

Sygn. akt: KIO 1869/15

WYROK

z dnia 11 września 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 roku przez wykonawcę: **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. Sp. J. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. Sp. J. z siedzibą w Poznaniu**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. Sp. J. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza kwotę **672 zł 00 gr** (słownie: sześćset siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) od wykonawcy **Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. Sp. J. z siedzibą**

w Poznaniu na rzecz zamawiającego **Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni** stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

28 sierpnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów art. 180, w zw. z art. 179 ust. 1, art. 2 pkt 13, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 12 i pkt 13, art. 36a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami) (dalej „ustawa Pzp”), a także na podstawie art. 483 § 1 ustawy z dnia 23. 04. 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964, Nr 16, poz. 93 ze zmianami) (dalej KC), odwołanie złożył wykonawca Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. Sp. J. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Oczyszczanie zimowe dróg na terenie miasta Gdyni”, podzielone na części, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod Nr 2015/S 158 - 291081 z dnia 18.08.2015 r. prowadzi Zamawiający: Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni.

Odwołanie wniesiono od treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w której Zamawiający zamieścił postanowienia sprzeczne z obowiązującymi przepisami oraz zagrażające interesowi wykonawcy, a także wobec zaniechania opisanie niektórych zasad i wymogów obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zobowiązany był uwzględnić na podstawie przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) odstąpienie od zamiaru różnicowania wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za utrzymywanie tzw. gotowości zimowej, w zależności od wariantów tej gotowości, jakie Zamawiający zamierza wprowadzać odpowiednio do prognozowanego stanu pogody;
- 2) wprowadzenie wynagrodzenia za utrzymanie gotowości zimowej sprzętu za cały okres realizacji zamówienia;
- 3) odstąpienie przez Zamawiającego od zastrzeżonej w SIWZ możliwości okresowego zawieszania akcji zimowego utrzymania dróg, w trakcie, którego to zawieszenia Wykonawcy nie będzie przysługiwało jakiegokolwiek wynagrodzenie, w tym przede wszystkim wynagrodzenie za utrzymywanie sprzętu w stanie gotowości do podjęcia działań;
- 4) opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na jego podstawie mógł nie tylko wyliczyć ceną ofertową, ale przede wszystkim mógł ustalić, co najmniej, przybliżony dochód (zysk) dla swojej firmy, co w istniejącym stanie rzeczy jest niemożliwe;
- 5) jednoznaczne oznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w poszczególnych latach, bez możliwości wprowadzania zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług, co jest związane z zapłatą wynagrodzenia za utrzymywanie sprzętu w stanie gotowości do podjęcia działań;

- 6) odstąpienie od zamiaru nakładania kar umownych za nieprawidłowe wykazywanie w meldunkach dobowych - zakresu, czy też czasu realizacji robót, bądź też czasu utrzymywania gotowości zimowej, które to nieprawidłowości nie należą do zobowiązań umownych związanych z zimowym utrzymaniem dróg;
- 7) doprecyzowanie przesłanek uprawniających do nakładania kar umownych według postanowień zawartych w § 7 ust. 8 wzoru umowy;
- 8) odstąpienie od zamiaru nakładania kar umownych w wysokościach uzależnionych od miesięcznego wynagrodzenia za wszystkie (prawidłowo i nieprawidłowo wykonane prace);
- 9) dostosowanie wysokości kar umownych do zakresu i specyfiki przedmiotu zamówienia;
- 10) wykreślenie postanowienia § 5 ust. 4 i 8 wzoru umowy dotyczącego ponoszenia pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego lub osób trzecich z uwagi na naruszenie zakresu swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353¹ k.c.);
- 11) odstąpienie od zastrzeżenia zawartego w § 5 ust. 6 wzoru umowy, wedle, którego wykonawca musi uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego na zlecenie wykonania części prac podwykonawcom.

Przedstawione powyżej żądania odnoszą się odpowiednio każdej z części przedmiotowego zamówienia, w zakresie, w jakim danej części dotyczą.

1. Jednym z kryteriów oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu jest czas, w jakim „Zamawiający poinformuje Wykonawcę o terminie zawieszenia/zakończenia realizacji usług utrzymania zimowego”. Kryterium to jest zupełnie niezrozumiałe i pozostaje w całkowitej sprzeczności z ustaleniami, jakie w powyższej kwestii Zamawiający zawarł w treści SIWZ. W myśl postanowień określonych w Części I pkt 2.1.1 lit. b załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający określił jednoznacznie, że o terminie zawieszenia/zakończenia realizacji usługi powiadomi wykonawcę, z co najmniej, 6-ścio godzinnym wyprzedzeniem. W treści SIWZ nie podano, że wykonawca może domagać się (wnioskować o) skrócenia tego terminu, a także nie wyjaśniono jednoznacznie, jak takie ewentualne skrócenie może wpłynąć, na jakość świadczonej usługi (kryterium oceny odnosi się do jakości). Zaproponowana ocena punktowa nie określa, jak poinformowanie wykonawcy przez Zamawiającego o terminie zawieszenia/zakończenia realizacji usługi wpłynie na ocenę ofert. Nie wiadomo także, czy informację o czasie powiadomienia ma podać wykonawca, czy też wykonawca ma zaakceptować wartość podaną przez Zamawiającego.

2. Opisując w SIWZ sposób dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia, Zamawiający wymaga od wykonawców, a by w przypadku ubiegania się o część AI lub część AII, wykazali, że dysponują dla każdej z tych części:

- 14 szt. pługo - posypywarko - solarek o ładowności 4 m³,
- 1 szt. pług klinowy lub wirnikowy,
- 1 szt. ciągnik z osprzętem.

Za utrzymywanie sprzętu w stałej gotowości do wykonywania działań z zachowaniem wymaganych standardów, wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie, liczone za każdą godzinę utrzymywania każdej z pługo-posypywarko-solarek w stanie gotowości zimowej.

Zamawiający zastrzegł jednak, w sposób, który nie został oparty na żadnych sensownych regułach, że w zależności od informacji o prognozie pogody pochodzącej z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej oraz innych źródeł, przewiduje możliwość wprowadzenia czterech wariantów gotowości zimowej. W każdym z tych wariantów będzie wymagał od wykonawcy utrzymywania w gotowości różnej liczby sprzętu, w tym między innymi od 1 do 14 szt. pługo-posypywarko-solarek. O wprowadzanych zmianach w gotowości wykonawca będzie informowany odpowiednio z 2, 4, 6 i 8 godzinnym wyprzedzeniem - w przypadku zwiększenia zapotrzebowania dodatkowo o 2 - 10 szt. pojazdów.

Opisane powyżej zasady jednoznacznie godzą w interes wykonawcy, który z tego tytułu może ponieść określone straty. Mając na względzie fakt, że zimowe utrzymanie dróg obwarowane zostało odpowiednimi standardami jakościowymi i czasowymi, wykonawca faktycznie nie ma możliwości skierowania sprzętu, który w danej chwili nie będzie podlegał któremuś ze standardów gotowości, do innych czynności czy też do dyspozycji innych zamawiających. Ustanawiając sobie prawo do powoływania gotowości zimowej sprzętu w którymś z wariantów, Zamawiający zagwarantował sobie niczym nieograniczone prawo do pełnego władania sprzętem wykonawcy, przy czym zapłata za tą pełną gotowość całego zastrzeżonego sprzętu, będzie znacząco umniejszana w zależności od woli Zamawiającego. Praktycznie, więc cały sprzęt przewidziany do realizacji zamówienia musi pozostawać w stałej gotowości, w oczekiwaniu na dyspozycję Zamawiającego. Oczywiście, jak to miało miejsce w latach ubiegłych, Zamawiający zawsze powoływać będzie stopień gotowości z najmniejszą ilością sprzętu, a w przeciągu kilku zaledwie godzin zmusi wykonawcę do zadysponowania maksymalnej ilości maszyn.

Przy braku powołania sprzętu do gotowości lub po wycofaniu z gotowości części sprzętu wykonawca nie jest w stanie zorganizować jego pracy w innym miejscu (u innego zleceniodawcy) w taki sposób, że na każde wezwanie Zamawiającego będzie mógł ten sprzęt wycofać (bez negatywnych konsekwencji) i niezwłocznie skierować ponownie do dyspozycji Zamawiającego. Pługo-posypywarki są sprzętem wysoce specjalistycznym i nie jest możliwe wykorzystanie ich do innych zadań (szczególnie w okresie zimowym). Koszt nabycia oraz utrzymania tego typu pojazdów, są na tyle wysokie, że żaden wykonawca nie

może pozwolić sobie na beczynne jego „garażowanie” w bazie sprzętowej, w oczekiwaniu na wezwanie Zamawiającego.

Obok sprzętu, który będzie lub nie będzie powołany do stanu gotowości, należy mieć na uwadze ludzi obsługujących ten sprzęt. Nie jest możliwe, aby wykonawca mógł pozwolić sobie na utrzymywanie np. 20 kierowców, których samochody zostały akurat wyłączone z obowiązku pozostawiania w gotowości, przy pełnym braku wiedzy o tym, jak długo taki stan będzie miał miejsce. Koszt utrzymania pracowników jest kosztem tak dużym, że żaden podmiot gospodarczy nie zatrudnia pracowników (kierowców w tym przypadku), na tzw. zapas. Utopijny jest także pogląd, że w przeciągu 2-6 godzin wykonawca jest w stanie zadysponować swoich kierowców, którzy są zaangażowani przy realizacji innych zadań, lub pozyskać (zatrudnić) kierowców, którymi w danej chwili nie dysponuje. Do obsługi tego typu sprzętu nie można kierować kierowców natychmiast po ich pozyskaniu, bo obsługa tego sprzętu wymaga wielogodzinnego szkolenia.

Przy istniejących w SIWZ obwarowaniach nie można wykluczyć, że przez wiele dni, tygodni bądź miesięcy, nie będzie powołany żaden z wariantów gotowości zimowej lub też powołany będzie wariant gotowości z najmniejszą liczbą zadysponowanego sprzętu, a wykonawca pozostając bez żadnego wynagrodzenia i tak będzie musiał utrzymywać sprzęt w stałej dyspozycji, bo Zamawiający zapewnił sobie prawo do jego zadysponowania w ciągu kilku zaledwie godzin.

Postanowienia Zamawiającego w powyższym zakresie należy, więc traktować, jako przejaw dominacji nad wykonawcą, który w tym przypadku jest stroną słabszą, zmuszaną do akceptowania postanowień i rozwiązań wyraźnie godzących w jego interes.

3. Zamawiający zastrzegł, że:

- gotowość zimowa trwająca np. do godz. 14:30 będzie rozliczana do godz. 14:00,
- za postój sprzętu w trakcie wykonywania czynności zimowego utrzymania trwający mniej niż 2 godziny, jak również za pierwsze 2 godziny postoju sprzętu po powrocie do bazy, nie będzie wykonawcy przysługiwało wynagrodzenie za gotowość. Jest to nie do przyjęcia, ponieważ podobnie jak inne zastrzeżenia, o których mowa powyżej, godzi to w interes wykonawcy.

4. Prawo do powoływania odpowiedniego wariantu gotowości zimowej stwarza także jeszcze jedno zagrożenie dla wykonawcy, który niezależnie od rodzaju powołanego wariantu, i tak będzie zobowiązany do prowadzenia działań zimowego utrzymania dróg na całym obszarze rejonu, obejmującym konkretne ulice i miejsca. W sytuacji, gdy Zamawiający ma aż tak duże i niczym nieograniczone uprawnienia, jest rzeczą nieuniknioną, że powołanie danego wariantu gotowości, będzie się odbywało w oderwaniu od rzeczywistych warunków i potrzeb. Innymi słowy nie można wykluczyć, że w sytuacji, gdy ze względu na panujące warunki konieczna będzie praca sprzętu w pełnym zestawie, Zamawiający powoła wariant

z mniejszą ilością jednostek, bo taki będzie jego interes finansowy. Będzie w takiej sytuacji płacił mniej za gotowość jednostek sprzętowych, a wymagał będzie pełnego utrzymania dróg według opisanych standardów. Wykonawca w takiej sytuacji, aby nie narażać się na zapłatę kar umownych, będzie zmuszony angażować sprzęt, który nie pozostaje w gotowości (za który Zamawiający nie płaci). Takie zastrzeżenie jest przejawem zupełnego braku możliwości jakiegokolwiek kontroli nad decyzjami Zamawiającego, którego decyzje mogą bez żadnych konsekwencji krzywdzić wykonawcę.

5. Opisując zakres usług zimowego utrzymania dróg Zamawiający przewiduje, że ich realizacja będzie miała miejsce w okresie od 15 października do 30 kwietnia każdego roku, przy czym Zamawiający zastrzegł sobie prawo do:

- wprowadzenia zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług,
- okresowego zawieszania realizacji usług.

Powyższe zastrzeżenia nie są obwarowane absolutnie żadnymi zasadami, co pozostawia Zamawiającemu pełną, niczym nieograniczoną i w żaden sposób niekontrolowaną możliwość dowolnego podejmowania decyzji.

Wykonawca tak naprawdę nie ma żadnych podstaw do skalkulowania swojej oferty, bo tak naprawdę nie zna ani terminów, w jakich usługa będzie realizowana, ani też zakresu robót, jakie będzie wykonywał. Na wykonawcę przeniesione zostało pełne ryzyko związane z zagwarantowaniem odpowiedniej ilości materiałów i sprzętu, zupełnie bez wiedzy na temat, czy sprzęt ten i materiały w ogóle będą wykorzystane, a także bez żadnej wiedzy, jakiego wynagrodzenia może się spodziewać za realizację przedmiotowego zamówienia. Można powiedzieć, że o ile jest możliwe wyliczenie ceny ofertowej, to wykonawca nie ma żadnych podstaw do oszacowania swoich dochodów (czy też zysków) przewidywanych w okresie realizacji umowy. Opis przedmiotu zamówienia nie daje absolutnie żadnej pewności, co do terminu, w jakim usługa będzie rozpoczęta, okresu trwania usługi i świadczenia gotowości, okresu zawieszenia wykonywania usługi i utrzymywania gotowości zimowej, długości trwania poszczególnych wariantów gotowości itd. Wykonawca nie wie, więc niczego, co pozwoliłoby chociażby na skalkulowanie opłacalności całego przedsięwzięcia.

Dokonane zastrzeżenie może prowadzić do tego, że Zamawiający w dowolnej chwili będzie zawieszał wykonywanie usługi, a w okresie zawieszenia wykonawcy nie będzie przysługiwało żadne wynagrodzenie.

6. Postanowienia zawarte w § 7 ust. 8 lit. a, lit. b, dotyczące powodów nakładania kar umownych, naruszają zasady stosowania kar umownych, określone w przepisach KC. Kara umowna może być nałożona za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Zamawiający natomiast bezpodstawnie rozszerzył te podstawy do okoliczności, które trudno zaliczyć do zobowiązań umownych.

Nie jest bowiem przedmiotem umowy prawidłowe (czytaj: bezbłędne) wykazywanie w meldunku dobowym, zakresu, czy też czasu zrealizowanych prac, bądź utrzymywania gotowości zimowej. W takich wykazach nie trudno o zaistnienie omyłek, które powinny być weryfikowane. Po to Zamawiający zażądał wyposażenia pojazdów w nawigację GPS, aby móc sprawować kontrolę nad przebiegiem realizacji zadań. Weryfikacja ta ma służyć możliwości prostowania błędów zarówno na korzyść, jak i niekorzyść Zamawiającego. Za zaistniałe w tym zakresie odstępstwa od stanu faktycznego nie wolno Zamawiającemu nakładać kar umownych, bo jest to sprzeczne z ideą stosowania tych kar.

Całkowicie nieprecyzyjny jest też zapis o karach umownych, zawarty w § 7 ust. 10, wedle którego Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do nakładania kar umownych za bliżej nie określone niedociągnięcia w realizacji przez wykonawcę, obowiązków wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zastrzegł tu sobie prawo do nakładania kar umownych za każdą stwierdzoną nieprawidłowość, co zagraża wykonawcy karami za nieprawidłowości bliżej nieopisane. Jest to zdaniem Odwołującego nadużycie niedopuszczalne, otwierające niczym nieograniczoną drogę do nakładania kar za najmniejsze błahostki.

Kara umowna została także przewidziana za nieusunięcie awarii urządzeń monitorujących, w ciągu 48 godzin od jej wystąpienia. Jest to kolejny przejaw nadużycia Zamawiającego, swojej dominującej pozycji w stosunku do wykonawców.

Awarie urządzeń monitorujących mają możliwość wystąpienia w każdej sytuacji, a ich usunięcie najczęściej wymaga interwencji specjalistów. Zlecenie tego typu usługi naprawczej przeważnie jest związane z oczekiwaniem, które zazwyczaj jest dłuższe niż 48 godzin, a wykonawca w takiej sytuacji nie ma najmniejszego wpływu na szybkość naprawy. Zakładając także, że taka awaria będzie miała miejsce na przykład w piątek w godzinach wieczornych, po którym nastąpi sobota (wolna od pracy) oraz kolejno dzień lub dni świąteczne, to wykonawca z góry będzie skazany na niedotrzymanie terminu naprawy oraz automatyczne naliczenie kary umownej przez Zamawiającego. Stosowanie w takich przypadkach kar umownych nie ma uzasadnienia prawnego.

Wskazane w § 7 kary umowne są przede wszystkim za wysokie z perspektywy zakresu, oraz specyfiki przedmiotu zamówienia, co znalazło uzasadnienie w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W odniesieniu do wszystkich części zamówienia, Zamawiający przewidział możliwość nakładania kar umownych, których wysokość określona została procentowo w stosunku do wynagrodzenia miesięcznego brutto. Powyższe wywołuje taki oto skutek, że np. za opóźnienie w realizacji zleconego zadania interwencyjnego, polegającego na posypaniu jednej ulicy, wykonawca będzie ukarany także za pozostałe roboty, wykonane prawidłowo w danym miesiącu. Wysokość wynagrodzenia przysługującego za prawidłowo wykonane

zadania, będzie miała wpływ na wysokość kary umownej. Innymi słowy im większa wartość robót wykonanych prawidłowo, tym większa będzie wysokość kary umownej za jedno przewinienie. Wysokość kar umownych uzależniona, więc została od obrotu. Za to samo przewinienie, w jednym miesiącu zostanie nałożona kara w wysokości np. 1000 zł, a w kolejnym miesiącu, w którym wykonawca będzie wykonywał więcej zadań (większa wartość przysługującego wynagrodzenia), kara będzie nałożona w wysokości np. 5000 zł.

7. W myśl postanowień zawartych w § 1 ust. 7 wzoru umowy, przewidywana długość dróg objętych utrzymaniem zimowym może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu, nie więcej niż o 10% w określonych przypadkach. Natomiast w opisie sposobu wyliczenia oferty w powyższym zakresie zobowiązuje się wykonawcę do zastosowania współczynnika 1,05 co pozostaje w sprzeczności przywołanymi powyżej postanowieniami umowy. Ma to szczególne znaczenia dla określenia maksymalnej wartości, o której mowa § 3 ust. 2 umowy, którą to wartość ustalać się będzie w oparciu o cenę wybranej oferty. Zaniżenie maksymalnej wartości umowy ze zrozumiałych względów jest niekorzystne dla wykonawcy.

8. Zamawiający wymaga (patrz pkt 2.5.14 Zał. 1), aby w warunkach wymagających wykonywania zarówno posypywania, jak i pługowania, każda z pługowo- posypywarko-solarek, oba te zabiegi wykonywała jednocześnie.

Nie do przyjęcia jest natomiast zastrzeżenie (pkt. 2.6 załącznika Nr 1), wedle którego w takim przypadku usługa miałaby być rozliczana jako usługa posypywania. Każda z czynności ma swoją cenę w formularzu ofertowym, a trzeba mieć na względzie, że np. samochód wykonujący obie czynności jednocześnie, spala o wiele więcej paliwa niż wtedy, gdy będzie wykonywał jedynie posypywanie. Przy pługowaniu jezdni samochód pokonuje o wiele większe opory, niż ma to miejsce przy posypywaniu, przez co oczywiście zwiększone jest zużycie paliwa.

Przy zwiększonym, więc koszcie wykonywania usługi łącznej, zamawiający zamierza płacić należność według jednej tylko z cen. Zasadnym byłoby, więc aby wobec tego typu wymagań, wprowadzić do opisu sposobu wyliczenia ceny ofertowej oraz do rozliczeń, cenę za usługę łączną (pługowanie + posypywanie).

9. W poszczególnych okresach zimowych Zamawiający gwarantuje płatność za zaangażowanie sprzętu, przez co najmniej 10 000 godzin. Deklaracja ta nie daje wykonawcy absolutnie żadnej wiedzy o zagwarantowanym wynagrodzeniu, ponieważ Zamawiający nie określił, wariantu gotowości wedle, którego będzie rozliczane te 10 000 godzin. Przy założeniu, że przez cały okres zimowy nie będzie potrzeby prowadzenia jakichkolwiek działań i Zamawiający nie powoła przez ten okres żadnego z wariantów lub powoła wariant gotowości z najmniejszym zaangażowaniem sprzętu, to 10 000 godzin będzie rozliczane wg wariantu z 14-toma pługowo- posypywarkami, czy też może wg wariantu z jedną maszyną.

Deklaracja o zagwarantowaniu zapłaty za 10 000 godzin jest nieracjonalna i nieadekwatna do rzeczywistych wymagań odnoszących się do utrzymania gotowości zimowej.

Zakładając wariant gotowości z utrzymaniem 14 szt. pojazdów wskazać należy następujące wyliczenie: 14 pojazdów x 24 godz. x 30 dni = 10080 godzin/m-c. Dla zakresu I i II Zamawiający oczekuje utrzymania tych jednostek od 1 października do 15 maja, a zamierza zapłacić tylko za jeden miesiąc.

Powyższe świadczy o tym, że założenia Zamawiającego, co do liczby godzin gwarantowanego zaangażowania sprzętu, są nierealne. W ubiegłych latach Zamawiający gwarantował zaangażowanie sprzętu, przez co najmniej 8000 godzin, a rzeczywistość pokazała, jak bardzo nierealne są te deklaracje. W sezonie 2013/2014 czas gotowości zimowej i pracy wyniósł 14041 godzin, a w sezonie 2014/2015 - 12142 godziny.

W ocenie Odwołującego są to deklaracje, mające na celu jedynie stworzenie pozorów zagwarantowania wykonawcom jakiegoś poziomu wynagrodzenia. W rzeczywistości, jak już wykazano powyżej, zadeklarowane 10 000 godzin, obejmujące zarówno gotowość, jak i uczestnictwo w robotach zimowego utrzymania, w żadnym zakresie nie przystaje do przedmiotu zamówienia, a w szczególności, do zaangażowania, jakim musi się wykazać wykonawca.

Podobnie rzecz przedstawia się w odniesieniu do pozostałych części zamówienia, nazwanych sektorami, gdzie Zamawiający gwarantuje płatność w sezonie za 1500 godzin pracy, która to gwarancja jak najbardziej jest przejawem tworzenia pozorów o gwarantowaniu wykonawcy jakiegoś wynagrodzenia.

Zamawiający wymaga stałego utrzymania bazy sprzętowej na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia i to niezależnie od tego, czy realizacja zamówienia została zawieszona, czy też nie. Niezależnie także od tego, czy Zamawiający zawiesił okresowo realizację zamówienia, czy też nie, wykonawca jest zobowiązany zakupić i posiadać przez cały czas zapas piasku i soli, pozwalający na prowadzenie prac związanych z utrzymaniem zimowym, przez kolejnych 14 dni. Przy założeniach, jakie przyjął Zamawiający może się okazać, że zapas ten nigdy nie będzie wykorzystany, a koszty jego utrzymania obciążą wyłącznie wykonawcę.

W trakcie trwania okresu zawieszenia realizacji usługi wykonawca, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, zmuszony będzie także do zapewnienia całodobowego funkcjonowania łączności dla przyjmowania zgłoszeń od Zamawiającego, policji, mieszkańców itp., odbierania komunikatów pogodowych oraz rejestrowanie, co 2 godziny faktycznego stanu pogody. Wedle ustaleń Zamawiającego te elementy zamówienia nie wymagają wypłaty wynagrodzenia za ich realizację, a wykonawca będzie zobowiązany do ich świadczenia bezpłatnie.

Z założeń przyjętych przez Zamawiającego wynika, że okres realizacji zamówienia w poszczególnych latach będzie trwał od 10 października do 30 kwietnia i w tym też okresie wykonawca musi być stale gotów do podjęcia działań (utrzymania stałej gotowości). Zamawiający zastrzegł sobie jednak, że w zależności od potrzeb wskazany okres może zostać wydłużony na czas od 1 października do 15 maja. W ten sposób dochodzi do zupełnej dezorientacji Wykonawcy, co do rzeczywistych potrzeb, jakie będzie miał realizować na rzecz Zamawiającego. Postanowienie zezwalające na zmianę zakresu wykonywanych prac jest postanowieniem zbyt ogólnym, niedopuszczalnym na gruncie ustawy PZP. Postanowienie to pozwala na praktycznie każdą modyfikację treści oferty złożonej przez wybranego wykonawcę w zakresie jego obowiązków (przy pozostawieniu niezmiennego wynagrodzenia). Postanowienie to narusza art. 7 ustawy PZP.

10. W § 5 ust. 4 i 8 Zamawiający zawarł zastrzeżenie o ponoszeniu pełnej odpowiedzialności przez wykonawcę wobec zamawiającego lub osób trzecich. Zastrzeżenia te stanowią naruszenie zakresu swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353¹ k.c.). W myśl postanowień wzorca umowy wykonawca będzie ponosił pełną odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, mimo że przyczynić się do powstania szkody może również Zamawiający, który zastrzegł sobie w § 4 ust. 5 prawo do podejmowania decyzji, co do zakresu prac w zależności od warunków atmosferycznych, ograniczając tym samym swobodę wykonawcy w należyтым wykonaniu zobowiązania umownego.

11. W § 5 ust. 6 wzoru umowy zawarte zostało zastrzeżenie, zgodnie, z którym wykonawca w trakcie realizacji umowy nie może zlecić wykonania całości lub części prac osobie trzeciej (podwykonawcy), bez zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie. Zastrzeżenie to nie ma podstaw prawnych i jest sprzeczne z uregulowaniami w tym zakresie, zawartymi w ustawie PZP. Zakaz i zobowiązania z nim związane, opisane w SIWZ, godzą w interes wykonawcy, bezpodstawnie ograniczając przysługujące mu uprawnienia w tym zakresie.

Mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że nie wprowadził zróżnicowania wynagrodzenia wykonawcy w zależności od wariantu tzw. gotowości zimowej. Zamawiający przewidział w SIWZ uśrednioną cenę za 1 godz. utrzymania stanu gotowości zimowej 1 sztuki pługo-posypywarko-solarki dla wariantu I – IV. Zamawiający przewidział w SIWZ ilość sprzętu wymaganą dla poszczególnych wariantów. W interesie Zamawiającego nie leży bezpodstawnie ograniczanie ilości zadysponowanego sprzętu, ponieważ wszelkie decyzje

podejmowane w trakcie prowadzonej akcji zimowej służą zapewnieniu funkcjonowania komunikacji miejskiej i bezpieczeństwu ruchu drogowego. Zamawiający w zależności od ilości zadysponowanego sprzętu określił czasy uzyskania odpowiednich standardów, jak również ich wydłużenie dla poszczególnych wariantów. Angażowanie sprzętu w większej ilości niż wynikałoby z potrzeb, oznaczałoby w ocenie Zamawiającego ponoszenie nieuzasadnionych kosztów, co stoi w sprzeczności z zachowaniem dyscypliny finansów publicznych, ze względu na wydatkowanie środków publicznych w sposób nieracjonalny, niecelowy i nieoszczędny. Założone w SIWZ warianty, możliwość zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia usługi, jej czasowe zawieszenie i ponowne uruchamianie wiążą się z czynnikiem pogodowym. Profesjonalny i doświadczony wykonawca powinien uwzględnić w ofercie ryzyko związane z tym czynnikiem.

Zamawiający, zgodnie z art. 91 ustawy Pzp, wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Mogą to być cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Kryteria powinny być opisane w sposób dokładny, niedopuszczający dowolnej interpretacji oraz pozwalający na wybór oferty w sposób obiektywny. Powinny jednocześnie przekładać się na potrzeby Zamawiającego. Kryterium czasu, w jakim Zamawiający poinformuje wykonawcę o terminie zawieszenia/zakończenia realizacji usług zimowego utrzymania jest jednym z istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia i bezpośrednio się do niego odnosi. W formularzu ofertowym wykonawca określa czas, w jakim Zamawiający poinformuje go o terminie zakończenia/zawieszenia akcji. Zamawiający w dniu 4 września 2015 roku dokonał doprecyzowania zapisów SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający wyjaśnił, że nie przewiduje możliwości rezygnacji z okresowego zawieszenia Akcji Zimowej, które jest niezbędne i uzależnione od specyfiki zamówienia związanej z nieprzewidywalnymi warunkami pogodowymi. W zależności od tych warunków zostały przewidziane poszczególne warianty gotowości zimowej, z zastrzeżeniem możliwości zwiększenia ilości zaangażowanego sprzętu w celu zapewnienia stałej przejezdności w stopniu gwarantującym bezpieczeństwo ruchu drogowego i funkcjonowanie komunikacji miejskiej bez zakłóceń. Zamawiający zagwarantował w ramach zamówienia płatność za zaangażowanie sprzętu w ramach Akcji Zima przez co najmniej 10 000 godzin (utrzymanie gotowości oraz wykonywanie prac). Zamawiający opisując przedmiot zamówienia określił jednoznacznie jego gwarantowany, minimalny zakres. Ze względu na specyfikę usług będących przedmiotem zamówienia uzależnionych od warunków pogodowych, nie ma możliwości bardziej precyzyjnego określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający przy rozliczaniu usługi będzie wypłacał wynagrodzenie zgodnie z faktyczną ilością zaangażowanego sprzętu i wykonanych prac. W praktyce oznacza to, że w sytuacji, gdy łączny czas utrzymania gotowości zimowej i pracy sprzętu w danym sezonie będzie

krótszy niż gwarantowane 10 000 godzin – różnica rozliczona zostanie jak utrzymanie stanu gotowości.

Zamawiający wyjaśnił, że nie przewiduje odstąpienia od zamiaru nakładania kar umownych. Służą one bowiem zmobilizowaniu wykonawcy do rzetelnego rozliczania wykonywanych prac. Zamawiający ma prawo, a nie obowiązek weryfikacji złożonych meldunków. Składanie prawidłowych meldunków jest elementem zamówienia umożliwiającym prawidłowe rozliczenie usług. Zamawiający ma świadomość, że wykonawca ma prawo do popełnienia błędu w meldunku i przewidział możliwość jego korekty w ciągu 3 dni, z zastrzeżeniem wydłużenia tego okresu do 14 dni w przypadku awarii urządzenia GPS, pod warunkiem powiadomienia Zamawiającego o tym fakcie. Zamawiający wyjaśnił, że nie przewiduje wydłużenia terminu naprawy urządzeń monitorujących (48 godz.), jak również odstąpienia od nakładania kar za niedotrzymanie tego terminu. Nieprawdziwy jest zarzut, że Zamawiający ma prawo naliczyć karę za bliżej nieokreślone niedociągnięcia w realizacji obowiązków przez wykonawcę wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Podstawowe obowiązki wykonawcy zostały w sposób jednoznaczny określone w OPZ. Zamawiający nie ma prawa naliczać kar za coś, co nie jest ujęte w OPZ. Zastrzeżone kary nie pozostają w kolizji z zasadą swobody umów, wiążą się bowiem z należytym wykonaniem zamówienia, tym samym mają służyć zdyscyplinowaniu wykonawców do prawidłowego wykonywania umowy. Uzależnienie wysokości kar od miesięcznego wynagrodzenia jest prawidłowe. Wysokość miesięcznego wynagrodzenia wynika z nakładu pracy wykonawcy w danym miesiącu rozliczeniowym. Im trudniejsze warunki zimowe, tym nakład pracy związany z likwidacją skutków zimy jest większy. Z kolei zaniedbania wykonawcy powstałe w sytuacji występowania trudnych warunków zimowych, skutkują dużo groźniejszymi konsekwencjami.

Zamawiający wskazał ponadto, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodów (okoliczności), za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, co oznacza, że strony mogą przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą. Kształtowanie warunków umowy w zamówieniu publicznych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacom. Treść umowy musi mieć oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego (interesu publicznego). Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy, nie ma obowiązku złożenia oferty, jeżeli warunki zamówienia go nie satysfakcjonują. Składając natomiast ofertę, wykonawca musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecnictwem, że: "(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu

zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym podkreślenia wymaga jeszcze jedna kwestia, która przesądziła o konieczności oddalenia wniesionego przez Odwołującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań Zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz SIWZ nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji - one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz - stanowiące ich odzwierciedlenie - żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący, formułując swoje żądania wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W orzecznictwie podkreśla się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym. Istota kontradiktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Te postulaty znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz - a może przede wszystkim - w odpowiadających im żądaniach. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem przedstawieniu ogólnego niezadowolenia wykonawcy z określonych czynności lub zaniechań Zamawiającego, ale zmierza do uzyskania pewnego - czyniącego zadość interesom Odwołującego - stanu, znajdującego wyraz w postawionych żądaniach. Żądania wyznaczają bowiem oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. Jest to szczególnie istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub ogłoszenia. To żądania bowiem

wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub ogłoszenia. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

W konsekwencji, zgodzić się trzeba, że na gruncie analizowanej sprawy, postawienie ogólnych, wręcz blankietowych żądań w zakresie brzmienia SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, a także postanowień umownych w zakresie kar umownych, mogło stanowić przeszkodę dla Zamawiającego w ustaleniu intencji Odwołującego i uniemożliwić ewentualną decyzję w przedmiocie uwzględnienia odwołania. Słuszne zatem były zastrzeżenia Zamawiającego wyartykułowane w odpowiedzi na odwołanie, co do braku czytelnych i precyzyjnych żądań w powyższym zakresie. Skład orzekający Izby w toku rozprawy kilkakrotnie zwracał uwagę Odwołującemu o konieczności precyzyjnego wyartykułowania brzmienia nowych zapisów SIWZ oraz umowy, bowiem to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i przede wszystkim autorem dokumentów decydujących o kształcie tego postępowania, Odwołujący zaś ma precyzyjnie wskazać, w jakim zakresie przedstawione wymagania nie są zgodne z przepisami i naruszają interesy potencjalnych wykonawców zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może zastąpić w tym zakresie Zamawiającego i stworzyć nowej specyfikacji, tak aby odpowiadała ona bliżej niesprecyzowanym potrzebom wykonawcy.

Przechodząc do merytorycznego rozstrzygnięcia zasadności zarzutów, stwierdzić należy, że Zamawiający przewidział w specyfikacji możliwość wprowadzenia czterech wariantów gotowości zimowej. W każdym z tych wariantów będzie wymagał od wykonawcy utrzymania w gotowości różnej liczby sprzętu. Fakt, że Zamawiający decydować będzie o ilości zaangażowanego sprzętu oraz że zwiększenie liczby zaangażowanego sprzętu może mieć miejsce wyłącznie za zgodą Zamawiającego, nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Podkreślić należy, że Zamawiający ma prawo, jak i obowiązek, decydowania o sposobie wykonywania usług, będących przedmiotem zamówienia. To Zamawiający jest dysponentem środków publicznych, które w sposób racjonalny muszą być wydatkowane w celu

zapewnienia bezpieczeństwa i dobrych warunków drogowych w mieście w okresie zimowym. Zimowe utrzymanie dróg obwarowane zostało w SIWZ odpowiednimi standardami jakościowymi i czasowymi. Tymi standardami jest związany zarówno wykonawca przy realizowaniu umowy jak i Zamawiający odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie zamówienia przez wybranego wykonawcę. Co więcej, w interesie Zamawiającego nie leży bezpodstawne ograniczanie lub zaniżanie liczby sprzętu niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia, ponieważ działania takie prowadzić mogą do wystąpienia niebezpiecznych skutków w postaci zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego, czy życia ludzkiego. Nie należy zakładać, że Zamawiający odpowiedzialny za sprawne funkcjonowanie komunikacji w dużym mieście w trakcie zimy działa w sposób nieracjonalny, tak aby narazić się na negatywne konsekwencje.

Ponadto, skoro wykonawca zobowiązuje się w ofercie do realizacji zamówienia za pomocą określonej ilości sprzętu specjalistycznego, który został przez Zamawiającego opisany w SIWZ bardzo szczegółowo, to wykonawca ten powinien przyjąć zgodnie z warunkami SIWZ, że stawia ten sprzęt do dyspozycji w celu realizacji tego zamówienia. Koszt z tego tytułu powinien być uwzględniony przez wykonawcę w cenie oferty.

Izba nie podzieliła opinii Odwołującego, że prawo do powoływania odpowiedniego wariantu gotowości zimowej stwarza zagrożenie dla wykonawcy, który niezależnie od rodzaju powołanego wariantu, i tak będzie zobowiązany do prowadzenia działań zimowego utrzymania dróg na całym obszarze rejonu, obejmującym konkretne ulice i konkretne miejsca. Nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca jest zobowiązany wykonywać przedmiot zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, a zatem jest zobowiązany używać takiej ilości sprzętu, jaka jest wymagana przez Zamawiającego i określona standardami opisanymi w SIWZ, ponieważ w takim zakresie będzie otrzymywał zapłatę za realizację usług objętych przedmiotem zamówienia. Jeżeli zaś zadysponowana ilość sprzętu będzie zdaniem wykonawcy niewystarczająca, zawsze może on wnioskować o jej zwiększenie, co z jednej strony Zamawiającemu zapewni sprawną, rzetelną i terminową realizację usługi, z drugiej zaś wykonawca nie narazi się na naliczanie kar umownych za brak osiągnięcia określonego standardu przejezdności w odpowiednim czasie, a jednocześnie otrzyma zapłatę za prawidłową realizację usługi.

Jak wyjaśnił Zamawiający, wynagrodzenie za gotowość zimową zostało uśrednione dla wszystkich wariantów. Zapisów tych nie uznano za naruszających reguły Pzp. Sam Odwołujący na rozprawie zauważył, że wysoce prawdopodobna jest sytuacja, w której nawet w przypadku wyodrębnienia wariantów wykonawcy zaoferują taką samą cenę w każdym wariantcie. Wpisanie zatem do formularza uśrednionej ceny wydaje się racjonalne.

Wykonawca posiadający doświadczenie w tej branży, a do takich niewątpliwie wykonawców zamówienie jest kierowane, w ocenie Izby, ma podstawy do skalkulowania ceny oferty w tym zakresie, uwzględniając bardzo szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia - w okresie od 15 października do 30 kwietnia każdego roku, z zastrzeżeniem przez Zamawiającego możliwości zmiany tych terminów ze względu na warunki pogodowe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający określając ww. terminy zastrzegł sobie prawo do:

- wprowadzenia zmian w terminach rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług,
- okresowego zawieszania realizacji usług.

Odwołujący podnosił, że powyższe zastrzeżenia nie są obwarowane żadnymi zasadami, ale jednocześnie nie przedstawił żadnych własnych propozycji w tym zakresie. Z punktu widzenia charakteru przedmiotu zamówienia zgodzić się należy z Zamawiającym, że nie jest możliwe ścisłe i nieodwołalne określenie terminów realizacji, podczas gdy nie ulega wątpliwości, że warunki pogodowe mogą w istotny sposób wpłynąć na przyspieszenie lub opóźnienie terminu rozpoczęcia lub zakończenia świadczenia usług. Taka jest specyfika i charakter przedmiotu niniejszego zamówienia. Ryzyko, że Zamawiający może przesunąć termin wykonywania usług lub zawiesić czasowo wykonywanie usług, wykonawca powinien wycenić i uwzględnić w kalkulacji ceny oferty. Ponadto nie do końca odpowiadają prawdzie twierdzenia, że Zamawiający nie określił jednoznacznie terminu realizacji usług. Zamawiający bowiem zamyka wykonywanie usługi w ramach 15 października do 30 kwietnia każdego roku, z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie usług może nastąpić już 1 października a zakończyć się 15 maja. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca kalkulując ofertę przyjął założenie i dokonał kalkulacji usług na poszczególne sezony z założeniem, że będzie ona wykonywana 1,5 dłużej.

Co do punktu trzeciego odwołania, to zauważyć należy, że Odwołujący w przedmiotowym zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznej, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że określone zapisy godzą w interes wykonawcy. W tym zakresie uznano za prawidłową argumentację Zamawiającego, który szczegółowo wyjaśnił, dlaczego i w jaki sposób nastąpi rozliczenie za wykonywanie dwóch czynności jednocześnie i za postój sprzętu przez 2 godziny po zakończeniu działań czynnych, wskazując, że wykonywanie określonych czynności stanowi kontynuację działań czynnych, za które wykonawca otrzymuje stosowane wynagrodzenie. Poza tym wykonawca może tak skalkulować stawkę za 1 godzinę czynnego wykonywania usługi, że zapłata za czynności przygotowawcze i powykonawcze rozliczona zostanie razem z wykonaniem usługi.

W przypadku zarzutów odnoszących się do kryterium oceny ofert, to ponownie zauważyć należy, że Odwołujący zakwestionował ustalone w postępowaniu kryterium, ale nie zaproponował żadnej alternatywy dla tego kryterium. Jak już zauważono na wstępie niniejszego uzasadnienia, Izba nie może kreować treści SIWZ za Zamawiającego lub wykonawcę. Rolą Izby jest ocena zastosowanych zapisów i ocena zapisów proponowanych. W zakresie przedmiotowego zarzutu zauważyć także należy, iż Zamawiający przed rozprawą Izby dokonał modyfikacji SIWZ i doprecyzował opis kryterium czasu, w jakim Zamawiający poinformuje wykonawcę o terminie zawieszenia/zakończenia realizacji usług. Zapisy SIWZ w obecnym brzmieniu Izba uznała za prawidłowe. Zamawiający jednocześnie logicznie wyjaśnił, dlaczego kryterium to jest związane z przedmiotem zamówienia, odnosi się do niego i dlaczego jest istotne z punktu widzenia Zamawiającego, który ponosił będzie mniejsze koszty wykonywania usługi, jeżeli uzyska krótszy czas reakcji na swoje potrzeby.

Izba uznała w dalszej kolejności, że postanowienia zawarte w § 7 ust. 8 lit. a, b i c wzoru umowy, dotyczące kar umownych, nie naruszają zasad określonych w przepisach Kodeksu cywilnego. Sam Odwołujący zauważył, że kara umowna może być nałożona za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Nie można jednak zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający bezpodstawnie rozszerzył te podstawy do okoliczności, które nie można zaliczyć do zobowiązań umownych, gdyż zdaniem Odwołującego przedmiotem umowy nie jest np. prawidłowe wykazywanie w meldunku dobowym zakresu czy też czasu zrealizowanych prac bądź utrzymywania gotowości zimowej. Należy podkreślić, że jednym z warunków realizacji zamówienia jest niewątpliwie zobowiązanie wykonawcy do prawidłowego wykazywania w meldunku dobowym przekazywanym Zamawiającemu - zakresu oraz czasu zrealizowanych prac bądź utrzymywania gotowości zimowej. Prawidłowość tych meldunków ma istotne znaczenie z punktu widzenia rozliczenia realizowanych usług. Oczywiście Zamawiający ma prawo do ich weryfikacji, a Izba podziela stanowisko, że w meldunkach dobowych może dojść do omyłek. Zamawiający przewidział jednak na tę okoliczność możliwość korekty meldunku w terminie 3 dni. Zamawiający przewidział także możliwość wydłużenia tego terminu do 14 dni w przypadku, gdy urządzenie monitorujące ulegnie awarii. Nie uznano za nadmierne działanie Zamawiającego przewidzenie kar za naprawę urządzeń monitorujących powyżej 48 godzin. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., kara umowna należy się wierzycielowi wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego spowodowało wyrządzenie wierzycielowi szkody. Okoliczności opisane w § 7 ust. 8 wzoru umowy mogą powodować szkodę po stronie Zamawiającego w postaci błędów w prawidłowym rozliczeniu realizowanych usług. W tym zakresie Izba nie podzieliła przeciwnego stanowiska odwołującego. Kary umowne służą w tym przypadku zmobilizowaniu wykonawcy do

rzetelnego rozliczania wykonywanych prac, co potwierdza jednoznacznie treść postanowień zawartych w § 7 ust. 8 lit. a, b i c. Wskazać również należy, że szybkość naprawy jest uzasadniona ze względu na potrzebę bieżącego, miesięcznego (co do zasady) rozliczania wykonanych usług. Uwzględniając w części ten zarzut zamawiający dopuścił możliwość, aby w terminie 14 dni wykonawca dokonał korekty meldunków po odzyskaniu zapisów GPS z urządzenia, które uległo awarii.

Zapis postanowienia zawartego w § 7 ust. 10 wzoru umowy odnosi się do niewykonania obowiązków wynikających z opisu przedmiotu zamówienia SIWZ w zakresie innym niż wymienione w tym paragrafie wcześniej. Chodzi tu zatem o obowiązki sformułowane w treści opisu przedmiotu zamówienia i specyfikacji, których powtarzanie w umowie nie jest konieczne. Mimo braku powtórzenia literalnego tych postanowień we wzorze umowy nie można się zgodzić z Odwołującym, że są to okoliczności nieopisane, pozwalające Zamawiającemu na dowolność w zakresie naliczania kar umownych. Zdaniem składu orzekającego Izby także powiązania wysokości kar z miesięcznym wynagrodzeniem nie można uznać za nieprawidłowe. Z uwagi na okoliczność, że wysokość miesięcznego wynagrodzenia uzależniona jest od nakładu pracy, w miesiącach, gdzie nakład pracy jest większy, nienależyte wykonywanie obowiązków może skutkować większymi negatywnymi konsekwencjami dla Zamawiającego, dlatego też w takich miesiącach wymaga się od wykonawcy jeszcze większego zaangażowania i prawidłowego wykonywania obowiązków. Ponadto Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać doprecyzowanie przesłanek warunkujących nałożenie kar.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący treści postanowień zawartych w § 5 ust. 4 i 8 wzoru umowy, w których Zamawiający zawarł zastrzeżenie o ponoszeniu przez wykonawcę pełnej odpowiedzialności za szkody wynikłe na terenie realizowania usług w miejscu ich wykonywania, a w przypadku ich wystąpienia wykonawca zobowiązany będzie do naprawienia szkód i ich ewentualnych skutków na swój koszt oraz wobec zamawiającego lub osób trzecich za szkody powstałe w wyniku niewłaściwego wykonywania usług. Postanowienia te zostały zawarte we wzorze umowy przez Zamawiającego i zobowiązują wykonawcę do ponoszenia pełnej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Zastrzeżenia te nie stanowią naruszenia zasady swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353¹ k.c.), ponieważ żaden potencjalny wykonawca nie jest zobowiązany do składania oferty jeśli na określone w SIWZ warunki zamówienia nie wyraża zgody. Przystąpienie do przetargu i złożenie oferty jest dobrowolną decyzją wykonawcy, związaną z akceptacją warunków określonych przez Zamawiającego.

Zauważyć również należy, że zgodnie z ostatnim zdaniem § 5 ust. 4 wzoru umowy,

odpowiedzialność wykonawcy jest wyłączona jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy lub czyn niedozwolony będzie następstwem siły wyższej lub wyłącznego działania samego Zamawiającego. Powyższe oznacza, że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, w sytuacji gdy Zamawiający, na podstawie § 4 ust. 5 podejmie decyzję, której skutkiem będzie powstanie określonej szkody. Postanowienie zezwalające na zmianę zakresu wykonywanych prac przez Zamawiającego w związku z warunkami pogodowymi powinno być interpretowane w świetle całej treści warunków umowy (warunków realizacji zamówienia). W tym kontekście ma ono na celu zapewnienie racjonalności wykonywanych usług w zależności od warunków pogodowych i w związku z tym racjonalności wydatkowanych środków publicznych.

Wskazać jednak należy, że zgodnie z art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zatem wynikającą z przepisów Kodeksu cywilnego zasadą jest uzależnienie odpowiedzialności kontraktowej od winy dłużnika, a naprawienie szkody wynikającej z zawinionego działania lub zaniechania może przybrać formę zapłaty kary umownej. Niemniej jednak przywołany przepis art. 471 k.c. nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W orzecznictwie wyraźnie dopuszcza się możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych za opóźnienie, tj. niezależnie od istnienia winy po stronie dłużnika (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. I CKN 791/98, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strony w umowie zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania). Należy więc stwierdzić, że wynikająca z Kodeksu cywilnego ogólna reguła odpowiedzialności na zasadzie winy może być wolą stron rozszerzona, przez objęcie obowiązkiem naprawienia szkody (w tym także przez zapłatę kary umownej) również okoliczności przez wykonawcę niezawinionych.

Podsumowując w powyższym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie KIO jak i sądów okręgowych, że zasada swobodnego kształtowania umów, o której mowa w art. 353¹ k.c. podlega ograniczeniu w zakresie umów zawieranych na podstawie ustawy Pzp, ze względu na ich specyfikę.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców. Celem postępowania jest weryfikacja postanowień SIWZ w świetle ustawy Pzp, w więc również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiemu ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Izba zważyła, że uwzględnienie przez Zamawiającego w części zarzutów zawartych w pkt 1, 9 i 11 odwołania (numeracja stosownie do żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie: kryterium oceny ofert, obowiązki meldunkowe wykonawcy podczas zawszenia akcji oraz możliwość korzystania z podwykonawców) potwierdza zasadność w części tych zarzutów, a tym samym potwierdza naruszenie przepisów ustawy Pzp w powyższym zakresie, jednak ze względu na dokonanie przez Zamawiającego stosownych zmian w treści SIWZ zamówienia w dniu 4 września 2015 r., tj. przed rozprawą należało uznać, że naruszenia te nie mają i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Z uwagi na tę okoliczność, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba nie była uprawniona do uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa

Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: