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław na rzecz 2. Wojskowego Oddziału Gospodarczego, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątania powierzchni wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 listopada pod poz. 2016/S 214-389815.

W dniu 15 listopada 2016r. Odwołujący - Impel Cleaning sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia, który narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego postanowienia § 8 ust. 2-3 oraz § 11 umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ naruszają wyżej wskazane przepisy ustawy Pzp. Podniósł, że przy tak skonstruowanych postanowieniach umowy każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. W przypadku postanowienia § 8 ust. 2-3 projektu umowy Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający już w momencie wszczęcia postępowania winien mieć zapewnione środki finansowe na zabezpieczenie wykonania przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy. Za całkowicie niezrozumiałe i nieuprawnione należy uznać przerzucanie przez Zamawiającego ryzyka braku zapewnienia finansowania na 2018 rok na Wykonawcę. Podkreślić należy, iż Wykonawca ma obowiązek zatrudnić osoby do realizacji usługi na podstawie umowy o pracę. Tym samym Wykonawca, podpisując umowę z Zamawiającym, zaciąga wobec wszystkich osób przewidzianych do wykonania przedmiotu zamówienia zobowiązanie do zatrudnienia ich przez cały okres obowiązywania umowy. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Brak jednoznacznego określenia opisu przedmiotu zamówienia w postanowieniach § 11 ust. 1-5, utrudnia wykonawcom ustalenie rentowności zamówienia. Wynika to z faktu, że koszty do poniesienia przez wykonawcę przy kalkulowaniu ceny usługi utrzymania czystości zależą od dokładnego określenia powierzchni i częstotliwości usług. Wykonawca powinien mieć pewność co do zakresu świadczonych przez niego usług.

Zamawiający zdaje się nie rozumieć istoty umowy cywilnoprawnej jako zgodnego oświadczenia woli obu stron, które może ulegać zmianie również wyłącznie w drodze zgodnego oświadczenia woli. Nie może być sytuacji, iż decyzję o wyłączeniu powierzchni z usługi podejmuje w trybie § 11 ust. 4 umowy jednostronnie Zamawiający w osobie Kierownika SOI, informując 3 dni przed wyłączeniem powierzchni. Stosowanie określonych wymagań w postanowieniu § 8 ust. 2-3 i § 11 umowy powoduje, że wykonawca nie może skalkulować rzetelnie ceny ofertowej. W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień § 8 ust. 2-3 i § 11 umowy.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątnia powierzchni wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2WOG we Wrocławiu, na terenie Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1 we Wrocławiu. Zamawiający opisał w sposób szczegółowy przedmiot zamówienia, wskazując w załącznikach nr 2 i 3 „Opis przedmiotu zamówienia” oraz „Zestawienie powierzchni do utrzymania” szczegółowy zakres czynności wraz z częstotliwością ich wykonywania, ilość i wielkość powierzchni, objętych zamówieniem.

W § 8 wzoru umowy, Zamawiający wskazał:

1. Strony ustalają, że usługi będą wykonywane przez czas określony: od dnia podpisania umowy, z tym że nie wcześniej niż od dnia 01.01.2017r. do dnia 31.12.2018 roku.
2. Rozpoczęcie realizacji umowy wieloletniej oraz zakres jej realizacji nastąpi w 2018 r. pod warunkiem zapewnienia (przydzielenia) w planie finansowym na kolejne lata środków finansowych na realizację zadań stanowiących przedmiot umowy, a w przypadku ograniczenia tych środków, w zakresie i do wysokości środków przedzielonych w planie finansowym na dany etap.
3. Realizacja umowy i jej zakres na każdy następny rok ustalona będzie w formie aneksu tylko w przypadku zaistnienia sytuacji nie przyznania środków finansowych na realizację stanowiących przedmiot umowy w kolejnych latach, lub ograniczenia wysokości tych środków Zamawiającemu.

Z kolei w § 11 wzoru umowy, Zamawiający wskazał:

1. Podane przez Zamawiającego w niniejszej umowie ilości powierzchni i częstotliwości usług są wartościami szacunkowymi, do których Zamawiający może wnosić stosowne korekty polegające zarówno na ich zwiększeniu, jak i zmniejszeniu, jednakże w przypadku zwiększenia nie może ulec zwiększeniu maksymalna wartość umowy, o której mowa w §10 ust. 2 umowy; W razie wykonania czynności danego rodzaju w mniejszym zakresie niż wynika to z szacunku, Zamawiający może zlecić wg cen jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę zrealizowanie czynności innego rodzaju objętych przedmiotem zamówienia, w ramach posiadanych oszczędności, jednakże i w tym przypadku zwiększeniu nie może ulec maksymalna wartość umowy, o której mowa w § 10 ust. 2 umowy,
2. Zamawiający zastrzega sobie w trakcie trwania umowy prawo do wnoszenia korekt powierzchni do usługi utrzymania porządków w obrębie danej lokalizacji lub zmianę częstotliwości wykonywania usług. W przypadku ilości powierzchni przekraczającej potrzeby Zamawiającego (np. wyłączenie budynku do remontu, przekazanie budynku poza resort MON, organizacja placu budowy, zajęcie terenu zewnętrznego pod inne cele, wyjazd na poligon, udział w ćwiczeniach, itp.) zakres usług zostanie zmniejszony, a kwota wynagrodzenia Wykonawcy zostanie pomniejszona o kwotę wynikającą z iloczynu pomniejszonej powierzchni i ceny jednostkowej dla danej powierzchni. Powyższe ograniczenia powierzchni przeznaczonej do sprzątnięcia nie przekroczą w okresie realizacji umowy 50% ogólnej powierzchni danego rodzaju objętej zamówieniem.
3. Zmniejszenie lub zwiększenie ilości utrzymywanej w czystości powierzchni lub częstotliwości usług może mieć charakter trwały lub czasowy (do odwołania w formie pisemnej, dopuszczalne faxem lub e-mailem).
4. Decyzję o wyłączeniu powierzchni z usługi utrzymania porządku na czas określony (na czas remontu budynku, wyjazdu wojsk na poligon, udziału w ćwiczeniach itp.) podejmuje Kierownik SOI, informując Wykonawcę pisemnie na co najmniej 3 dni przed wyłączeniem powierzchni, czasookresie na jaki występuje wyłączenie (budynek lub jego części), rodzaju i ilości wyłączonej powierzchni w rozliczanym miesiącu.
5. Decyzję o zwiększeniu bądź zmniejszeniu powierzchni i częstotliwości usług podejmuje Kierownik SOI, informując Wykonawcę pisemnie (dopuszczalne faxem lub e-mailem) z 3 dniowym wyprzedzeniem, przekazując jednocześnie stosowną informację w tym zakresie Kierownikowi Infrastruktury 2 WOG. Na takich samych zasadach Zamawiający dokonuje zlecenia czynności w przypadku, o którym mowa w §11 ust. 1 zdanie drugie.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, a na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Na wstępie, wskazać należy, że zgodnie z zasadą swobody umów, wyrażoną w art. 353¹ kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Izba zwraca jednak uwagę, że w ramach postępowania o zamówienie publiczne zasada swobody umów doznaje trojakiiego ograniczenia: po pierwsze: zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie: to zamawiający określa zasady, na których chce zawrzeć umowę, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienie do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Oznacza to, że ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Uwzględniając wyżej wskazane uwagi, Izba oceniła kwestionowane postanowienia § 8 i 11 wzoru umowy i stwierdziła, że naruszają one wskazywanych przez Odwołującego postanowień art. 29 ust. 1 -2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w załącznikach 2 i 3 do siwz w sposób wyczerpujący, precyzyjny, zgodnie z regułami, wynikającymi z przepisów ustawy Pzp. Zamawiający podał zakres czynności, ilość i wielkość powierzchni oraz częstotliwość świadczenia usług w oparciu o które wykonawcy winni skalkulować cenę oferty za m² utrzymania czystości danej powierzchni. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienie § 8 ust. 2-3 wzoru umowy, warunkujące realizację umowy w roku 2018 od przyznania środków finansowych na ten cel jest typowym postanowieniem, zawierającym w umowach przez jednostki sektora finansów publicznych, dla których środki finansowe przyznawane są corocznie przez ich jednostkę nadrzędną.

Izba nie dopatrzyła się także naruszeń przepisów prawa, w postanowieniach § 11 wzoru umowy, które uprawniają zamawiającego do dokonywania w trakcie umowy korekt powierzchni oraz zmiany częstotliwości wykonywania usług. Podkreślić należy, że przedmiot zamówienia, w oparciu o który należy skalkulować cenę oferty, został w sposób jednoznaczny i precyzyjny opisany w SIWZ, zaś wskazywane przez Odwołującego postanowienia wzoru umowy dotyczą korekt, do których może dojść jedynie w toku realizacji długoterminowej umowy. Po pierwsze wskazać należy, że wraz ze zmianą ilości powierzchni Zamawiający przewidział zmianę wynagrodzenia, które będzie rozliczane za rzeczywiście wykonane usługi, a po drugie - ewentualna zmiana ilości powierzchni nie będzie arbitralną decyzją Zamawiającego, ale może ona nastąpić wyłącznie w określonych, niezależnych od Zamawiającego sytuacjach tj. w przypadku tzw. „przekroczenia potrzeb Zamawiającego”. Zamawiający podał w ust. 2 jako przykładowe sytuacje, w których może dojść do korekty powierzchni, są to np. wyłączenie budynku do remontu, przekazanie budynku poza resort MON, organizacja placu budowy, zajęcie terenu zewnętrznego pod inne cele, wyjazd na poligon, udział w ćwiczeniach. Jednocześnie w treści umowy, zagwarantowano, że ograniczenia powierzchni nie przekroczą w okresie realizacji umowy 50% ogólnej powierzchni danego rodzaju, objętej zamówieniem. Należy mieć także na uwadze okoliczność, że usługi sprzątnięcia są usługami o charakterze ciągłym, co oznacza, że potrzeba ich nieprzerwanego zapewnienia leży w interesie samego Zamawiającego. W tym kontekście, postanowienia § 8 i 11 wzoru umowy, uprawniające Zamawiającego do korekt ilości powierzchni, częstotliwości świadczonych usług, znajdą zastosowanie w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych sytuacjach.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: