

Sygn. akt: KIO 3447/22

WYROK

z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2022 r. przez **wykonawcę ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wałbrzych, Miasto na Prawach Powiatu, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2 lit. b uwzględnionego przez zamawiającego i zarzutów 5, 7 i 8 wycofanych przez odwołującego.**
- 2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 9 odwołania i nakazuje zamawiającemu doprecyzowanie sposobu wykonania zamówienia poprzez jednoznaczne określenie w jakich sytuacjach i warunkach wykonawca ma przystąpić do akcji zapobiegania.**
- 3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części 6/7 oraz zamawiającego Gminę Wałbrzych, Miasto na Prawach Powiatu, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu w części 1/7 i**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 507,35 zł (słownie: pięćset siedem złotych trzydzieści pięć groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, poniesione przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z**

siedzibą we Wrocławiu.

- 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wałbrzych, Miasto na Prawach Powiatu, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu na rzecz wykonawcy ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 2 729 zł 62 gr (słownie: dwa tysiące siedemset dwadzieścia dziewięć złotych sześćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą 1/7 uzasadnionych kosztów odwołującego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wałbrzych, Miasto na Prawach Powiatu, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I”, nr postępowania: Z96/6064*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2022 r., za numerem 2022/S 239-688740.

W dniu 22 grudnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, oraz niezgodnych z przepisami ustawy pzp projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1 ustawy pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c., w zw. z art. 5 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z niezapewnieniem zapobieżenia oraz likwidacji śliskości na jezdni, wobec takiego ukształtowania postanowień załącznika nr 1 do projektu Umowy *„Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach zadanie I”*, który pozostawia po stronie Zamawiającego decyzję kiedy Wykonawca ma przystąpić do realizacji usługi, przy jednoczesnym przeniesieniu na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za zdarzenia będące następstwem nieusunięcia śliskości wobec braku dyspozycji Zamawiającego o przystąpieniu do realizacji usługi. Powyższe powoduje, że Zamawiający niejako oczekuje, aby w ramach realizacji usługi Wykonawca realizował usługę wg decyzji Zamawiającego, jednak „przerzucając” pełną odpowiedzialność za konsekwencje tej decyzji (opóźnienia w podjęciu decyzji lub błędnej decyzji) na Wykonawcę. Dodatkowo wskazany zakres temperatur, od których wystąpienia aktualizuje się obowiązek przystąpienia do realizacji usługi usunięcia śliskości jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

bowiem jest tak ustalony, że nie zapewnia realnej możliwości zapobieżenia powstania śliskości, która może, co oczywiste, wystąpić także przy wyższych temperaturach.

2. art. 433 pkt 4 ustawy pzp oraz art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz art. 16, art. 17 ustawy pzp i art. 8 ustawy pzp w zw. z art. 58 ustawy k.c. poprzez:

a) ustanowienie w projekcie umowy oraz SWZ postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoznacznego wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, bowiem sposób określenia minimalnego zakresu wielkości zamówienia w dokumentacji postępowania należy uznać za pozorny w świetle § 13 ust. 1 pkt 5, 6, ust. 3 projektu umowy, co czyni opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnym i niejednoznacznym. Powyższe wynika także ze wskazania w załączniku nr 3 do SWZ „formularz cenowy” wielkości zamówienia podstawowego na poziomie 2700 km co przekłada się na ustalenie miesięcznej wielkości zamówienia na poziomie 900 km miesięcznie i powoduje, że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa do zmiany wielkości zamówienia, wykonawca może znaleźć się w sytuacji braku zapewnienia pokrycia tzw. kosztów stałych realizacji usługi. Powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i ma na celu umożliwienie Zamawiającemu uchylene się od obowiązku zapłaty, co stanowi jednocześnie nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego;

b) brak jednoznacznego określenia w projekcie umowy i SWZ wartości i wielkości świadczenia stron w kontekście postanowień § 13 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz ust. 3 projektu umowy, co doprowadza do sytuacji jego ukształtowania na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Powyższe skutkuje powstaniem braku jednoznacznego określenia w projekcie umowy i SWZ wartości i wielkości świadczenia stron i doprowadza do sytuacji jego ukształtowania na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (Wykonawcy nie mają pewności, że nawet w zagwarantowanym zakresie świadczenia usługi, usługa zostanie im zlecona na skutek regulacji zawartej w § 13 ust. 1 pkt 5, 6, ust. 3 projektu umowy);

c) opisanie wielkości i zakresu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który

utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp zmianą postanowień zawartej umowy), bez wskazania wynagrodzenia za tzw. „gotowość do świadczenia usług”, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353(1) kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka ograniczenia wielkości zamówienia, która powinna być dokonywana w oparciu o racjonalne i jednoznaczne kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez Wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy pzp istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

3. art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c., w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane koniecznością „kredytowania” Zamawiającego w ten sposób, że Zamawiający w § 9 ust. 18 projektu umowy w taki sposób skonstruował postanowienia umowne, że ewentualna zapłata za zagwarantowany minimalny zakres umowy nastąpi po zakończeniu umowy, w nieokreślonym terminie wg wyliczeń obejmujących cały czas trwania umowy, podczas gdy wykonawca w przypadku braku zlecenia mu nawet minimalnego gwarantowanego zakresu usług ponosić musi koszty związane z realizacją usługi. Powyższe powoduje, że Zamawiający niejako oczekuje aby w ramach realizacji usługi Wykonawca realizował usługę bez pokrycia nawet kosztów jej minimalnego zakresu, co więcej aby termin płatności był dłuższy niż 30 dni, co jest sprzeczne z regulacją o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych;

4. art. 99 ust. 1 ust. 4 ustawy pzp, w zw. z art. 16 ustawy pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w

zakresie dotyczącym wymogu posiadania pomieszczenia garażowo-magazynowego, bez wskazania dokładnego opisu jakie kryteria to pomieszczenie ma spełniać (np. wielkość) oraz jego przeznaczenia użytkowego;

5. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 8 ustawy pzp w zw. z załącznikiem nr 1 i nr 2 do Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. 2005.230.1960) poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku określenia kto dostarcza materiały do likwidacji śliskości, a jeśli jest to wykonawca, to jaką ich ilość przed rozpoczęciem sezonu jest zobowiązany posiadać. Jednocześnie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z wskazanym powyżej rozporządzeniem, co czyni opis przedmiotu wadliwym, nieprecyzyjnym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia;

6. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym niewskazania w § 2 pkt 5 załącznika nr 1 do umowy dokładnego opisu warunków które muszą wystąpić aby podjąć bezzwłocznie akcje posypywania, odpłuzania lub posypywania z odpłuzaniem;

7. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym nieokreślenia w dokumentacji postępowania terminów, od których Wykonawca ma dysponować bazą i sprzętem opisanym w dokumentacji postępowania;

8. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia

postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku bezpośredniego wskazania w dokumentacji postępowania, że wykonawca ma dowolność w doborze technologii opisanej w § 2 ust. 21 i ust. 23 załącznika nr 1 do w trakcie realizacji przedmiotu umowy;

9. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym uregulowania w treści dokumentacji postępowania, że wykonawca musi podjąć świadczenie usługi dopiero po wystąpieniu niekorzystnych zjawisk (lub na dyspozycję Zamawiającego), a w innych miejscach Zamawiający wskazuje, że wykonawca ma rozpocząć świadczenie usługi w czasie, który pozwoli na zapobieganiu tych zjawisk. W obliczu tak skonstruowanych postanowień, konieczne jest ich doprecyzowanie i ustalenie, że Wykonawca może podjąć działania przy wilgotności powyżej 80% i temperaturach poniżej 2 stopni, gdy występuje wysokie ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk pogodowych (gołoledź, lodowica), tak, aby uczynić opis przedmiotu zamówienia jednoznacznym i proporcjonalnym do celu jaki ma zabezpieczać przedmiot umowy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany postanowień § 2 ust. 5-7 załącznika nr 1 do projektu umowy „Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I”, w taki sposób, aby postanowienia te wskazywały obowiązek realizacji usługi niezależnie od dyspozycji Zamawiającego w sytuacji gdy wystąpią opady śniegu lub inne zjawiska atmosferyczne przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 80% i temperatury poniżej +2° C,

2) żądanie co do zarzutu 2 nakazania Zamawiającemu:

a) wprowadzenia postanowień, które w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia będą określały wielkość zamówienia podstawowego określoną w ilości kilometrów dla zamówienia podstawowego na poziomie co najmniej 1500 km miesięcznie czyli 4500 km dla realizacji całej umowy zamiast obecnie wskazanych 2700;

b) wprowadzenia postanowień, które w sposób jednoznaczny wskażą minimalną liczbę kilometrów dróg wchodzących w gwarantowany zakres przedmiotu zamówienia na poziomie nie mniejszym niż 80% w stosunku do zakresu zamówienia określonego w SWZ po dokonaniu zmiany polegającej na zwiększeniu wielkości zamówienia podstawowego na 4500 km ;

c) zmiany postanowień rozdziału III SWZ oraz postanowień §13 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy w taki sposób, aby Zamawiający określił maksymalną możliwą zmianę w wyniku zaistnienia okoliczności wskazanych w §13 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy na poziomie 2% w stosunku do wynagrodzenia maksymalnego wskazanego w § 9 projektu umowy;

d) wprowadzenie dodatkowej pozycji w formularzu ofertowym i w § 9 projektu umowy „miesięczne wynagrodzenie za gotowość”;

3) zmiany postanowień § 9 ust. 18 wzoru umowy w taki sposób, aby zobowiązany był do miesięcznego rozliczania wykonanych usług w oparciu o założenie, że jeśli Wykonawca wykona mniej niż 1/3 km z zakresu podstawowego w danym miesiącu (podstawowa wielkość zamówienia podzielona na 3 miesiące) to Zamawiający zobowiązany jest do dopłaty kwoty odpowiadającej różnicy pomiędzy wynagrodzeniem za rzeczywiście zrealizowaną usługę a zagwarantowane świadczenie minimalne.

4) doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację w zakresie jaką funkcję ma spełniać pomieszczenie garażowo magazynowe, np. że jego funkcją ma być magazynowanie soli w ilości min. 1500 Mg oraz magazynowanie wytwornicy solanki.

5) doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację w zakresie czy po stronie wykonawcy czy po stronie Zamawiającego leży zapewnienie i zakup odpowiednich środków chemicznych do usunięcia śliskości na jezdni np. sól. wskazanie minimalnej ilości, jaką Wykonawca musi dysponować przed rozpoczęciem sezonu , np. 1.500 Mg soli drogowej.

6) doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że minimalna ilość soli wskazana w SWZ nie przekracza ilości wynikających z Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach.

7) doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby Wykonawcy wiedzieli czy warunki wymagane w § 2 pkt 5 załącznika nr 1 do umowy a) i b) muszą zostać spełnione łącznie czy spełnienie jednego z tych warunków powoduje uruchomienie akcji.

8) doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację, z której wynikać będzie że wykonawca ma dysponować sprzętem wskazanym w dokumentacji postępowania na dzień składania ofert oraz, że Zamawiający skontroluje zgodność oświadczenia o dysponowaniu bazą oraz sprzętem poprzez wizję lokalną przeprowadzoną nie później niż 7 dni przed rozpoczęciem realizacji umowy.

9) doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z treści dokumentacji postępowania informację, że wykonawca ma dowolność w doborze technologii opisanej w § 2 ust. 21 i ust. 22 załącznika nr 1 do w trakcie realizacji przedmiotu umowy

ewentualnie

doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z treści dokumentacji postępowania informację, w jakich okolicznościach Zamawiający wyrazi zgodę na stosowanie mieszanki soli z kruszywem i jakiej proporcji soli i kruszywa (technologii opisana w § 2 ust. 23 załącznika nr 1) do w trakcie realizacji przedmiotu umowy.

10) doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację, z której wynikać będzie że wykonawca rozpocząć ma świadczenie usługi przy wilgotności powyżej 80% i temperaturach poniżej 2 stopni tj. gdy występuje wysokie ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk pogodowych (gołoledź, lodowica).

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający przygotował dokumentację postępowania w sposób sprzeczny z przepisami ustawy pzp, co doprowadziło do uniemożliwienia Odwołującemu złożenia oferty, która możliwa będzie do porównania z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu – postanowienia dokumentacji postępowania jako nieprawidłowe, nieprecyzyjne - uniemożliwiają prawidłowe skalkulowanie i sporządzenie oferty przez wykonawców.

I. AD. ZARZUT 1

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w § 2 załącznika nr 1 do projektu Umowy „Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach zadanie I” opisał sposób realizacji przedmiotu zamówienia wyraźnie wskazując w jakiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest przystąpić do realizacji usługi w ramach poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia. Zasadniczym celem umowy jest zdefiniowane zapobieganie oraz likwidacja śliskości na terenie miasta

Wałbrzych. Zamawiający przenosi na wykonawcę obowiązek zapewnienia środków technicznych i zasobów by ten cel został zrealizowany. Jednocześnie wprowadza ograniczenia w możliwości realizacji usługi w przypadku realnego zagrożenia wystąpienia śliskości i to sobie pozostawia decyzje o uruchomieniu lub kontynuacji akcji. Jednocześnie pełną odpowiedzialność pozostawia Wykonawcy. Najwyższym celem umowy jest zapewnienie bezpieczeństwa na drogach miasta. Jednak zamawiający wprowadzając podwójne standardy decyzyjności porzuca realizację tego celu na rzecz kontroli kosztów i ograniczeń w zakresie kiedy i jak prowadzić działania. Zamawiający całkowicie pomija aspekt profilaktycznych działań na drogach zapobiegające powstawaniu zdarzeń niebezpiecznych i zagrażających życiu i zdrowiu mieszkańców. Skupiając się na szczegółowym określeniu zasad uzyskiwania jego zgody na realizację zadań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa na drogach.

Wskazał dalej, że jednocześnie Zamawiający nie chce przejąć pełnej odpowiedzialności za podejmowane decyzje stawiając się w roli kontrolującego wykonanie przy jednoczesnym decydowaniu o zakresie i częstotliwości realizowanych zadań. Zamawiający w taki sposób opisał przedział temperatur i wilgotności powietrza, że nie jest możliwe zrealizowanie nadrzędnego obowiązku zawarcia umowy w ramach przedmiotowego postępowania jakim jest ochrona życia i zdrowia mieszkańców. Wykonawca, który na skutek tak skonstruowanych postanowień w zakresie temperatur nie może przystąpić do realizacji usługi, w żaden sposób nie ma ograniczonej odpowiedzialności za następstwa braku usunięcia śliskości, która realnie wystąpi przy wyższych temperaturach. W chwili obecnej, gdy temperatury mocno spadły, na chodnikach i drogach jest ślisko, uczestnicy ruchu drogowego masowo ulegają szkodom polegającym na narażeniu życia i zdrowia. Konsekwencją takich regulacji umownych jak w omawianym przypadku są zdarzenia opisywane m.in. w gazetach jak np „Śmierć 38 latka na oblodzonym chodniku”:

<https://wiadomosci.onet.pl/warszawa/smierc-38-latka-na-oblodzonym-chodniku-nowe-ustaleni-onetu/kq0z6nt>

Zamawiający ukształtował warunki zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z niezapewnieniem zapobieżenia oraz likwidacji śliskości na jezdni. Zamawiający niejako oczekuje, aby w ramach realizacji usługi Wykonawca realizował usługę wg decyzji Zamawiającego, jednak „przerzucając” pełną odpowiedzialność za konsekwencje tej decyzji (opóźnienia w podjęciu decyzji lub błędnej decyzji) na Wykonawcę. Dodatkowo wskazany zakres temperatur, od których wystąpienia aktualizuje się obowiązek

przystąpienia do realizacji usługi usunięcia śliskości jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bowiem jest tak ustalony, że nie zapewnia realnej możliwości zapobieżenia powstania śliskości, która może, co oczywiste wystąpić, także przy wyższych temperaturach. Określone przez Zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia czy też parametry muszą być proporcjonalne do wartości i celów danego zamówienia. Celem jest zapobieżenie śliskości jako zabezpieczenie życia i zdrowia mieszkańców, a tak ustalone jak w załączniku nr 1 do projektu umowy temperatury nie pozwalają na zrealizowanie tego celu. Realnie dopuszczają możliwość wystąpienia śliskości. Powyższe wskazuje na brak proporcjonalności opisu przedmiotu zamówienia do przedmiotu umowy. Wykonawca jako profesjonalny poziom działa na zasadzie ryzyka w ramach prowadzonej działalności. Jednak postanowienia umowne nakładają na Wykonawcę obowiązek ubezpieczenia decyzji zamawiającego, a to nie może być przedmiotem umowy w przedmiotowym postępowaniu. W sytuacjach, gdy na szali stawiane jest życie i zdrowie ludzkie nie może być przestrzeni na kreowanie takich warunków umowy, które sprzeciwiają się istocie stosunku prawnego jaki ma wynikać z realizacji umowy zimowego utrzymania dróg. Oczywistym jest, że tak ustalone postanowienia mają stać na straży obniżenia kosztów wykonania usługi.

Odwołujący wskazał dalej, że klauzule ustalone przez Zamawiającego, pozwalające mu na przystąpienie do realizacji usługi zgodnie z postanowieniami § 2 załącznika nr 1 do postanowień umowy, stanowią wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienia są niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy a nadto muszą być interpretowane jako bezzasadne przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyk, które mogą wystąpić w związku okolicznościami na jakie on nie ma najmniejszego wpływu. Postanowienia umowne uwalniają Zamawiającego od wszelkich ciężarów związanych z powstaniem szkody na skutek niezapobieżeniu śliskości, przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji podjęcia pełnej realizacji usługi przez wykonawcę na wezwanie tj. w dowolnym momencie i na dowolny czas, pod rygorem kar wskazanych w § 8 projektu umowy. Postanowienia te nie mają więc na celu dostosowania umowy (stosunku prawnego) do sytuacji zmienionej niemożliwą do przewidzenia sytuacją. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami jego nieprawidłowych decyzji lub nieproporcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia, co zapewni mu sytuację, w której być może wykonawca wykona usługę za mniejsze wynagrodzenie przy poniesieniu kosztów odpowiedzialności cywilnej a Zamawiający zaoszczędzi pieniądze kosztem cierpienia i krzywdy mieszkańców. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 ustawy pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1)

k.c. Ze względu na cel ww. regulacji uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c.

II. AD. ZARZUT 2

Odwolujący wskazał, że w rozdziale III SWZ Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób następujący: „III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA 1 Przedmiotem zamówienia jest odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I. W skład zadania realizowanego przez Wykonawcę wchodzi następujące czynności: 1) odśnieżanie jezdni przy użyciu pługosolarek, w tym ciągnika przystosowanego do pracy na wąskich jezdniach o dużych spadkach, 2) likwidacja śliskości przy użyciu pługosolarek, w tym ciągnika przystosowanego do pracy na wąskich jezdniach o dużych spadkach, 3) likwidacja naboii lodowych. Wielkość zadania w zakresie utrzymania przejezdności dróg (jezdni) w okresie zimowym: - 84 jezdnie dróg I kolejności utrzymania zimowego, - 86 jezdni dróg II kolejności utrzymania zimowego, - 150 jezdni dróg III kolejności utrzymania zimowego, - 117 jezdni dróg IV kolejności utrzymania zimowego. Minimalny zakres zamówienia Minimalny zakres obejmuje utrzymanie dróg wykazanych w I i w II kolejności utrzymania zimowego, w tym Obwodnica Europejka w ciągu drogi krajowej nr 35, w przypadku wystąpienia warunków i przesłanek określonych w załączniku nr 1 do umowy. Minimalny zakres umowy w ramach zakresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym (dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania) wynosi 2700 km za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem). Zamówienie będzie realizowane z prawem opcji. Ilość usług w ramach prawa opcji została określona w tabeli nr 2 „Zakres objęty prawem opcji” formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i zakresu obowiązków Wykonawcy oraz zasady współpracy i wzajemnych rozliczeń Wykonawcy z Zamawiającym zawarte są w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SWZ i w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SWZ. Uwaga W przypadku zamknięcia dróg lub ich części w związku z prowadzonymi remontami i/lub inwestycjami, zakresy tych dróg lub ich części zostaną wyłączone na okres remontów /inwestycji, w całości lub w części, z zakresu świadczonych usług. Za okres wyłączenia Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie. 2. Prawo opcji Zamawiający przewiduje możliwość zwiększania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prawem opcji jest możliwość zwiększenia zakresu usług objętych zamówieniem podstawowym na warunkach zawartej umowy do wielkości określonej w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ — tabeli „Zakres objęty prawem opcji”. Prawo

opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji umowy. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie. Warunkiem skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji będzie posiadanie w budżecie środków finansowych na realizację usług. Zasady dotyczące realizacji przedmiotu umowy objętego prawem opcji będą takie same jak te, które obowiązują przy realizacji podstawowego przedmiotu umowy. Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz ust. 3 projektu Umowy: § 13 Zamawiający dopuszcza ewentualną zmianę następujących postanowień umownych: 5) zmiana wykazu świadczonych usług w zakresie dróg II, III i IV kolejności utrzymania, tj. zmiana wykazu jezdni dróg zaliczonych do danej kolejności utrzymania (zmiany nie dotyczą I kolejności utrzymania). Zmiana wprowadzona zostanie, gdy wynikać to będzie ze zmiany organizacji ruchu na danych drogach lub z potrzeb mieszkańców; 6) w zakresie podanym w opisie przedmiotu zamówienia zmiana zakresu rzeczowego w przypadku zamknięcia dróg lub ich części w związku z prowadzonymi remontami i i/lub inwestycjami i zakresu wykonanych kilometrów, 3. W przypadku zmiany umowy w okolicznościach określonych w ust. 1 pkt 5) i pkt 6) zmiana zostanie wprowadzona na podstawie pisemnego zawiadomienia dokonanego przez Zamawiającego. Zamawiający prześle zawiadomienie Wykonawcy co najmniej na 2 dni przed dniem wprowadzenia zmiany. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ „formularz cenowy” Zamawiający ustalił wielkość zamówienia podstawowego na poziomie 2700 km natomiast w prawie opcji zastrzegł jego wielkość na poziomie 7200 km. Klauzule, o których mowa powyżej pozwalają na dokonanie jednostronnej redukcji zamówienia przez Zamawiającego w sposób dowolny w przypadkach: a) zmiany harmonogramu b) zamknięcia dróg lub ich części w związku z prowadzonymi remontami i/lub inwestycjami. Jednocześnie klauzule te nie określają rodzaju zmian, które mogą być prowadzone oraz warunków wprowadzenia tychże zmian – poza wskazaniem, że zmiana ta jest wprowadzana automatycznie - na jednostronne oświadczenie Zamawiającego złożone z 2 dniowym wyprzedzeniem. Odwołujący wskazał, że ewidentnie wskazuje to na przeniesienie przez Zamawiającego całkowitego ryzyka wynikającego z ww. ograniczeń zakresu przedmiotu zamówienia wyłącznie i samodzielnie na wykonawcę. Skoro „Minimalny zakres obejmuje utrzymanie dróg wykazanych w I i w II kolejności utrzymania zimowego, w tym Obwodnica Europejka w ciągu drogi krajowej nr 35, w przypadku wystąpienia warunków i przesłanek określonych w załączniku nr 1 do umowy. Minimalny zakres umowy w ramach zakresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym (dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania) wynosi

2700 km za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem), to jak tę regulację rozumieć w kontekście postanowień § 13 ust. 1 pkt 6 projektu umowy? A w konsekwencji jak wykonawca ma rozumieć tak określony minimalny zakres? Na te pytania odpowiedzi nie dostarcza treść dokumentacji postępowania, co stanowi wprost naruszenie przepisów art. 99 ustawy pzp wskazanych w zarzucie tego odwołania czyniąc opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnym i niejednoznacznym. Dodatkowo skoro Zamawiający ustalił wielkość zamówienia podstawowego na poziomie 2700 km natomiast w prawie opcji zastrzegł jego wielkość na poziomie 7200 km, to oczywistym jest, że takie opisanie przedmiotu zamówienia ma na celu tylko przeniesienie do prawa opcji rzeczywistej wielkości przedmiotu zamówienia, tylko po to aby zaniżyć minimalną wielkość gwarantowanej wielkości usługi. Wykonawca zgodnie § 9 projektu umowy otrzyma wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane usługi rozliczone według cen jednostkowych, a szacunkowa wielkość zamówienia określona w opisie przedmiotu zamówienia nie jest ustalona jako wartość pewna i gwarantowana (§ 13 ust. 1 pkt 6 projektu umowy). Wykonawcy trudno ustalić jaki jest w zasadzie minimalny zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że postanowienia projektu umowy de facto przewidują i dopuszczają możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania racjonalnej minimalnej gwarantowanej wielkości zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający rozliczając usługę zgodnie z § 8 Umowy zobowiązany jest zapłacić wyłącznie za zlecone przez siebie zadania. Jednocześnie, zgodnie z dokumentacją postępowania, Zamawiający nie jest zobowiązany zlecić żadnej „rozsądnej” – czyli zapewniającej pokrycie tzw. kosztów stałych realizacji usługi w minimalnej ilości usług. Tym samym Zamawiającemu na mocy projektowanych postanowień umownych przysługuje uprawnienie do dowolnego kreowania wielkości zamówienia dopiero na etapie realizacji umowy.

Odwołujący podniósł, że ze względu na powyższe wykonawca nie może skalkulować ryzyk związanych z realizacją umową i obliczyć ceny ofertowej. Odwołujący wskazał, że ww. § 13 oraz wadliwie dokonany opis przedmiotu zamówienia w rozdziale III SWZ noszą znamiona klauzuli ograniczającej wielkość zamówienia jak i klauzuli dotyczącej istotnej zmiany umowy. Do ww. postanowienia umownego znajdują zastosowanie zarówno regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych jak i ustawy Kodeks cywilny. Klauzula sformułowana w § 13 projektu umowy i w OPZ zawiera ww. elementy zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Na mocy postanowień § 13 Zamawiający jest uprawniony do zredukowania wynagrodzenia wykonawcy o niemalże dowolną wielkość. Zamawiający ograniczając wielkość zamówienia, nie anuluje jednocześnie żadnego z obowiązków wykonawcy.

Wykonawca jest więc zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr niezbędnych do realizacji zamówienia zatrudnionych - zgodnie z dokumentacją postępowania - na umowę o pracę. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości usługi. Pomimo ponoszenia przez wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części, a więc bez kosztów utrzymania gotowości usługi. Mając na uwadze szereg obowiązków wykonawcy wynikających z postanowień z dokumentacji postępowania np. że czas rozpoczęcia akcji to maksimum 50 minut (wynika z kryterium oceny ofert), że dyżur musi być pełniony przez wykonawcę całodobowo, że wykonawca musi zabezpieczyć odpowiedni sprzęt w pełnej gotowości, wykonawca musi ponosić koszty stałe organizacji realizacji usługi, zatrudnienia pracowników, obsługi administracyjnej, ubezpieczeń, zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty zabezpieczenia i utrzymywania sprzętu. Na koszty stałe, zatem składają się m.in.: a) Koszty inwestycji w specjalistyczny sprzęt (minimum 10 pojazdów bez rezerwy), bazę, magazyn soli, zabezpieczenie warsztatu, dyspozytornię; b) Koszty personalne – dyżury pracowników, dyspozytorów, mechaników; c) Koszty zakupu i magazynowania soli drogowej; d) Powyższe wydatki stanowią dla wykonawcy wielomilionowe inwestycje i kilkuset miesięczne koszty stałe miesięczne, które w przypadku braku warunków zimowych nie będą pokryte;

Odwołujący wskazał dalej, że klauzule ustalone przez Zamawiającego, pozwalające mu na dowolnie zmniejszanie zakresu przedmiotu zamówienia, stanowią wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienia § 13 i rozdziału III SWZ są niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy a nadto mogą być interpretowane jako wyzysk. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyk, które mogą wystąpić w związku okolicznościami na jakie on nie ma najmniejszego wpływu. Postanowienia umowne uwalniają Zamawiającego od wszelkich ciężarów związanych z prowadzeniem prac w przypadku łagodnej zimy, przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji podjęcia pełnej realizacji usługi przez wykonawcę na wezwanie tj. w dowolnym momencie i na dowolny czas, pod rygorem kar wskazanych w § 8 projektu umowy. Postanowienia te nie mają więc na celu dostosowania umowy (stosunku prawnego) do sytuacji zmienionej niemożliwą do przewidzenia sytuacją. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami łagodnej zimy, co zapewni mu sytuację, w której być może wykonawca poniesie koszty zorganizowania realizacji umowy (koszty stałe) a Zamawiający nie zleci mu wykonania usług na poziomie choćby pozwalającym na ich pokrycie. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 ustawy pzp

oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353 (1) k.c. Ze względu na cel ww. regulacji uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c.

Odwołujący podniósł również, że ww. postanowienia § 13 ust. 1 pkt 5 i 6 projektu umowy nie spełnia wymogów art. 455 ust. 1 pzp tj. nie zawierają wymaganych ww. przepisem pzp elementów warunkujących zmianę umowy. Zamawiający nie określił, jaka w przypadku ich zaistnienia jest maksymalna wielkość ograniczenia w kontekście całkowitej wartości brutto umowy. Wobec powyższego wykonawca został całkowicie pozbawiony możliwości przygotowania się do tak dużej zmiany, która ze względu na literalną treść ww. postanowienia umownego może być nagła - § 13 ust. 3 projektu umowy i trwać przez cały okres realizacji umowy. Tym samym realizacja postanowienia § 13 ust. 1 pkt 5, 6 nie wymaga spełnienia przez Zamawiającego żadnych warunków i dokonuje się na skutek złożonego przez niego oświadczenia. Postanowienie to nie spełnia więc wymogów, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp ani podstawowych zasad ustawy Kodeks cywilny.

Odwołujący podkreślił, że zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany umowy, wymaga jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Przywołane postanowienie umowne nie spełnia ww. wymogów. Dopuszczalna przez Zamawiającego wielkość, zakres i okoliczności zmiany jest właściwie nieograniczona a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących Zamawiającemu. Przedstawione stanowisko jest zgodne z opinią UZP, wydanej na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującej aktualność, w myśl której zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu wskazał, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez

dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, 8 tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności) (vide: opinia UZP: Jak Należy formułować klauzule umowne w oparciu o art 144 ust. 1 ustawy pzp).

Odwołujący podniósł, że ww. postanowienia umowne są sprzeczne z ustawą pzp. Sprzeczność z ustawą ww. postanowienia polega na tym, że postanowienia te nie zawierają żadnego z obligatoryjnych elementów opisu zmiany umowy wymaganego - art. 455 ust.1 pkt 1 mimo, że może być stosowane również w przypadku istotnej zmiany treści umowy. Postanowienie to legalizuje więc nieokreśloną, dowolną zmianę kontraktu uzależnioną wyłącznie od woli Zamawiającego lub warunków atmosferycznych, co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości. Odwołujący zaznacza także, że przesłanki przewidziane w ustawie pzp wynikają z treści art. 72 Dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. W punkcie 109 preambuły Dyrektywy wskazano ponadto, że zmiana umowy nie może nastąpić w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, rozumianą na przykład jako zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia, lub jako całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takim przypadku można każdorazowo zakładać potencjalny wpływ na wynik postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) po raz pierwszy wypowiedział się na temat możliwości wprowadzania zmian w zawartych umowach w sprawie Komisja przeciwko Francji (C-337/98), stwierdzając, iż w świetle prawa wspólnotowego, ze względu na cel zapewnienia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, zmiany w postanowieniach umowy w czasie jej trwania są równoznaczne z udzieleniem nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Doprecyzowanie tego stanowiska TSUE nastąpiło orzeczeniem z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 (presstext Nachrichtenagentur BmbH przeciwko Republice Austrii), w którym Trybunał podniósł, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną w sytuacji, kiedy wprowadza warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona, a także modyfikuje równowagę

ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Odwołujący zaznaczył ponadto, że ww. postanowienia projektu umowy oraz SWZ nie zawierają ani racjonalnie określonej minimalnej wartości przedmiotu zamówienia ani wielkości świadczenia stron w myśl art. 433 pkt 4 ustawy. Postanowienia te noszą tym samym znamiona klauzul abuzywnych, o której mowa w art. 433 pkt 4 ustawy pzp.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podniósł również, że wyłączając przywołane we wstępie postanowienia SWZ dokumentacja postępowania nie zawiera innych regulacji określających minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Przywołane we wstępie postanowienia umożliwiają Zamawiającemu ograniczenie wielkości zamówienia w zasadzie dowolnie. Postanowienia te, jak wynika z treści projektu umowy, należy odczytywać jako istotne zmiany umowy. Ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego mogą więc przekraczać rozsądną wielkość, która zwykle określa się na poziomie 20% wartości pierwotnej umowy. Z uwagi na powyższe, ww. postanowienia noszą znamiona klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt 4 pzp, gdyż de facto nie zawierają prawdziwej informacji o maksymalnej wielkości ograniczenia a wielkość podana w SWZ jej wielkością pozorną, której celem nie jest umożliwienie rzetelnej wyceny ofert, ale wyłącznie ochrona Zamawiającego przed negatywnymi skutkami finansowymi „łagodnej zimy” lub innych zupełnie dowolnych decyzji Zamawiającego mieszczących się w granicach przewidzianego ograniczenia w § 13 projektu umowy. Możliwość ograniczenia zamówienia do takiej wielkością jaka wynikanie z sytuacji pogodowej w trakcie realizacji umowy wartości, oznacza, że minimalna wielkość zamówienia została określona w sposób pozorny. Zamawiającemu przysługuje bowiem prawo do dowolnej zmiany wielkości umowy. Odwołujący podniósł, że żadne postanowienia projektu umowy lub SWZ nie stanowią jednoznacznej deklaracji Zamawiającego co do wielkości zamówienia lub gwarancji do tejże wielkości. Przywołane postanowienie dowodzą, że wielkość kontraktu i tym samym rzeczywiste potrzeby Zamawiającego są zdecydowanie poniżej założeń i wartości określonych w SWZ, oraz, że mogą wynieść zero z przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym w ocenie Odwołującego wątpliwym jest, aby podany w SWZ zakres zamówienia był wartością i wielkością jaką można określić mianem rzeczywistej, która powinna stanowić podstawę wyceny oferty. Z uwagi na powyższe brak wskazania w SWZ gwarantowanej wielkości zamówienia stanowi rażące naruszenie ustawy pzp, w tym w szczególności naruszenie art. 433, art. 455 oraz art. 99 ustawy pzp a nadto jest sprzeczne z prawem z uwagi na zasady prawa cywilnego.

Odwołujący uzasadnił dodatkowo, że ww. postanowienia umowne są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszczają dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją ogólnego umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienia umowne nie zawierają żadnego z przywołanych elementów wymaganych ustawą pzp to jest ono sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniach umownych § 13 ust. 1 pkt 5,6 są zależne wyłącznie od woli Zamawiającego (Zamawiający zna lub przy dołożeniu należytej staranności powinien znać bowiem harmonogram inwestycji prac drogowych z odpowiednim wyprzedzeniem).

Na skutek przywołanych powyżej postanowień umownych wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż czasowe wyłączenia części dróg z realizacji zamówienia nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe-takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez

fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mogłyby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości.

Odwołujący podkreślił również, że postanowienia § 13 ust. 1 pkt 5, 6 i ust. 3 projektu umowy są niezgodne z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa, mówiącym że: Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwójaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji, gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy pzp przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych usług (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. Z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub

wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

Odwołujący zaznaczył również, że postanowienia § 13 ust. 1 pkt 5, 6, ust. 3 projektu umowy i postanowienia rozdziału III SWZ stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 ustawy pzp było m.in., że „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna 11 dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Prawem zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia, bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazał, że przepisy ustawy pzp nie dają podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie, z którym „przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości

zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji”. Stosownie do postanowienia art. 99 ust. 1 ustawy pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 in principio ustawy pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest, zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy pzp, a w szczególności z art. 29 (aktualnie art. 99 ustawy pzp) tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), „niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę

zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy” – a w omawianym przypadku mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Odwołujący podkreślił, że również zgodnie z dominującym poglądem doktryny Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne 2007 r., nr 4, s. 40).

Odwołujący podkreślił ponadto, że kwestionowane postanowienia dokumentacji postępowania nie pozwalają Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest, bowiem od faktycznej, a nieszacowanej ilości, które zakupi Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszonych w stosunku do niej. Przyjęcie możliwości zmniejszenia wielkości zamówienia na poziomie w zasadzie nieokreślonym w SWZ dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego, winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

Odwołujący dodatkowo podkreślił, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości dróg na jakich mają być realizowane usługi odśnieżania i likwidowanie śliskości jezdni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa. W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach: KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07: „Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”. KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. sygn. akt 2346/16 „Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza, bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny, co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym”.

Odwołujący wskazał, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim, co do wolumenem - zamówieniem jest inny niż dużym.

III. AD ZARZUT 3

Zamawiający w § 9 ust. 18 SWZ podał: „Po zakończeniu realizacji umowy Strony sporządzą zestawienie wykonanych kilometrów w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych

i uszorstniających z odpluzaniem) - dot. jezdni dróg I kolejności utrzymania. W przypadku, gdy liczba wykonanych kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie równa lub wyższa od kilometrów podanych w § 3 ust. 4 umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie zagwarantowany minimalny zakres umowy. W przypadku, gdy liczba wykonanych kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie mniejsza od kilometrów podanych w § 3 ust. 4 umowy, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za minimalny zakres umowy stanowiący różnicę pomiędzy kwotą wynagrodzenia zapłaconą na podstawie wystawionych faktur za wykonane kilometry w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odpluzaniem) - dot. jezdni dróg I kolejności utrzymania a kwotą wynikającą z przemnożenia minimalnego zakresu umowy przez cenę za kilometr za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odpluzaniem) - dot. jezdni dróg I kolejności utrzymania. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w § 12 ust. 3 umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za zakres minimalny określony w § 3 ust. 4 umowy”.

Odwołujący podniósł, że powyższe powoduje, że Wykonawca otrzyma wynagrodzenie w przypadku nie zlecenia mu podczas trwania umowy zlecenia na poziomie co najmniej odpowiadającemu minimalnie określonej wielkości zamówienia, to otrzyma on wynagrodzenie w ramach rozliczenia dokonywanego po zakończeniu realizacji usługi. Od dnia 1 stycznia 2020 r. obowiązują zmienione przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, które skróciły termin płatności w zamówieniach publicznych do 30 dni, bez możliwości jego wydłużenia. Przepisy te wprowadziły także mechanizmy zniechęcające zamawiających do zawierania umów z terminami zapłaty naruszającymi wymóg maksymalnie 30 dni płatności, m.in. zmiany w zakresie odsetek czy rekompensaty za koszty odzyskiwania należności. Powyższe oznacza, że ustawa zabrania Zamawiającemu przyjmowania w postanowieniach umownych terminów dłuższych niż 30 dni, tak jak ma to miejsce w § 9 ust. 18 projektu umowy. Art. 8. Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych wyraźnie wskazuje, że: „termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym, termin ten nie może przekraczać 60 dni. W przypadku gdy strony ustalą harmonogram spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach, termin ten stosuje się do zapłaty każdej części świadczenia pieniężnego.

Odwołujący zaznaczył, że mając na uwadze szereg obowiązków wykonawcy wynikających postanowień z dokumentacji postępowania np. że czas rozpoczęcia akcji to maksimum 50 minut (wynika z kryterium oceny ofert), że dyżur musi być pełniony przez wykonawcę całodobowo, że wykonawca musi zabezpieczyć odpowiedni sprzęt w pełnej gotowości, wykonawca musi ponosić koszty stałe organizacji realizacji usługi, zatrudnienia pracowników, obsługi administracyjnej, ubezpieczeń, zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty zabezpieczenia i utrzymywania sprzętu. Na koszty stałe, zatem składają się m.in.: 1. Koszty inwestycji w specjalistyczny sprzęt (minimum 10 pojazdów bez rezerwy), bazę, magazyn soli, zabezpieczenie warsztatu, dyspozytornię; 2. Koszty personalne – dyżury pracowników, dyspozytorów, mechaników; 3. Koszty zakupu i magazynowania soli drogowej; 4. Powyższe wydatki stanowią dla wykonawcy wielomilionowe inwestycje i kilkuset tysięczne koszty stałe miesięczne, które w przypadku braku warunków zimowych nie będą pokryte; 5. Klauzule ustalone przez Zamawiającego, pozwalające mu na uregulowaniu wynagrodzenia w dowolnie określonym czasie już po zakończeniu umowy, stanowią wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienia § 9 ust. 18 i są niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy a nadto mogą być interpretowane jako wyzysk. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyk, które mogą wystąpić w związku okolicznościami na jakie on nie ma najmniejszego wpływu. Postanowienia umowne uwalniają Zamawiającego od wszelkich ciężarów związanych z prowadzeniem prac w przypadku braku zlecenia nawet minimalnego poziomu realizacji usług, przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji podjęcia pełnej realizacji usługi przez wykonawcę na wezwanie tj. w dowolnym momencie i na dowolny czas, pod rygorem kar wskazanych w § 8 projektu umowy. Postanowienia te nie mają więc na celu dostosowania umowy (stosunku prawnego) do sytuacji zmienionej niemożliwą do przewidzenia sytuacją. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami łagodnej zimy, co zapewni mu sytuację, w której być może wykonawca poniesie koszty zorganizowania realizacji umowy (koszty stałe) a Zamawiający nie zleci mu wykonania usług na poziomie choćby pozwalającym na ich pokrycie. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) k.c. Ze względu na cel ww. regulacji uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c.

IV. AD ZARZUT 4 i 5

Odnosnie podniesionego zarzutu Odwołujący wskazał, że Zamawiający na str. 20 SWZ „5. Wykonawca, do 7 dni przed podpisaniem umowy zobowiązany będzie: 1)

przedstawić opłacone dokumenty ubezpieczeniowe (aktualne polisy), potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia na kwotę określoną w projekcie umowy, 2) przedstawić oryginał dokumentu potwierdzającego prawo dysponowania, w okresie realizacji umowy, terenem - bazą na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha lub oryginał umowy z właścicielem terenu na dzierżawę /użyczenie/najem terenu pod bazę na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha. Umowa musi być zawarta na okres realizacji zamówienia. W przypadku, gdy strony przewidują możliwość jej wypowiedzenia, okres wypowiedzenia musi być co najmniej 3 – miesięczny. Na terenie bazy musi znajdować się pomieszczenie garażowo – magazynowe. 3) Wykonawca zobowiązany będzie okazać Zamawiającemu bazę spełniającą wymogi określone w ppkt. 2 i wyposażoną w narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne wymienione w ofercie (zgodne z rozdziałem VI. SIWZ). W przypadku sprzętu, którego Wykonawca nie jest właścicielem należy na piśmie wskazać miejsce jego lokalizacji. 6. Brak bazy na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha Zamawiający uzna za niespełnienie przez Wykonawcę warunku zawarcia umowy. Baza wyposażona niezgodnie z ofertą i postanowieniami SWZ będzie uznana przez Zamawiającego za niespełnienie przez Wykonawcę warunku zawarcia umowy. Baza na terenie której nie będzie znajdować się pomieszczenie.

Odwołujący podniósł, że z powyższego opisu poza tym, że Zamawiający wymaga, aby na terenie bazy znajdowało się pomieszczenie garażowo magazynowe, wykonawca nie jest w stanie uzyskać informacji na temat tego jakie funkcjonalności spełniać ma pomieszczenie garażowo magazynowe. Brak dokładnego opisu wymiarów/funkcji tych pomieszczeń uniemożliwia Wykonawcy poprawną kalkulację oferty. Wykonawca zakłada, że celem Zamawiającego jest, aby Wykonawca posiadał magazyn soli. Biorąc pod uwagę zakres zamówienia, Wykonawca zakłada, że celem posiadania stosownego pomieszczenia jest magazyn soli na min. 1500 Mg oraz lokalizacja w nim wytwornicy solanki i zbiornika solanki. Jednak powyższe jest jedynie przypuszczeniem Wykonawcy. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny, precyzyjny i wyczerpujący w stopniu, który pozwoli na prawidłową kalkulację ceny oferty. Zamawiający również wymaga, aby podczas realizacji usługi stosować środki chemiczne i oraz aby reakcja wykonawcy wyjazd był realizowany w czasie max. 50 minut (lub krótszym, w zależności od czasu zadeklarowanego w kryterium oceny oferty . Zamawiający nie wskazuje jednoznacznie, że koszty zakupu soli drogowej i innych niezbędnych środków chemicznych leżą po stronie Wykonawcy. Tymczasem na rynku znane są rozwiązania, gdzie to Zamawiający udostępnia

materiały do likwidacji śliskości (GDDKiA). W konsekwencji powyższego i w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, niejednoznaczny i wymaga uzupełnienia.

Odwołujący wskazał dalej, że w załączniku nr 1 i nr 2 do Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. 2005.230.1960 zawarte są normy dot. szczegółowych warunków stosowania środków niechemicznych oraz chemicznych w postaci stałej i zwilżonej. Zawarte tam regulacje powodują, że postanowienia zawarte przez Zamawiającego w § 2 ust. 21 i 22 załącznika nr 1 do projektu umowy są niezgodne z tymi przepisami prawa i jako takie muszą zostać zmienione. Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. „Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie.” Zgodnie z powyższym aby zapewnić Wykonawcom możliwość prawidłowej skalkulowania oferty oraz prawidłowego Wykonywania usługi Zamawiający winien doprecyzować opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie ze wskazaniem w żądaniu w niniejszym odwołaniu. Dopiero tak przygotowane zamówienie umożliwi Wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ofert. W pozostałym zakresie Odwołujący przywołał uzasadnienie dot. naruszenia art. 99 ustawy pzp zawarte w uzasadnieniu do zarzutu nr 1, 2 i 3 z odwołania aby nie powtarzać argumentacji dotyczącej obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tak aby wykonawca był w stanie prawidłowo wycenić cenę oferty.

V. AD ZARZUT 6

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 2 pkt 5 załącznika nr 1 do umowy Zamawiający wskazuje zasady wykonywania prac: „Prace w zakresie oczyszczania - posypywanie, odplużanie i odplużanie z posypywaniem jezdni

dróg wg wyznaczonych tras w I kolejności utrzymania, prowadzone przy użyciu minimum 8 pługosolarek i 1 ciągnika z pługiem polegają na bezzwłocznym podjęciu akcji posypywania, odpłuzania lub posypywania z odpłuzaniem rozpoczętej nie później niż w ciągu minut od wystąpienia poniższych warunków: a) wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniekowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1^o C i temperatury przy gruncie poniżej 0^o C, b) wystąpienia opadów śniegu.”

Tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia nie pozwala jednoznacznie wskazać jakie przesłanki muszą zostać spełnione aby rozpocząć pracę. Wykonawca nie może się domyślać czy chodzi o spełnienie tylko jednej z wymienionych przesłanek czy też muszą one wystąpić wspólnie. Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. „Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zniżenie.” Tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia może narażać Wykonawcę na nałożenie na niego kar umownych lub brak zapłaty za wykonaną usługę. Zgodnie z powyższym aby zapewnić Wykonawcom możliwość prawidłowej skalkulowania oferty oraz prawidłowego Wykonywania usługi Zamawiający winien doprecyzować opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie ze wskazaniem w żądaniu w niniejszym odwołaniu. Dopiero tak przygotowane zamówienie pozwoli Zamawiającemu na dokonanie prawidłowej weryfikacji postawionych przez niego wymagań a Wykonawcom na prawidłowe i możliwych do porównania ofert oraz prawidłową realizację usługi.

IX. AD ZARZUT 9

Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 2 ust. 9 Załącznika 1 wykonawca ma rozpocząć działanie w gdy: Opis warunków niezbędnych do rozpoczęcia akcji: Zgodnie z § 2 ust. 9

załącznika nr 1 do umowy: „W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. b) (wystąpienia opadów śniegu) Wykonawca ma rozpocząć akcję w czasie określonym w zdaniu pierwszym ust. 5, a) (wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1 C i temperatury przy gruncie poniżej 0 stopni C) zakończenie prac ma nastąpić w ciągu 2 godzin od zaprzestania opadów, przy czym usuwanie błota pośniegowego oraz odpłużanie „martwych pól” powinno być zakończone w ciągu 4 godzin po zaprzestaniu opadów. Przy warunkach określonych w SWZ Wykonawca nie jest w stanie zapobiegać śliskości, a tylko ją likwidować, natomiast w § 8 umowy Zamawiający przewiduje naliczenie kar m.in. za nie zabezpieczone przed śliskością drogi w wysokości 1000 zł za jezdnię, zgodnie z załącznikiem par. 2 ust. 21 ma również zabezpieczać – nie jest jasne co jest celem umowy: likwidowanie śliskości czy także zabezpieczanie przed śliskością. Decyzje podejmowane w dzień (6:00-22:00) przez Zamawiającego stanowią kolejny czynnik uniemożliwiający zapobieganiu śliskości – Zamawiający może opóźniać decyzje lub nie podjąć jej wcale. Tylko 1 przejazd w nocy (22:00-6:00) również skutkuje uniemożliwieniem skutecznego zapobiegania i likwidacji śliskości na drogach. Co nie pozostaje bez wpływu na jakość wykonywanych usług oraz bezpieczeństwo mieszkańców. Temperatura jest poniżej 2 stopni oraz występują opady śniegu, gołoledź i lodowica lub na wskazanie Zamawiającego. Zgodnie z § 2 ust. 5 Załącznika 1 Wykonawca ma rozpocząć działanie, gdy temperatura jest poniżej 2, wilgotność powyżej 80% oraz występują opady śniegu lub inne zjawiska atmosferyczne. Równocześnie w § 2 ust. 9 i ust. 14 Zamawiający wskazuje, że zadaniem Wykonawcy jest zabezpieczenie przed śliskością. Powyższe zapisy są zdaniem Wykonawcy częściowo sprzeczne, gdyż zgodnie z niektórymi punktami Wykonawca musi podjąć działania dopiero po wystąpieniu niekorzystnych zjawisk (lub na dyspozycję Zamawiającego), w innych miejscach Zamawiający wskazuje na obowiązek wykonawcy polegający na podjęciu czynności zmierzających do zapobiegania tym zjawiskom. W obliczu powyższego konieczne jest jednoznaczne określenie w jakich sytuacjach wykonawca ma podejmować działania w ramach umowy. Mając na uwadze cel umowy, w opinii Odwołującego zasadne jest ustalenie, co oznacza temperatura przy gruncie, jak ma ona być mierzona? Gdzie ma być mierzona? Wykonawca ma podejmować czynności w sytuacji stwierdzenia wilgotności powyżej 80% i temperaturach poniżej 2 stopni, tj. gdy występuje wysokie ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk pogodowych (gołoledź, lodowica), czyli jeszcze przed ich wystąpieniem, gdyż w ocenie Odwołującego w innym przypadku niemożliwa jest realizacja jednego z kluczowych celów usługi, czyli zapobieganie przed powstawaniem śliskości.

W dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o dokonaniu zmian w zapisach Specyfikacji Warunków Zamówienia, uwzględniających częściowo odwołanie oraz wniósł o oddalenie wniesionego odwołania. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: kopia zarządzenia nr 31 Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 roku w sprawie wprowadzenia „Wytocznych zimowego utrzymania dróg”, Specyfikacja Warunków Zamówienia DU.260.45.2022, ogłoszenie o zamówieniu Dz.U.U.E. 2022/S 179-506123, pismo DU.260.45.2022 17.10.2022 r., oferta ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. wraz z formularzem cenowym złożona w postępowaniu DU.260.28.2022, oferta ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. wraz z formularzem cenowym złożona w postępowaniu DU.260.45.2022, odwołanie ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z 26.09.2022 r. (dot. postępowania DU.260.45.2022), pismo DU.260.45.2022 z 5.10.2022 – zmiana SWZ, pismo ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z 7.10.2022 r. – cofnięcie odwołania, pismo DU.260.53.2022 z 2.11.2022 – zaproszenie do negocjacji, protokół z przeprowadzonych negocjacji z 8.11.2022 r., umowa nr ZDKiUM/U-WB/132-W/2022 z 8.11.2022 r., odwołanie ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z 26.08.2021 r. (dot. postępowania DU.260.28.2021), pismo DU.260.28.2021 z 14.09.2021 –

odpowieź na odwołanie, pismo ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z 22.09.2021 r. – cofnięcie odwołania, pismo DU.260.45.2022 z 5.10.2022 r. – odpowiedź Zamawiającego na odwołanie).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2 lit. b uwzględnionego przez zamawiającego, na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania, a Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu. Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron uwzględnił zarzut 2 lit. b w ten sposób, że w § 13 ust. 1 pkt 5 i 6 projektu umowy Zamawiający doda, że zmiany mogą być dokonane z zastrzeżeniem § 9 ust. 18, gdyż wartość 2700 km jest wartością gwarantowaną, która nie ulegnie zmniejszeniu. Odwołujący oświadczył, że takie uwzględnienie zarzutu 2 lit. b realizuje żądanie odwołania.

Izba umorzyła ponadto postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp w zakresie zarzutów 5, 7 i 8 wycofanych przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron, ponieważ oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego wobec wycofanych zarzutów bez konieczności ich rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w odniesieniu do zarzutów wycofanych.

Izba uwzględniła zarzut nr 9 odwołania, a w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych do rozpoznania na rozprawie Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA 1. Przedmiotem zamówienia jest odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I. W skład zadania realizowanego przez Wykonawcę wchodzi następujące czynności: 1) odśnieżanie jezdni przy użyciu pługosolarek, w tym ciągnika przystosowanego do pracy na wąskich jezdniach o dużych spadkach, 2) likwidacja śliskości przy użyciu pługosolarek, w tym ciągnika przystosowanego do pracy na wąskich jezdniach o dużych spadkach, 3) likwidacja naboii lodowych. Wielkość zadania w zakresie utrzymania przejezdności dróg (jezdni) w okresie zimowym: - 84 jezdnie dróg I kolejności utrzymania zimowego, - 86 jezdni dróg II kolejności utrzymania zimowego, - 150 jezdni dróg III kolejności utrzymania zimowego, - 117 jezdni dróg IV kolejności utrzymania zimowego. Minimalny zakres zamówienia. Minimalny zakres obejmuje utrzymanie dróg wykazanych w I i w II kolejności utrzymania zimowego, w tym Obwodnica Europejka w ciągu drogi krajowej nr 35, w przypadku wystąpienia warunków i przesłanek określonych w załączniku nr 1 do umowy. Minimalny zakres umowy w ramach zakresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym (dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania) wynosi 2700 km za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odpluzaniem).

Zamówienie będzie realizowane z prawem opcji. Ilość usług w ramach prawa opcji została określona w tabeli nr 2 „Zakres objęty prawem opcji” formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i zakresu obowiązków Wykonawcy oraz zasady współpracy i wzajemnych rozliczeń Wykonawcy z Zamawiającym zawarte są w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SWZ i w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SWZ. Uwaga W przypadku zamknięcia dróg lub ich części w związku z prowadzonymi remontami i/lub inwestycjami, zakresy tych dróg lub ich części zostaną wyłączone na okres remontów /inwestycji, w całości lub w części, z zakresu świadczonych usług. Za okres wyłączenia Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie.

2. Prawo opcji. Zamawiający przewiduje możliwość zwiększania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prawem opcji jest możliwość zwiększenia zakresu usług objętych zamówieniem podstawowym na warunkach zawartej umowy do wielkości określonej w formularzu

cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ – tabeli „Zakres objęty prawem opcji”. Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji umowy. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie. Warunkiem skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji będzie posiadanie w budżecie środków finansowych na realizację usług. Zasady dotyczące realizacji przedmiotu umowy objętego prawem opcji będą takie same jak te, które obowiązują przy realizacji podstawowego przedmiotu umowy. (...) 6. Stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub pod-wykonawcę na podstawie stosunku pracy, w rozumieniu ustawy z dnia 26.06.1974 r. - Kodeks pracy, osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia: - nadzoru nad pracami objętymi umową, w tym w zakresie funkcji i zadań dyspozytora akcji zima, - obsługi informacyjnej dla Zamawiającego.”

- „V. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA Termin realizacji zamówienia: 3 miesiące. Przewidywany termin rozpoczęcia świadczenia usługi: 1 luty 2023 r.”

- „VI. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (...) 2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej: b) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub ma możliwość dysponowania niezbędnymi do realizacji zamówienia narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, tj.: - pługosolarka - 8 szt. o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 15 ton, pojemności zbiornika na solankę min. 1,5 m³, wyposażone w pługi sterowane hydraulicznie (prawo, lewo), z dociskiem o masie powyżej 40 kg, w wyposażone w automatyczną regulację nastawów parametrów pracy solarki uwzględniającą zmianę prędkości w ruchu miejskim (sprzężenie solarki z tachografem pojazdu), wyposażone w listwy zgarniające – gumowe, - pług wirnikowy - 1 szt., - ciągnik z pługiem do odplużania z posypywaniem przystosowanym do pracy na wąskich jezdniach o dużych spadkach - 1 szt.

Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia pługosolarek, biorących czynny udział w działaniach zimowych bezpośrednio na drogach, w urządzenia systemu monitoringu satelitarnego GPS do określenia lokalizacji i monitorowania ich pracy, tj.: a) nadajniki GPS (pozycjonery-lokalizatory), umieszczone na pojazdach, zapewniające otrzymywanie danych o lokalizacji pługosolarek, b) czujniki zainstalowane w pojazdach, zapewniające otrzymywanie danych o rodzaju pracy wykonywanej przez ten sprzęt podczas realizacji

usługi posypywania pługosolarką, tj.: - czujniki posypu: posypywanie środkami chemicznymi suchymi, nawilżonymi lub mieszanką środków chemicznych i uszorstniających (mieszanką piaskowo-solną); - czujnik polewania (solanka). Wykonawca jest obowiązany do zapewnienia ciągłej, niezawodnej pracy systemu monitoringu GPS przez cały okres obowiązywania umowy.”

- „VIII. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA ORAZ SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (...) 5. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: (...) 5) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami -załącznik nr 7 do SWZ (wzór).”

- „XIII. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY 1. Wykonawca składający ofertę poda cenę netto i brutto oraz stawkę podatku VAT zgodnie z wypełnionym formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Wykonawca określi z należytą starannością ceny jednostkowe netto i brutto w złotych na wszystkie usługi wymienione w formularzu cenowym. Cenę ofertową należy podać w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Nie przewiduje się rozliczeń w walucie obcej. Wykonawca ma podać ceny jednostkowe w złotych dla każdej pozycji formularza cenowego. Cena określona w złożonej do przetargu ofercie będzie służyła jedynie do oceny i porównania ofert w prowadzonym postępowaniu przetargowym. Natomiast rzeczywiste wynagrodzenie, jakie otrzyma Wykonawca będzie wynikało z cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz z faktycznie wykonanych i odebranych usług. Wykonawca określi ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych czynności – pozycje przed tabelami (cena w złotych netto, brutto, stawka podatku VAT). Ceny jednostkowe w złotych netto z pozycji przed tabelami Wykonawca wpisze do tabel: - tabela nr 1 „Zakres podstawowy” - tabela nr 2 „Zakres objęty prawem opcji” w kolumnie piątej. Omyłki występujące z tego tytułu w tabeli Zamawiający poprawi jako omyłki rachunkowe. 2. W cenie za kilometr Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie koszty wykonania usługi, wynikające z zapisów SWZ, projektu umowy i formularza cenowego, w tym koszty zakupu środków chemicznych i środków zwiększających szorstkość, koszty wywozu odpadów na składowisko. W przypadku pozycji 1.1. i 2.1.

formularza cenowego Wykonawca do ceny jednostkowej nie wlicza kosztów dojazdów. Koszty dojazdów Wykonawca podaje w pozycjach 1.2. i 2.2.”

- „XVII. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT 1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert: (...) „Czas rozpoczęcia akcji utrzymania jezdni polegającego na ich posypywaniu, odplużaniu lub posypywaniu z odplużaniem” Punkty zostaną przyznane w zależności od zaoferowanego przez Wykonawcę czasu rozpoczęcia akcji utrzymania jezdni polegającego na ich posypywaniu, odplużaniu lub posypywaniu z odplużaniem

0 pkt za zadeklarowanie czasu rozpoczęcia akcji utrzymania jezdni polegającego na ich posypywaniu, odplużaniu lub posypywaniu z odplużaniem w ciągu 50 minut od wystąpienia opadów śniegu lub od wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C

20 pkt za zadeklarowanie czasu rozpoczęcia akcji utrzymania jezdni polegającego na ich posypywaniu, odplużaniu lub posypywaniu z odplużaniem w ciągu 40 minut od wystąpienia opadów śniegu lub od wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C

40 pkt za zadeklarowanie czasu rozpoczęcia akcji utrzymania jezdni polegającego na ich posypywaniu, odplużaniu lub posypywaniu z odplużaniem w ciągu 30 minut od wystąpienia opadów śniegu lub od wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C.”

- XVIII. INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIE MUSZĄ ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO (...) 5. Wykonawca, do 7 dni przed podpisaniem umowy, zobowiązany będzie: (...) 2) przedstawić oryginał dokumentu potwierdzającego prawo dysponowania, w okresie realizacji umowy, terenem - bazą na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha lub oryginał umowy z właścicielem terenu na dzierżawę /użyczenie/najem terenu pod bazę na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha. Umowa musi być zawarta na okres realizacji zamówienia. W

przypadku, gdy strony przewidują możliwość jej wypowiedzenia, okres wypowiedzenia musi być co najmniej 3 – miesięczny sprzętu, którego Wykonawca nie jest właścicielem należy na piśmie wskazać miejsce jego lokalizacji. .Na terenie bazy musi znajdować się pomieszczenie garażowo – magazynowe. 3) Wykonawca zobowiązany będzie okazać Zamawiającemu bazę spełniającą wymogi określone w ppkt. 2 i wyposażoną w narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne wymienione w ofercie (zgodne z rozdziałem VI. SIWZ). W przypadku sprzętu, którego Wykonawca nie jest właścicielem należy na piśmie wskazać miejsce jego lokalizacji. 6. Brak bazy na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha Zamawiający uzna za niespełnienie przez Wykonawcę warunku zawarcia umowy. Baza wyposażona niezgodnie z ofertą i postanowieniami SWZ będzie uznana przez Zamawiającego za niespełnienie przez Wykonawcę warunku zawarcia umowy. Baza na terenie której nie będzie znajdować się pomieszczenie garażowo – magazynowe będzie uznana przez Zamawiającego za niespełnienie przez Wykonawcę warunku zawarcia umowy. Wystąpienie okoliczności wymienionych w poprzednich zdaniach (co najmniej jednej z okoliczności) skutkować będzie niezawarciem umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

- „Załącznik nr 3 – Formularz cenowy (...) Załącznik nr 7 – Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych (...) Załącznik nr 9 – Projekt umowy.”

Zgodnie z załącznikiem nr 3 Formularz cenowy:

- „I. UTRZYMANIE PRZEJEZDNOŚCI JEZDNI W OKRESIE ZIMOWYM:

1. posypywanie z odplużaniem – praca pługosolarek na długości jezdni w I i w II kolejności zimowego utrzymania dróg (zał. 1A, 1 B i 2 do Zasad) przy występowaniu określonych zjawisk jednocześnie dla całego obszar miasta * opisanych w § 2, ust. 5 i 6 Zasad będących Zał. nr 1 do umowy W cenie za km należy uwzględnić koszty dojazdu z bazy na trasę i powrotu z trasy do bazy.

1.1. posypywanie z odplużaniem - praca pługosolarek przy występowaniu lokalnie określonych zjawisk * * opisanych w § 2, ust. 7 Zasad będących Zał. nr 1 do umowy.

1.2. dojazdy do miejsca rozpoczęcia pracy pługosolarek - posypywanie z odplużaniem przy występowaniu lokalnie określonych zjawisk* * opisanych w § 2, ust. 7 Zasad będących Zał. nr 1 do umowy.

2. odplężanie - praca pługosolarek na długości jezdni w I i w II kolejności zimowego utrzymania dróg (zał. 1A, 1 B i 2 do Zasad) przy występowaniu zjawisk jednocześnie dla całego obszaru miasta * opisanych w § 2, ust. 5 i 6 Zasad będących Zał. nr 1 do umowy. W cenie za km należy uwzględnić koszty dojazdu z bazy na trasę i powrotu z trasy do bazy.

2.1. odplężanie - praca pługosolarek przy występowaniu lokalnie określonych zjawisk* * opisanych w § 2, ust. 7 Zasad będących Zał. nr 1 do umowy.

2.2. dojazdy do miejsca rozpoczęcia pracy pługosolarek – odplężania przy występowaniu lokalnie określonych zjawisk* * opisanych w § 2, ust. 7 Zasad będących Zał. nr 1 do umowy.

3. odplężanie z posypywaniem – praca ciągnika z pługiem – pług przystosowany do pracy na wąskich jezdniach. W cenie za km należy uwzględnić koszty dojazdu z bazy do miejsca rozpoczęcia świadczenia usługi i powrót do bazy.

4. Odplężanie przy użyciu pługa wirnikowego. W cenie za km należy uwzględnić koszty dojazdu z bazy do miejsca rozpoczęcia świadczenia usługi i powrót do bazy.

5. Likwidacja naboju lodowych. W cenie za km należy uwzględnić koszty dojazdu z bazy do miejsca rozpoczęcia świadczenia usługi i powrót do bazy.”

- „Tabela nr 1. „Zakres podstawowy”:

L.p.	Numer pozycji z formularza cenowego	Jednostka	Liczba jednostek	Cena jednostkowa w zł netto	Razem cena netto w zł (4x5)
1	2	3	4	5	6
1	1.	km	2.700		
2	1.1.	km	140		
3	1.2.	km	400		
4	2.	km	7		
5	2.1.	km	2		
6	2.2.	km	5		
7	3.	km	1		
8	4.	km	1		
9	5.	m2	200		
	RAZEM		-	-	

- „Tabela nr 2 „Zakres objęty prawem opcji”:

L.p.	Numer pozycji z formularza cenowego	Jednostka	Liczba jednostek	Cena jednostkowa w zł netto	Razem cena netto w zł (4x5)
1	2	3	4	5	6
1	1.	km	7.200		
2	1.1.	km	400		
3	1.2.	km	900		

4	2.	km	5		
5	2.1.	km	3		
6	2.2.	km	30		
7	3.	km	5		
8	4.	km	2		
9	5.	m2	1.000		
	RAZEM		-	-	

Zgodnie z Załącznikiem nr 9 – Projekt umowy:

- „§ 3 1. W skład zadania realizowanego przez Wykonawcę wchodzi następujące czynności:
1) odśnieżanie jezdni przy użyciu pługosolarek, w tym pługów przystosowanych do pracy na wąskich jezdniach o dużych spadkach, 2) likwidacja śliskości przy użyciu pługosolarek, w tym pługów przystosowanych do pracy na wąskich jezdniach o dużych spadkach, 3) likwidacja naboii lodowych. 2. Wielkość zadania w zakresie utrzymania przejezdności dróg (jezdni) w okresie zimowym: - 84 jezdnie dróg I kolejności utrzymania zimowego, - 86 jezdni dróg II kolejności utrzymania zimowego, - 150 jezdni dróg III kolejności utrzymania zimowego, - 117 jezdni dróg IV kolejności utrzymania zimowego. 3. Minimalny zakres obejmuje utrzymanie dróg wykazanych w I i w II kolejności utrzymania zimowego, w tym Obwodnica Europejka w ciągu drogi krajowej nr 35, w przypadku wystąpienia warunków i przesłanek określonych w załączniku nr 1 do umowy. 4. Minimalny zakres umowy w ramach zakresu, o którym mowa w ust. 3 (dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania [zmiana SWZ z dnia 12 grudnia 2022 r.]) wynosi 2700 km za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem).”

- „§ 4 Przedmiot umowy określony w § 1 umowy będzie realizowany w sposób technologicznie zróżnicowany. Szczegółowy zakres prac określa załącznik Nr 1 do umowy – Zasady wykonywania prac w zakresie: „Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I”.”

- „§ 8 1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków przez Wykonawcę Zamawiający naliczy kary umowne. 2. Podstawą do naliczenia kar umownych będą w szczególności kontrole, o których mowa w § 7 umowy. 3. Kary umowne będą naliczane w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że: a. jezdnie dróg wyszczególnionych w załącznikach Nr 1A, 1B, 2, 3, 4 do Zasad są nieodśnieżone, nie zabezpieczone przed śliskością, lub śliskość zimowa nie jest złagodzona lub zlikwidowana, pomimo wezwań Zamawiającego, b. Wykonawca nie rozpoczął akcji posypywania, odplużania lub

posypywania z odplużaniem jezdni dróg w terminie i w przypadkach określonych w zał. nr 1 do umowy – w rozdziale I § 2 ust. 5 Zasad (zgodnie z ofertą Wykonawcy), c. naboje lodowe są nieusunięte, pomimo wezwań Zamawiającego,

Było: d. Wykonawca nie przedstawił meldunku, o którym mowa w załączniku Nr 1 do umowy do godz. 10:00 każdego dnia roboczego, lub nie przedstawił dodatkowego meldunku żądanego przez Zamawiającego.

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r.: d. Wykonawca nie przedstawił meldunku ze skanem wydruku stacji pogodowej i skanem Rejestru pogodowego, o którym mowa w załączniku Nr 1 do umowy do godz. 09.00 każdego dnia roboczego, lub nie przedstawił dodatkowego meldunku żądanego przez Zamawiającego.

4. Przy naliczaniu kar, o których mowa w ust. 3 lit. a Zamawiający będzie uwzględniał obowiązujące kolejności utrzymania jezdni dróg. 5. W przypadkach, o których mowa w ust. 3 lit. a kary będą naliczane w wysokości 1.000 zł za jezdnię. 6. W przypadku, o którym mowa w ust. 3 lit. b kara będzie naliczana w wysokości 1.000,00 zł za zwłokę za każde rozpoczęte 10 minut przekroczenia czasu rozpoczęcia akcji posypywania, odplużania lub posypywania z odplużaniem jezdni dróg. 7. Za każde stwierdzenie naruszeń, o których mowa w ust. 3 lit. c kary będą naliczane w wysokości 200,00 zł za każdy stwierdzony przypadek niewykonania, bądź niestarannego wykonania tych prac. 8. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 100,00 zł. za: a. każde nie udzielenie informacji z prowadzonej akcji posypywania, odplużania lub posypywania z odplużaniem jezdni dróg, b. każdą odmowę dostępu do systemu w związku z realizacją postanowień § 5 ust. 9 umowy, c. każdą odmowę dokonania wydruku z systemu trasy danego pojazdu w związku z realizacją postanowień § 5 ust. 10 umowy. (...) 11. Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 9 ust. 16 umowy.”

- „§ 9 1. Wykonawca będzie wystawiał faktury odrębnie z podziałem na drogi gminne, powiatowe, wojewódzkie i krajową utrzymywane w I kolejności utrzymania zimowego i pozostałe drogi (utrzymywane w II, III, IV kolejności utrzymania zimowego). 2. Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie miesięczne za zrealizowane w danym miesiącu usługi. 3. Za wykonane usługi Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen wyszczególnionych w formularzu cenowym Wykonawcy. Sposób naliczenia wynagrodzenia będzie wymagał przemnożenia cen jednostkowych netto podanych w formularzu cenowym przez liczbę rzeczywiście wykonanych i odebranych przez inspektora nadzorującego prac, powiększony o należny podatek od towarów i usług VAT (podatek w wysokości zgodnej z ustawą o podatku od towarów i usług). 4. Zamawiający będzie płacił Wykonawcy

wynagrodzenie na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę, w terminie 30 dni licząc od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury przez Zamawiającego. 5. Należności będą regulowane z rachunku bankowego Zamawiającego na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany w fakturze. (...) 16. Łączna wartość zleconych usług w okresie obowiązywania umowy w ramach zamówienia podstawowego nie może przekroczyć kwoty zł netto (słownie: zł brutto (słownie: liczonej na podstawie protokołów odbioru wykonanej usługi. 17. Wykonawcy nie przysługuje prawo zgłaszania roszczeń do Zamawiającego z tytułu nie uzyskania maksymalnej wysokości wynagrodzenia umownego, określonego w ust. 16.

Było: 18. Po zakończeniu realizacji umowy Strony sporządzą zestawienie wykonanych kilometrów w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem) - dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania [zmiana SWZ z dnia 12 grudnia 2022 r.] W przypadku, gdy liczba wykonanych kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie równa lub wyższa od kilometrów podanych w § 3 ust. 4 umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za minimalny zakres umowy. W przypadku, gdy liczba wykonanych kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie mniejsza od kilometrów podanych w § 3 ust. 4 umowy, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za minimalny zakres umowy stanowiący różnicę pomiędzy kwotą wynagrodzenia zapłaconą na podstawie wystawionych faktur za wykonane kilometry w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem) - dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania [zmiana SWZ z dnia 12 grudnia 2022 r.] a kwotą wynikającą z przemnożenia minimalnego zakresu umowy przez cenę za kilometr za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem) - dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania [zmiana SWZ z dnia 12 grudnia 2022 r.]. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w § 12 ust. 3 umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za zakres minimalny określony w § 3 ust. 4 umowy.”

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r.: „18. Po zakończeniu realizacji umowy Strony sporządzą zestawienie wykonanych kilometrów w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem) - dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania. W przypadku,

gdy liczba kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie równa lub wyższa od kilometrów podanych w § 3 ust. 4 umowy, Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie w związku z osiągnięciem gwarantowanego zakresu 2 700 km. W przypadku, gdy liczba wykonanych kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie mniejsza od kilometrów podanych w § 3 ust. 4 umowy, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za gwarantowany zakres umowy stanowiący różnicę pomiędzy kwotą wynagrodzenia zapłaconą na podstawie wystawionych faktur za wykonane kilometry w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem) - dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania a kwotą wynikającą z przemnożenia minimalnego zakresu umowy przez cenę za kilometr za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odplużaniem) – dot. jezdni dróg I i II kolejności utrzymania. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w § 12 ust. 3 umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za zakres minimalny określony w § 3 ust. 4 umowy.”

- Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r.: „§ 11 ust. 6. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia, do których doszło, gdy Zamawiający nie wyraził zgody na wykonanie przez Wykonawcę — na jego wniosek - czynności w okolicznościach wynikających z „§ 2 ust. 5 lit. a) załącznika nr 1 do umowy, w przypadkach, o których mowa w § 2 ust. 8.2. i ust. 8.3. załącznika nr 1 do umowy oraz wynikających z § 2 ust. 21.3. załącznika nr 1 do umowy.”

- „§ 13 1. Zamawiający dopuszcza ewentualną zmianę następujących postanowień umownych: 5) zmiana wykazu świadczonych usług w zakresie dróg II, III i IV kolejności utrzymania, tj. zmiana wykazu jezdni dróg zaliczonych do danej kolejności utrzymania (zmiany nie dotyczą I kolejności utrzymania). Zmiana wprowadzona zostanie, gdy wynikać to będzie ze zmiany organizacji ruchu na danych drogach lub z potrzeb mieszkańców, 6) w zakresie podanym w opisie przedmiotu zamówienia - zmiana zakresu rzeczowego w przypadku zamknięcia dróg lub ich części w związku z prowadzonymi remontami i i/lub inwestycjami i zakresu wykonanych kilometrów. (...) 3. W przypadku zmiany umowy w okolicznościach określonych w ust. 1 pkt 5) i pkt 6) zmiana zostanie wprowadzona na podstawie pisemnego zawiadomienia dokonanego przez Zamawiającego. Zamawiający prześle zawiadomienie Wykonawcy co najmniej na 2 dni przed dniem wprowadzenia zmiany.”

Zgodnie z Załącznikiem nr 9 – Projekt umowy – załącznik nr 1: Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach – zadanie I, I. UTRZYMANIE PRZEJEZDNOŚCI DRÓG (JEZDNI) W OKRESIE ZIMOWYM:

- „§ 1. Postanowienia ogólne. Ilekroć w niniejszych Zasadach jest mowa o: 1. śliskości zimowej - rozumie się przez to zjawisko występujące na drogach (ulicach) na skutek utworzenia się na nawierzchniach drogowych warstwy lodu, zlodowaciałego lub ubitego lodu. Śliskość zimowa występuje w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej,

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „na potrzeby niniejszej umowy lodowica i zlodowacenie są tożsame z oblodzeniem o którym mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U. z 2005 r. Nr 230, poz. 1960).”

2. gołoledzi - rozumie się, że jest to cienka warstwa lodu powstała na nawierzchni na skutek opadu deszczu, mżawki lub mgły roszącej mająca grubość do 1 mm, 3. lodowicy - rozumie się, że jest to pokrywa lodowa o grubości kilku centymetrów, powstała na skutek zamrznięcia na jezdni wody pochodzącej z roztopionego śniegu, lodu lub opadu deszczu, 4. śliskości pośniegowej - rozumie się, że jest to nieusunięty z nawierzchni śnieg, który pod wpływem intensywnego ruchu kołowego i zmiennych warunków atmosferycznych zostaje ubity, a górna warstwa lodowacieje, 5. naboju lodowym – rozumie się przez to powstałą z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, nieusuniętą zlodowaciałą lub ubitą warstwę śniegu o znacznej grubości (od kilku centymetrów), przymarzniętą do nawierzchni jezdni lub zamrznięte wycieki wody (o grubości od kilku centymetrów) wód gruntowych lub wody w wyniku awarii sieci wodociągowej (wyciek na jezdnię) przymarzniętą do nawierzchni jezdni.”

- „§ 2. utrzymanie zimowe poprzez odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni.

2. Zimowe utrzymanie jezdni obejmuje mechaniczne i uzupełniająco ręczne oczyszczanie jezdni.

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „Zimowe utrzymanie jezdni dzieli się na trzy grupy prac:- akcję zapobiegania śliskości zimowej (zwaną dalej także „akcją zapobiegania”), akcją usuwania śliskości zimowej (zwaną dalej także „akcją usuwania”), - akcją po wystąpieniu opadów śniegu.”

3. Prace przy zimowym utrzymaniu jezdni będą prowadzone na jezdniach dróg podzielonych na cztery kolejności utrzymania, wyszczególnionych w załącznikach do Zasad: - Nr 1A - Wykaz jezdni dróg I kolejności utrzymania w okresie zimowym, - Nr 1B - Wykaz jezdni dróg I kolejności utrzymania w okresie zimowym -Obwodnica Wałbrzycha w ciągu drogi krajowej nr 35 - „Europejka”, - Nr 2 - Wykaz jezdni dróg II kolejności utrzymania w okresie zimowym, - Nr 3 - Wykaz jezdni dróg III kolejności utrzymania w okresie zimowym, - Nr 4 - Wykaz jezdni dróg IV kolejności utrzymania w okresie zimowym. W oparciu o załączniki Nr 1A, 1B i 2 do Zasad Wykonawca sporządzi do dnia podpisania umowy wykazy tras dla poszczególnych kolejności utrzymania. Wykazy tras podlegają zatwierdzeniu przez Zamawiającego.

5. Prace w zakresie oczyszczania - posypywanie, odpluzanie i odpluzanie z posypywaniem jezdni dróg wg wyznaczonych tras w I kolejności utrzymania, prowadzone przy użyciu minimum 8 pługosolarek i 1 ciągnika z pługiem polegają na bezzwłocznym podjęciu akcji posypywania, odpluzania lub posypywania z odpluzaniem rozpoczętej nie później niż w ciągu minut od wystąpienia poniższych warunków:

a) wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej $+1^{\circ}\text{C}$ i temperatury przy gruncie poniżej 0°C ,

b) wystąpienia opadów śniegu.

6. Prace, o których mowa w ust. 5, w terminie określonym w ust. 5 liczonym od wydanej dyspozycji przez Zamawiającego, będą realizowane wg dyspozycji Zamawiającego na jezdniach dróg II kolejności utrzymania wg wyznaczonych tras po ustabilizowaniu się stanu na drogach I kolejności utrzymania.

7. Prace, o których mowa w ust. 5, w terminie określonym w ust. 5 liczonym od wydania dyspozycji, będą realizowane także na wniosek Zamawiającego lub Centrum Sterowania Ruchem i Monitoringu Wizyjnego Urzędu Miejskiego w Wałbrzychu (zwanym dalej CSR) w przypadku wystąpienia lokalnie na terenie miasta zjawisk określonych w ust. 5 lit. a) lub b), pod warunkiem, że cały sprzęt Wykonawcy nie będzie pracował na jezdniach dróg I kolejności utrzymania.

W przypadku realizacji usługi na podstawie niniejszego ustępu, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane kilometry dojazdowe pomiędzy bazą Wykonawcy i miejscem rozpoczęcia świadczenia usługi i z powrotem (ustalone i przejechane wg najkrótszej trasy dojazdu możliwej z uwagi na parametry dróg i rodzaj sprzętu) oraz za kilometry świadczonej

usługi w zakresie oczyszczania - posypywanie, odplężanie i odplężanie z posypywaniem jezdni dróg.

W przypadku, gdy wyznaczona zostanie więcej niż jedna droga do zrealizowania usługi wynagrodzenie za kilometry dojazdowe przysługuje Wykonawcy także za przejazd pomiędzy tymi jezdniami dróg (ustalone i przejechane wg najkrótszej trasy dojazdu możliwej z uwagi na parametry dróg i rodzaj sprzętu).

W przypadku, gdy dany pojazd nie zakończy jeszcze akcji, a wystąpi konieczność wykonania usługi na dodatkowej drodze, zgodnie z wnioskiem osoby zlecającej ten pojazd zostanie skierowany na kolejną drogę lub też akcja zostanie wykonana drugim pojazdem.

Wykreślony: 8. W przypadku wystąpienia warunków, określonych w ust. 5 lit. a) Wykonawca w godzinach 22:00 – 6:00 dokona jednego przejazdu tras I kolejności utrzymania w celu zrealizowania przedmiotu umowy. Ponadto Wykonawca wykona czynności w okolicznościach wynikających z ust. 5 lit. a) w godz. 22:00 – 6:00 na zlecenie Zamawiającego (kolejne przejazdy ponad jeden obowiązkowy). W godzinach 6:00 - 22:00 decyzję o podjęciu akcji posypywania, odplężania lub posypywania z odplężaniem podejmuje przedstawiciel Zamawiającego po wcześniejszym zgłoszeniu przez Wykonawcę potrzeby podjęcia akcji.

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „8.1. W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. a) Wykonawca w godzinach 22:00 — 6:00 dokona jednego przejazdu tras I kolejności utrzymania w celu zrealizowania przedmiotu umowy. 8.2. Ponadto Wykonawca wykona czynności w okolicznościach wynikających z ust. 5 lit. a) w godz. 22:00 - 6:00 (kolejne przejazdy ponad jeden obowiązkowy) na podstawie: - polecenia Zamawiającego, lub - na wniosek Wykonawcy o konieczności potrzeby podjęcia akcji potwierdzonego co do konieczności wyjazdu przez Zamawiającego. Zamawiający podejmie decyzję o konieczności wyjazdu na podstawie samodzielnej analizy warunków na drogach lub na podstawie dowodów przedstawionych przez Wykonawcę. 8.3. W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. a) w godzinach 6:00 - 22:00 decyzję o podjęciu akcji posypywania, odplężania lub posypywania z odplężaniem podejmuje przedstawiciel Zamawiającego na podstawie samodzielnej analizy warunków na drogach lub na wniosek Wykonawcy o konieczności potrzeby podjęcia akcji potwierdzonego co do konieczności wyjazdu przez Zamawiającego. 8.4. W przypadku wniosku Wykonawcy analiza warunków na drogach dokonana zostanie przez Zamawiającego na podstawie warunków występujących po upływie 60 minut od zakończenia poprzedniego przejazdu przez Wykonawcę.”

9. W przypadku wystąpienia warunków określonych w ust. 5 lit. b) Wykonawca ma rozpocząć akcję w czasie określonym w zdaniu pierwszym ust. 5, a zakończenie prac ma nastąpić w ciągu 2 godzin od zaprzestania opadów, przy czym usuwanie błota pośniegowego oraz odpłuzanie „martwych pól” powinno być zakończone w ciągu 4 godzin po zaprzestaniu opadów.

Wykreślony: (...) 11. *Potrzeby podjęcia akcji oczyszczania - posypywania, odpłuzania lub posypywania z odpłuzaniem na jezdniach w dni robocze po godzinach pracy Zamawiającego, w dodatkowe dni wolne od pracy oraz w niedziele i święta będą mogły być również zgłaszane Wykonawcy przez instytucje wskazane pisemnie po podpisaniu umowy.*

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „11. *Potrzeby podjęcia akcji zapobiegania, akcji likwidacji, akcji po wystąpieniu opadów śniegu - posypywania, odpłuzania lub posypywania z odpłuzaniem na jezdniach w dni robocze po godzinach pracy Zamawiającego, w dodatkowe dni wolne od pracy oraz w niedziele i święta będą mogły być również zgłaszane Wykonawcy przez instytucje wskazane pisemnie po podpisaniu umowy.*”

Wykreślony: (...) 12. *Dyspozytor Wykonawcy stwierdza na podstawie obserwacji, stacji pogodowej oraz komunikatów Regionalnego Systemu Ostrzegania zaistnienie warunków do rozpoczęcia akcji posypywania, odpłuzania lub posypywania z odpłuzaniem oraz do jej zakończenia, dokonując wpisu do Rejestru pogodowego prowadzonego przez Wykonawcę. Do każdego wpisu Wykonawca zobowiązany jest zrobić wydruk z danych stacji pogodowej. Skan wydruku z danych stacji pogodowej oraz skan Rejestru pogodowego Wykonawca zobowiązany jest przysyłać wraz z meldunkiem za daną dobę.*

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „12. *Wykonawca ma obowiązek wpisywać wszelkie dane o pogodzie do Rejestru pogodowego. W Rejestrze pogodowym należy wskazać źródło pozyskania prognozy pogody, informację nt. wystąpienia opadów śniegu lub innych zjawisk atmosferycznych, wilgotności powietrza i temperatury, informacje Wykonawcy z komunikatów Regionalnego Systemu Ostrzegania, wpisać wszelkie dane zaistnienia warunków do rozpoczęcia akcji zapobiegania posypywania, odpłuzania lub posypywania z odpłuzaniem oraz do jej zakończenia. W Rejestrze należy także wpisywać imię i nazwisko odczytującego pogodę i komunikaty, dane wg których wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki do rozpoczęcia akcji likwidacji, akcji zapobiegania, akcji po wystąpieniu opadów śniegu zimowego utrzymania dróg. Do każdego wpisu Wykonawca zobowiązany jest zrobić wydruk z danych stacji pogodowej. Skan wydruku z danych stacji pogodowej oraz skan Rejestru pogodowego za każdą dobę Wykonawca zobowiązany jest przysyłać wraz z meldunkiem.*”

Wykreślony: 13. Wykonawca winien obserwować stan nawierzchni jezdni poprzez objazdy dróg, aby w sposób właściwy reagować i podejmować działania, o których mowa w ust. 5, z jednoczesnym poinformowaniem Zamawiającego i CSR.

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „13. Wykonawca winien obserwować stan nawierzchni jezdni poprzez objazdy dróg, aby w sposób właściwy reagować i podejmować działania, o których mowa w ust. 5, w ust. 21.1. z jednoczesnym poinformowaniem Zamawiającego i CSR.”

Wykreślony: 14. Wykonawca przed podjęciem akcji zobowiązany jest weryfikować, czy wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki do rozpoczęcia akcji zimowego utrzymania dróg i wykazać je w Rejestrze pogodowym. Dane w Rejestrze mają być podpisane przez dyspozytora, który prowadzi akcję zimowego utrzymania dróg. Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego obowiązany jest okazywać mu Rejestr.

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „14. Wykonawca przed podjęciem akcji zapobiegania, akcji likwidacji, akcji po wystąpieniu opadów śniegu zobowiązany jest weryfikować, czy wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki do rozpoczęcia akcji zapobiegania, akcji likwidacji, akcji po wystąpieniu opadów śniegu zimowego utrzymania dróg i wykazać je w Rejestrze pogodowym. Dane w Rejestrze mają być podpisane przez dyspozytora, który prowadzi akcję zimowego utrzymania dróg. Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego obowiązany jest okazywać mu Rejestr.”

15. Wykonawca zobowiązuje się do utrzymania sprzętu w stałej gotowości technicznej, a w razie powstania awarii lub innych istotnych przyczyn uniemożliwiających wykonanie usług, Wykonawca powiadomi Zamawiającego i zapewni bezzwłocznie sprzęt zastępczy.

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r.: wykreślony: „16. Mechaniczne oczyszczanie jezdni polega na usuwaniu śniegu, zabezpieczeniu przed śliskością zimową oraz likwidowaniu powstałej śliskości zimowej. 17. Nawierzchnie jezdni oczyszcza się ze śniegu przez zgarnianie zalegającej pokrywy śnieżnej na część przykrawężnikową lub pobocze przy użyciu pługów. 18. Nawierzchnię jezdni na długości zatoki autobusowej, nawierzchnię zatoki oraz nawierzchnię pętli autobusowej oczyszcza się ze śniegu przez zgarnianie zalegającej pokrywy śnieżnej i zabezpiecza się przed śliskością zimową w sposób pozwalający wjechać autobusowi bez utrudnień w zatokę lub pętlę.”

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „18. Nawierzchnię jezdni na długości zatoki autobusowej, nawierzchnię zatoki oraz nawierzchnię pętli autobusowej oczyszcza się ze śniegu przez zgarnianie zalegającej pokrywy śnieżnej i zabezpiecza się przed śliskością

zimową w sposób pozwalający wjechać autobusowi bez żadnych utrudnień w zatokę lub pętlę.”

Wykreślony: (...) 21. Zabezpieczenie jezdni przed śliskością zimową (gołoledzią, lodowicą, zlodowaceniem, śliskością pośniegową) polega na pokryciu nawierzchni jezdni przed wystąpieniem zjawiska śliskości środkami chemicznymi takimi jak: solanka, sól wilgotna, sól drogowa przy pomocy specjalistycznego sprzętu do rozsypywania lub zraszania:

a) przy temperaturze do - 2 °C ilość soli – min. 15g/m²,

b) przy temperaturze od - 2 °C do – 6 °C - min. 20 g/m²,

c) przy temperaturze od - 6 °C - min. 25 g/m².

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „21.1. Zapobieganie - zabezpieczenie jezdni przed śliskością zimową (gołoledzią, lodowicą, zlodowaceniem, śliskością pośniegową) polega na pokryciu nawierzchni jezdni — bezwzględnie na całej długości tras, przed wystąpieniem zjawiska śliskości środkami wyszczególnionymi w rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U. z 2005 r. Nr 230. poz. 1960), zgodnie z określonymi w nim warunkami stosowania środków niechemicznych i chemicznych. 21.2. Do decyzji wyjazdu i rozpoczęcia akcji zapobiegania, o której mowa w ust. 21.1. Wykonawca sporządzi każdorazowo Notatkę z opisem: warunków pogodowych (w oparciu o wpisy prowadzonego Rejestru pogodowego) i stanu nawierzchni jezdni z objazdów dróg, uprawniające do podjęcia decyzji wyjazdu. 21.3. W przypadku wystąpienia warunków do zapobiegania (ust. 21.1.) Wykonawca dokona jednego wyjazdu na trasy I kolejności utrzymania w celu zrealizowania przedmiotu umowy. Wykonawca wykona czynności w okolicznościach wynikających z ust. 21.1. kolejne wyjazdy ponad jeden obowiązkowy na podstawie: - polecenia Zamawiającego, lub - na wniosek Wykonawcy o konieczności potrzeby podjęcia akcji potwierdzonego co do konieczności wyjazdu przez Zamawiającego. Zamawiający podejmie decyzję o konieczności wyjazdu na podstawie samodzielnej analizy warunków na drogach lub na podstawie dowodów przedstawionych przez Wykonawcę.”

Wykreślony: 22. Likwidowanie lub łagodzenie śliskości zimowej polega na usuwaniu gołoledzi, lodowicy, zlodowacenia, śliskości pośniegowej za pomocą topiących środków chemicznych takich jak: solanka, sól wilgotna, sucha sól drogowa:

a) przy temperaturze do - 2 °C ilość soli – min. 15g/m²,

b) przy temperaturze od - 2 °C do – 6 °C - min. 20 g/m²,

c) przy temperaturze od - 6 °C - min. 25 g/m².

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „22. Likwidowanie lub łagodzenie śliskości zimowej polega na usuwaniu gołoledzi, lodowicy, zlodowacenia, śliskości pośniegowej - bezwzględnie na całej długości trasy - środkami wyszczególnionymi w rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U. z 2005 r. Nr 230, poz. 1960), zgodnie z określonymi w nim warunkami stosowania środków niechemicznych i chemicznych.”

23. Likwidowanie lub łagodzenie śliskości zimowej (gołoledzi, lodowicy, zlodowacenia, śliskości pośniegowej) za pomocą stosowaniu środków zwiększających szorstkość, takich jak: piasek o uziarnieniu do 2 mm, kruszywo naturalne o uziarnieniu do 4 mm, kruszywo kamienne o uziarnieniu 2-4 mm, mieszanki solno-piaskowej (w proporcji 30% soli i 70% piasku) w celu uzyskania efektu topnienia i uszorstnienia Wykonawca zgłosi i uzgodni z Zamawiającym.”

(...)

Wykreślony: 27. Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności związane z odśnieżaniem w taki sposób, aby nie utrudniać użytkownikom sąsiednich terenów korzystania z nich, a w przypadku nieuniknionego spowodowania takiego utrudnienia zobowiązany jest do niezwłocznego jego usunięcia.

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „27. Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności związane z odśnieżaniem w taki sposób, aby nie utrudniać użytkownikom sąsiednich terenów korzystania z nich, a w przypadku nieuniknionego spowodowania takiego utrudnienia zobowiązany jest do niezwłocznego jego usunięcia na koszt własny.”

Wykreślony: (...) 29. Wykonawca ma obowiązek pozyskać codziennie aktualną prognozę pogody i wpisywać dane do Rejestru pogodowego. W Rejestrze należy wskazać źródło pozyskania prognozy pogody, informację nt. wystąpienia opadów śniegu lub innych zjawisk atmosferycznych, wilgotności powietrza, temperatury na dzień i godzinę wyjazdu sprzętu z bazy. W Rejestrze należy także wpisywać dane (imię i nazwisko, datę i godzinę zgłoszenia, przedmiot zgłoszenia) w przypadku zgłoszenia przez wskazanych przedstawicieli Zamawiającego, konieczności podjęcia czynności. Do każdego wpisu Wykonawca zobowiązany jest zrobić wydruk z danych stacji pogodowej.”

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r. „29. Wykonawca ma obowiązek pozyskać codziennie aktualną prognozę pogody i wszelkie informacje nt. wystąpienia opadów śniegu lub innych

zjawisk atmosferycznych, wilgotności powietrza i temperatury, informacje z komunikatów Regionalnego Systemu Ostrzegania niezbędnych do Prowadzenia Rejestru pogodowego zgodnie z ust. 12.”

Zmiana SWZ z dnia 3 stycznia 2023 r.: wykreślony: (...) 32. Dane w rejestrze mają być podpisane przez dyspozytora, który prowadzi akcję zimowego utrzymania dróg.”

Dowód Zamawiający:

Z kopii zarządzenia nr 31 Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg” wynika:

- „1.WSTĘP Zimowe utrzymanie dróg, zwane dalej „ZUD” są to prace mające zmniejszenie lub ograniczenie zakłóceń ruchu drogowego wywoływanych czynnikami atmosferycznymi, takimi jak śliskość zimowa oraz opady śniegu.”

- „6. ZAPOBIEGANIE POWSTAWANIU I LIKWIDACJA ŚLISKOŚCI 6.1. Pojęcia ogólne gołoledź - jest to rodzaj śliskości zimowej powstałej w wyniku utworzenia się warstwy lodu grubości do 1,0 mm na skutek opadu mgły roszącej, mżawki lub deszczu na nawierzchnię o ujemnej temperaturze. Gołoledź występuje przy ujemnej lub nieznacznie wyższej od 0°C temperaturze powietrza. Tak powstała warstwa lodu ma jednakową grubość na całej powierzchni jezdni. Gołoledź występuje wtedy, gdy zaistnieją równocześnie trzy następujące warunki: a) temperatura nawierzchni jest ujemna, b) temperatura powietrza jest w granicach -6°C do + 1°C, c) względna wilgotność powietrza jest większa od 85%, lodowica - jest to rodzaj śliskości zimowej powstałej w wyniku utworzenia się warstwy lodu o grubości do kilku centymetrów z zamrznięcia nieusuniętej z nawierzchni wody pochodzącej ze stopnienia śniegu, lodu lub opadu deszczu. Lodowica występuje wtedy, gdy po odwilży lub opadzie deszczu, nad powierzchnią jezdni temperatura powietrza obniżyła się poniżej 0°C. Im szybszy jest spadek temperatury, tym zjawisko lodowicy jest intensywniejsze. Tak powstała warstwa lodu ma zwykle różną grubość na całej powierzchni jezdni, śliskość pośniegowa - jest to rodzaj śliskości zimowej powstającej w wyniku zalegania na jezdni przymarzniętej do nawierzchni pozostałości nie usuniętego ubitego śniegu, pokrywającego ją całkowicie lub częściowo warstwą o grubości kilku milimetrów, szron - jest to osad lodu, mający na ogół wygląd krystaliczny, przybierający kształt lasek, igiełek itp. Tworzy się w procesie bezpośredniej kondensacji pary wodnej z powietrza przy temperaturze poniżej 0°C, szadź - jest to osad atmosferyczny utworzony z ziarenek lodu rozdzielonych pęcherzykami

powietrza, powstający z nagłego zamarzania przechłodzonych kropelek wody (mgły lub chmury), gdy temperatura wyziębionych powierzchni jest niższa lub nieznacznie wyższa od 0°C.”

- „6.3. Zapobieganie lub usuwanie śliskości. W zależności od typu spodziewanej lub już występującej śliskości, należy stosować odpowiednie metody i wydatki jednostkowe (dawki) materiałów chemicznych do posypywania zapobiegawczego oraz likwidacji cienkich warstw lodu i śniegu, określone w tabelicy 2. 6.3.1. Zapobieganie powstawaniu śliskości. Zapobieganie powstawaniu gołoledzi. Działalność należy rozpocząć po stwierdzeniu, że temperatura nawierzchni jest ujemna, temperatura powietrza wynosi od -6°C do +1°C a względna wilgotność powietrza osiągnęła 85% i nadal wzrasta. Należy wówczas rozsypać środki obniżające temperaturę zamarzania wody na całej szerokości jezdni w ilości określonej w tabelicy 2 poz. 1. Zapobieganie powstawaniu lodowicy Działalność należy rozpocząć po stwierdzeniu, że temperatura powietrza obniżając się spadła do +1°C, a na nawierzchni zalega warstewka wody lub mokrego śniegu, albo nawierzchnia jest wilgotna. Należy wówczas wykonać: 1) mechaniczne oczyszczenie nawierzchni z topniejącego śniegu lub wody przed obniżeniem się temperatury powietrza poniżej 0°C; 2) rozsypanie odladzających środków chemicznych w ilości określonej w tabelicy 2 poz. 1. Zapobieganie przymarzaniu śniegu do nawierzchni. Przed rozpoczęciem opadu śniegu należy rozsypać środki chemiczne w ilości określonej w tabelicy 2 poz. 2.6.3.2. Likwidowanie śliskości. Likwidowanie gołoledzi, szronu i cienkich warstw zlodowaciałego lub ubitego śniegu. Aby usunąć z nawierzchni warstwę gołoledzi, szronu lub cienkie warstwy zlodowaciałego lub ubitego śniegu (do 4 mm), należy rozsypać na jej powierzchni środki chemiczne w ilości określonej w tabelicy 2 poz. 3. Grubych warstw lodu, zlodowaciałego i ubitego śniegu nie należy usuwać za pomocą środków chemicznych, z uwagi na ochronę środowiska i wysokie koszty. (...)”

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy pzp: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

Artykuł 353(1) k.c. stanowi: „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.”

Zgodnie z art. 5 k.c.: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp: „1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.”

W myśl art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp: „1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. (...) 4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”

Artykuł 433 pkt 3 i 4 ustawy pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający; 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.”

Zarzuty 1 odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut 9 Izba uznała za zasadny.

W zakresie poniesionych zarzutów Odwołujący wskazywał, że postanowienia załącznika nr 1 do projektu umowy określające zasady wykonania prac w ramach umowy naruszają równowagę stron umowy i przerzucają na wykonawcę ryzyka związane z niezapewnieniem zapobieżenia oraz likwidacji śliskości z uwagi na pozostawienie Zamawiającemu decyzji co do przystąpienia do realizacji usługi przy jednoczesnym przeniesieniu na Wykonawcę pełnej

odpowiedzialności za zdarzenia będące następstwem nieusunięcia śliskości wobec braku dyspozycji Zamawiającego o przystąpieniu do realizacji usługi czy też opóźnienia w podjęciu decyzji. Dodatkowo Odwołujący podnosił, że wskazany zakres temperatur, od których wystąpienia aktualizuje się obowiązek przystąpienia do realizacji usługi usunięcia śliskości jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bowiem jest tak ustalony, że nie zapewnia realnej możliwości zapobieżenia powstania śliskości, która może wystąpić także przy wyższych temperaturach. Odwołujący wskazywał także na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym uregulowania w treści dokumentacji postępowania, że wykonawca musi podjąć świadczenie usługi dopiero po wystąpieniu niekorzystnych zjawisk (lub na dyspozycję Zamawiającego), a w innych miejscach Zamawiający wskazuje, że wykonawca ma rozpocząć świadczenie usługi w czasie, który pozwoli na zapobieganie tych zjawisk. Odwołujący podnosił także brak doprecyzowania na jakiej podstawie ma być mierzona temperatura przy gruncie.

W odniesieniu do obu zarzutów Odwołujący wnosil aby to wykonawca decydował o podjęciu akcji w sytuacji wystąpienia opadów śniegu lub innych zjawisk atmosferycznych (przy wilgotności powyżej 80% i temperaturach poniżej 2 stopni, gdy występuje wysokie ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk pogodowych (gołoledź, lodowica).

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności wskazania wymaga, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i konstruuje opis przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami i możliwościami finansowymi. Zamawiający musi mieć jednak na uwadze, aby opis nie naruszał uczciwej konkurencji oraz był jednoznaczny i precyzyjny, tak aby możliwe było prawidłowe skalkulowanie oferty.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył ustawy pzp w zakresie w jakim zamierza podejmować decyzję co do realizacji przez wykonawcę kolejnego objazdu w ramach akcji. Postanowienia takie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Zamawiający jest uprawniony kontrolować zasadność kolejnych objazdów w kontekście efektywnego i racjonalnego wydatkowania środków, szczególnie że Zamawiający przewidział w projekcie umowy rozliczenie kosztorysowe, za faktycznie wykonane km w ramach usługi. W ocenie Izby, mając na względzie sposób wykonania zamówienia opisany w załączniku nr 1 do projektu umowy oraz zmiany dokonane przez Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2023 r., nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego o przerwaniu odpowiedzialności na wykonawcę za konsekwencje błędnej decyzji Zamawiającego co do odmowy realizacji kolejnego objazdu pomimo wniosku wykonawcy czy też wynikające z opóźnienia w decyzji

Zamawiającego. Po pierwsze Zamawiający jednoznacznie wyłączył odpowiedzialność wykonawcy w par. 11 ust. 6 projektu umowy w sytuacji braku zgody na wykonanie czynności. Po drugie, w ocenie Izby, wyłączenie odpowiedzialności wynika z samej specyfiki wykonania zamówienia. Zauważyć należy, że wykonanie pierwszego objazdu w ramach akcji zostało określone jako obowiązek wykonawcy. Zlecenie zatem kolejnych objazdów jest zależne od decyzji Zamawiającego. Jeśli zatem wykonawca składając wniosek o konieczności wykonania dodatkowego objazdu pozostaje wyłącznie w gotowości do realizacji usługi to do momentu decyzji Zamawiającego nie można uznać aby wykonanie usługi zostało wykonawcy powierzone. Inaczej mówiąc, oczywistym jest, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenia powstałe również w czasie podejmowania decyzji przez Zamawiającego, ponieważ do momentu podjęcia przez Zamawiającego decyzji usługa kolejnego objazdu nie została mu zlecona. Tym samym, postanowienia dotyczące odpowiedzialności Stron nie wymagają doprecyzowania, gdyż rozkład odpowiedzialności wynika z samego sposobu realizacji usług w ramach umowy.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający błędnie określił warunki, w jakich wykonawca ma przystąpić do realizacji akcji, wskazując że rozpoczęcie akcji powinno odbywać się w wyższych temperaturach i przy niższej wilgotności. Zamawiający jest uprawniony opisać warunki realizacji usługi w sposób, który spełnia jego uzasadnione potrzeby. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający ustalił parametry, których wystąpienie determinuje realizację usługi zgodnie z zarządzeniem nr 31 Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”. Jak wynika z postanowień pkt 6 (ZAPOBIEGANIE POWSTAWANIU I LIKWIDACJA ŚLISKOŚCI): „6.3.1. Zapobieganie powstawaniu śliskości. Zapobieganie powstawaniu gołoledzi. Działalność należy rozpocząć po stwierdzeniu, że temperatura nawierzchni jest ujemna, temperatura powietrza wynosi od -6°C do +1°C a względna wilgotność powietrza osiągnęła 85% i nadal wzrasta.” Warunki jakie ustalił Zamawiający dla uruchomienia usługi posypywania, odplężania lub posypywania z odplężaniem: „*przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1°C i temperatury przy gruncie poniżej 0°C*” spełniają zasady działania mające na celu już zapobieganie powstawaniu śliskości. Zakres parametrów określony przez Zamawiającego spełnia więc wymogi zarówno dla usuwania śliskości jak i zapobiegania śliskości. Izba zauważa, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń, że właściwe dla należytej realizacji celu umowy będzie ustalenie rozpoczęcia akcji przy wyższej temperaturze i niższej wilgotności, powołując się ogólnikowo na specyfikę terenów górzystych czy bezpieczeństwo mieszkańców. Ponadto, wykonawca nie jest w takiej

sytuacji obciążony ryzykiem, gdyż odpowiada wyłącznie za wykonanie usługi w warunkach opisanych przez Zamawiającego.

Izba uznała jednak za zasady zarzut 9 odwołania uznając, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny. Pomimo, że określone przez Zamawiającego parametry spełniają w świetle postanowień ww. Zarządzenia warunki działania dla zapobiegania jak i dla usuwania śliskości to Zamawiający nie określił jednak jednoznacznie kiedy wykonawca powinien przystąpić do akcji zapobiegania. Izba uwzględniając zmiany SWZ dokonane 3 stycznia 2023 r. uznała zarzut za nadal aktualny, gdyż opis w tym zakresie pozostał niedoprecyzowany. Zauważyć należy, że w par. 2 ust. 5 załącznika nr 1 do projektu umowy Zamawiający ustala obowiązek uruchomienia akcji od wystąpienia śliskości zimowej *„(w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C”*. Natomiast w pkt 21.1. tak jak w pkt 21 przed zmianą SWZ, wskazuje na obowiązek wykonania akcji zapobiegania przed wystąpieniem tej śliskości, a więc przed wystąpieniem gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej. Zamawiający nie określa jednak parametrów przy jakich wykonawca ma rozpocząć akcję zapobiegania i czy są one tożsame z określonymi w par. 2 ust. 5 lit. a), czyli *„przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰C”*. Nie wynika to również z kryterium oceny ofert, którego brzmienie jest w zasadzie tożsame z treścią par. 2 ust. 5 załącznika nr 1 do projektu umowy i wskazuje deklarowany czas rozpoczęcia akcji *„od wystąpienia opadów śniegu lub od wystąpienia śliskości zimowej (w postaci gołoledzi lub lodowicy lub zlodowacenia lub śliskości pośniegowej) przy występowaniu jednocześnie wilgotności powyżej 85% i temperatury poniżej +1⁰ C i temperatury przy gruncie poniżej 0⁰ C.”* Skoro wykonawca jest zobowiązany również do uruchomienia akcji zapobiegania śliskości, a więc zanim wystąpi śliskość zimowa opisana wyżej to opis sposobu realizacji tej akcji powinien określać parametry, których wystąpienie będzie determinowało wykonanie usługi przez wykonawcę. W ocenie Izby, doprecyzowanie powyższych postanowień ma istotne znaczenie dla prawidłowej kalkulacji oferty, a także określenia ryzyk przez wykonawcę w kontekście przewidzianych w projekcie umowy kar umownych za niewykonanie akcji zapobiegania. Wykonawca musi mieć pewność co do momentu, w którym będzie zobowiązany rozpocząć każdą z akcji. Izba nie będąc związana żądaniem odwołania, uznając zarzut niejednoznacznego opisu wykonania zamówienia za zasadny, nakazała aby Zamawiający precyzyjnie określił sytuacje i warunki, w których Wykonawca będzie zobowiązany do rozpoczęcia akcji zapobiegania. Izba nie nakazała określenia parametrów warunkujących

realizację akcji zapobiegania w sposób żądany przez Wykonawcę, gdyż jak już wyżej wskazano, Odwołujący nie wykazał, że prawidłowa realizacja akcji zapobiegania może nastąpić wyłącznie, gdy wykonawca przystąpi do akcji „przy wilgotności powyżej 80% i temperaturach poniżej 2 stopni tj. gdy występuje wysokie ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk pogodowych (gołoledź, lodowica).”

Dodatkowo, w ocenie Izby, nie jest konieczne doprecyzowanie w jaki sposób mierzona ma być temperatura przy gruncie, gdyż określa to par. 2 ust. 12 załącznika nr 1 do projektu umowy w zakresie w jakim wykonawca ma potwierdzać wymagane parametry wydrukami ze stacji pogodowej. Izba zauważa, że Odwołujący nie miał wątpliwości odnośnie sposobu mierzenia pozostałych parametrów i w ich zakresie nie wskazywał na możliwość różnic w odczycie. Skoro Zamawiający wymaga wydruków ze stacji pogodowej dla potwierdzenia występowania określonych parametrów to kwestia różnic w odczytach pozostaje irrelevantna dla oceny prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut 2 odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący w zakresie zarzutu 2 odwołania podnosił nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia oraz nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w kontekście postanowienia § 13 ust. 1 pkt 5, 6, ust. 3 projektu umowy. Odwołujący wskazywał, że ww. postanowienie umożliwia Zamawiającemu zmniejszenie wielkości zamówienia, co przekłada się na brak pewności wykonawcy co do gwarantowanego zakresu zamówienia oraz ryzyko niemożliwości pokrycia kosztów stałych. Powyższe w konsekwencji ma wpływ na rzetelną ocenę ryzyka i skalkulowanie ceny oferty, która powinna zostać ustalona przez wszystkich wykonawców w oparciu o jednakowe założenia wynikające z SWZ. Odwołujący wnosił, aby podstawowy zakres zamówienia zwiększyć do 4500 km, określić maksymalną możliwą zmianę w wyniku zaistnienia okoliczności wskazanych w § 13 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy na poziomie 2% w stosunku do wynagrodzenia maksymalnego wskazanego w § 9 projektu umowy oraz wprowadzić „miesięczne wynagrodzenie za gotowość”.

W ocenie Izby ww. zarzut i żądania nie były uzasadnione. Izba zauważa, że Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron zdecydował się uwzględnić zarzut 2b odwołania, poprzez doprecyzowanie że zmiany § 13 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy nie będą miały wpływu na gwarantowaną na poziomie 2700 km wielkość zamówienia. Odwołujący ma zatem pewność, że na tym poziomie umowa zostanie zrealizowana, a w przypadku wykonania mniejszej liczby km w okresie obowiązywania umowy wykonawcy zostanie wypłacone wynagrodzenie stanowiące różnicę pomiędzy wynagrodzeniem za minimalny, gwarantowany zakres umowy

a wynagrodzeniem wypłaconym (§ 9 ust. 18 projektu umowy). Nie może być zatem mowy o naruszeniu art. 433 pkt 4 ustawy pzp.

W świetle § 9 ust. 18 projektu umowy oraz określenia minimalnego zakresu zamówienia na 2700 km, nie ma uzasadnienia dla żądania ustalenia maksymalnej możliwej zmiany w wyniku zaistnienia okoliczności wskazanych w § 13 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy na poziomie 2% w stosunku do wynagrodzenia maksymalnego wskazanego w § 9 projektu umowy. Nie ma racji także Odwołujący, że Zamawiający nie określił przyczyn wprowadzenia zmian. Z pkt 5 dot. *„Zmiana wprowadzona zostanie, gdy wynikać to będzie ze zmiany organizacji ruchu na danych drogach lub z potrzeb mieszkańców.”*, a z pkt 6: *„zmiana zakresu rzeczowego w przypadku zamknięcia dróg lub ich części w związku z prowadzonymi remontami i i/lub inwestycjami i zakresu wykonanych kilometrów.”* W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że: *„w planie postępowań nie przewiduje nowych inwestycji drogowych lub remontów, które miałyby wpływ na realizację usługi w zakresie zimowego utrzymania jezdni w sezonie 2022/2023. Niemniej nie można wykluczyć sytuacji, w których z przyczyn niezależnych od Zamawiającego (np. zawalenie się wiaduktu, podmycie drogi, zawalenie się drogi na kanale) niezbędne będzie przeprowadzenie remontu drogi lub zrealizowanie inwestycji.”* Ponadto, strony będą rozliczać się za wykonane km usługi, przy czym wielkość 2700 km jest gwarantowana, a więc nawet jeśli Zamawiający skorzysta z możliwości zmiany umowy na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy, to zmiana ta nie wpłynie na gwarantowaną wysokość wynagrodzenia wykonawcy. W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył art. 455 ust. 1 ustawy pzp.

Zdaniem Izby, wykonawcy uzyskają z dokumentacji zamówienia wszystkie niezbędne dane dla oceny ryzyka i prawidłowego skalkulowania oferty. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący uzasadniał żądanie zwiększenia zamówienia podstawowego do wielkości 4500 km niemożliwością wyceny oferty w kontekście możliwego zmniejszenia wielkości świadczenia postanowieniami § 13 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy. Odwołujący ma jednak wiedzę, że minimalna wielkość zamówienia to 2700 km, a więc nie ma ryzyka, że ww. postanowieniem ta wartość ulegnie zmianie. Zauważyć należy, że w świetle przepisów dotyczących prawa opcji, nie ma przeszkód aby wielkość zamówienia w ramach zamówienia opcjonalnego przewyższała zakres świadczenia podstawowego, jeśli jest to przedmiot zamówienia jednego rodzaju. Zamawiający jest więc uprawniony określić wielkość zamówienia podstawowego według swoich potrzeb i możliwości finansowych. Jak wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego - umowa nr ZDKiUM/U-WB/132-W/2022 z 8.11.2022 r. z Odwołującym – w ramach zamówienia z wolnej ręki w § 2 ust. 4 umowy przewidziano minimalny zakres

zamówienia na „- w listopadzie 2022 r. – 1 150 km, - w grudniu 2022 r. – 1 500 km, - w styczniu 2023 r. – 1 500 km.” W postępowaniu DU.260.45.2022 Zamawiający przewidział 8 770 km przy terminie realizacji liczonym od 1 listopada – 7 miesięcy, co średnio daje 1252 km (dowód Zamawiającego: dokumentacja postępowania DU.260.45.2022). Przedmiotowa umowa ma obejmować okres 3 mies.: luty, marzec i kwiecień, a więc okres zimowo – wiosenny. Porównując więc zakres przedmiotowego zamówienia: 2700 km/3 – średnio 900 km miesięcznie, to nie jest to wartość odbiegająca znacznie od wielkości zamówienia w poprzednich postępowaniach. Izba nie stwierdziła naruszenia w zakresie ustalenia przez Zamawiającego poziomu zamówienia podstawowego na 2700 km.

Niezasadne było również żądanie wprowadzenia dodatkowego wynagrodzenia za gotowość. Zamawiający jest uprawniony w umowie zastosować wynagrodzenie kosztorysowe pozwalające rozliczać się z wykonawcą za faktycznie wykonane usługi. Jak już wskazano, wykonawca ma wiedzę na temat poziomu zamówienia, do którego wynagrodzenie zostanie mu wypłacone, nawet jeśli wykonawca w okresie 3- miesięcznym obowiązywania umowy nie zrealizuje usług do 2700 km. W ocenie Izby nie można tutaj mówić o nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego, który jest również zobowiązany do racjonalnego wydatkowania środków.

Niezasadny okazał się również zarzut 3 odwołania.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Odwołujący kwestionował ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane koniecznością „kredytowania” Zamawiającego. Odwołujący podnosił, że w świetle § 9 ust. 18 projektu umowy ewentualna zapłata za zagwarantowany minimalny zakres umowy nastąpi po zakończeniu umowy, podczas gdy wykonawca ponosić musi koszty związane z realizacją usługi. Odwołujący podnosił, że termin płatności jest dłuższy niż 30 dni, co jest sprzeczne z regulacją o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Odwołujący wnosił o zmianę postanowień § 9 ust. 18 wzoru umowy w taki sposób, aby Zamawiający zobowiązany był do miesięcznego rozliczania wykonanych usług w oparciu o założenie, że jeśli Wykonawca wykona mniej niż 1/3 km z zakresu podstawowego w danym miesiącu (podstawowa wielkość zamówienia podzielona na 3 miesiące) to Zamawiający zobowiązany jest do dopłaty kwoty odpowiadającej różnicy pomiędzy

wynagrodzeniem za rzeczywiście zrealizowaną usługę a zagwarantowane świadczenie minimalne.

W ocenie Izby, żądania Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie, a kwestionowane postanowienia nie naruszają wskazanych przez Odwołującego przepisów. Jak już podniesiono, Zamawiający jest uprawniony przewidzieć w projekcie umowy wynagrodzenie kosztorysowe i rozliczać się z wykonawcą za rzeczywiście zrealizowane usługi. Zamawiający zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy pzp przewidział wielkość zamówienia, którą na pewno zrealizuje, a w przypadku gdyby zleceń było mniej wypłaci wykonawcy różnicę w wynagrodzeniu. Zamawiający nie jest zobowiązany ustalać minimalnego świadczenia stron w stosunku miesięcznym. W ocenie Izby, nieprzewidywalny charakter przedmiotowej usługi zależny od warunków pogodowych, determinuje rozliczenie gwarantowanego zakresu zamówienia na koniec umowy. Trudno bowiem ustalić na tym etapie, ile usług w danym miesiącu Zamawiający będzie musiał zlecić. Chybiony jest również argument o „kredytowaniu” Zamawiającego. Po pierwsze, przystąpienie do realizacji jakiegokolwiek zamówienia niesie za sobą konieczność poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, ostatecznie zrekompensowanych otrzymanym wynagrodzeniem. Po drugie, wykonawcy otrzymali wszystkie dane niezbędne dla oceny ryzyka i skalkulowania oferty na poziomie uwzględniającym koszty realizacji zamówienia. Po trzecie, wykonawca nie bierze pod uwagę, że zlecone usługi mogą przekroczyć 900 km, co wydaje się prawdopodobne mając na względzie dane przedstawione przez Zamawiającego. Co więcej, Odwołujący nie wykazał, że zlecone usługi mogą miesięcznie nie osiągnąć ww. wielkości, co faktycznie spowoduje stratę po stronie wykonawcy, pomimo że jak wynika z dowodów złożonych przez Zamawiającego, Odwołujący jest wykonawcą dotychczas realizującym przedmiotową usługę, a więc ma wiedzę na temat rozmiaru miesięcznie powierzanych prac.

Niezasadna okazała się również argumentacja dotycząca terminu płatności. Zamawiający przewidział w projekcie umowy miesięczne rozliczenie za faktycznie zrealizowane usługi, a wynagrodzenie będzie wypłacane zgodnie z § 9 ust. 4 projektu umowy: „*w terminie 30 dni licząc od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury.*” Zauważyć należy, że § 9 ust. 18 projektu umowy stanowi wyraz realizacji obowiązku ustalenia w umowie minimalnego świadczenia stron, celem umożliwienia wykonawcom prawidłowej wyceny zamówienia. W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że w przypadku wystawienia przez wykonawcę faktury na podstawie § 9 ust. 18 projektu umowy, będzie ona płatna zgodnie z warunkami przewidzianymi w umowie (§ 9 ust. 4 projektu umowy).

Izba uznała także za niezasadny zarzut 4 odwołania.

Odwołujący zarzucał opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym wymogu posiadania pomieszczenia garażowo-magazynowego, bez wskazania dokładnego opisu jakie kryteria to pomieszczenie ma spełniać (np. wielkość) oraz jego przeznaczenia użytkowego. Odwołujący domagał się określenia jaką funkcję ma pełnić pomieszczenie garażowo magazynowe.

W świetle postanowień SWZ żądanie Odwołującego było nieuzasadnione. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia według swoich potrzeb, a zobowiązany jest do precyzyjnego opisu w takim zakresie, który pozwoli wykonawcom na prawidłowe skalkulowanie oferty. W odniesieniu do pomieszczenia garażowo – magazynowego Zamawiający określił aby znajdowało się na terenie bazy, a niespełnienie tego wymogu Zamawiający uzna za niedotrzymanie warunków zawarcia umowy. Zamawiający argumentował w postępowaniu odwoławczym, że nie stawia wymogów co do wyposażenia pomieszczenia i pozostawia to do uznania wykonawcy. Jak wskazano w SWZ, baza musi być wyposażona: *„w narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne wymienione w ofercie (zgodne z rozdziałem VI. SIWZ). W przypadku sprzętu, którego Wykonawca nie jest właścicielem należy na piśmie wskazać miejsce jego lokalizacji.”* W Rozdziale VI Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie narzędzi, wyposażenia i urządzeń technicznych. Wykonawca ma więc świadomość jakim sprzętem musi dysponować na terenie bazy, a do jego uznania, jako profesjonalisty Zamawiający pozostawił kwestę wyposażenia pomieszczenia garażowo magazynowego. Po stronie wykonawcy leży zatem takie zorganizowanie zasobów sprzętowych i materiałowych, aby wykonać zamówienie w sposób należyty. Odwołujący wskazywał wielokrotnie, że jest wykonawcą doświadczonym, co więcej wykonującym aktualnie analogiczne zamówienie, a zatem ustalenie niezbędnych zasobów dla zrealizowania umowy nie powinno być dla Odwołującego utrudnione. Nie jest więc w ocenie Izby tak, że wykonawca na podstawie danych z opisu przedmiotu zamówienia nie jest w stanie prawidłowo skalkulować oferty. Brak wymagań co do wyposażenia pomieszczenia garażowo – magazynowego powoduje, że Zamawiający nie będzie uprawniony egzekwować wymogów, których nie postawił i wyciągać na tej podstawie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy. Wykonawca jest więc w stanie prawidłowo ocenić ryzyka wykonania zamówienia.

Zarzut 6 odwołania nie potwierdził się.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący podnosił, że z § 2 pkt 5 załącznika nr 1 do umowy nie wynika czy warunki z lit. a i b muszą zostać spełnione łącznie czy spełnienie jednego z tych warunków powoduje uruchomienie akcji, co oznacza że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób nieprecyzyjny.

W ocenie Izby, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że powyższe nie wynika z postanowień SWZ. Izba zwraca uwagę, że literalna wykładania postanowienia § 2 pkt 5 załącznika nr 1 do umowy lit. a i b jest taka, że akcja z lit. a i b to dwie odrębne akcje, z których jedną należy podjąć w przypadku wystąpienia śliskości zimowej (lit. a), a drugą gdy wystąpią opady śniegu (lit. b). Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie braku precyzji. Jak już zostało wskazane, rozbieżności opisu przedmiotu zamówienia dotyczą wyłącznie akcji zapobiegania, co do której Zamawiający nie określił, jakie warunki determinują rozpoczęcie akcji, co skutkowało uwzględnieniem zarzutu 9 odwołania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/7 i Odwołującego w części 6/7.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz kwota 507,35 zł tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (łącznie 19 107,35 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 19 107,35 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 16 377,73 zł (19 107,35 zł x 6/7). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 729,62 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: