

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 12 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **12 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 29 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. D.i, U.a D.a – wspólnicy spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych i Agrotechnicznych „GLOBAL” w Radomiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia* (nr postępowania NZ.816.50.2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz D.a D.iego, U.i D.iej – wspólników spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych i Agrotechnicznych „GLOBAL” w Radomiu kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia* (nr postępowania NZ.816.50.2016). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S\_077-137584 20 kwietnia 2016 r. (15 kwietnia 2016 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej), w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {<http://bip.mzdik.pl>}, na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 kwietnia 2016 r. Odwołujący – D. D.i, U.a D.a jako wspólnicy spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych i Agrotechnicznych „GLOBAL” w Radomiu {dalej również: „Global”} – wniósł w formie pisemnej {pismem datowanym na 27 kwietnia 2016 r.} do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji w poniżej sprecyzowanym zakresie.

Odwołujący, wskazując na naruszenie poniżej wskazanych przepisów ustawy pzp, sprecyzował następujące zarzuty {lista zarzutów według systematyki odwołania}:

1. Art. 29 ust. 1 – przez zastrzeżenie w pkt 3.5 SIWZ możliwości ograniczenia zakresu usług ustalonych w kosztorysie ofertowym, przy jednoczesnym wskazaniu, że wykonawcy w tych warunkach nie przysługuje prawo do żądania wynagrodzenia za zaniechany zakres usług, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem jednoznacznego określenia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający na etapie realizacji zamówienia zastrzegł sobie możliwość swobodnego i nieograniczonego ograniczenia zakresu przedmiotu świadczenia, a tym samym zmniejszenia wysokości wynagrodzenia za spełnienie świadczenia. Zamawiający nie określił w żaden sposób zakresu tej zmiany ani okoliczności, w których miałyby nastąpić. tak, aby ograniczyć ryzyko występujące w tym przedmiocie po stronie wykonawcy na etapie wyceny swojej oferty. Wykonawca wycenia swoją ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. W oparciu o powyższe

kalkuluje swoją ofertę. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien albo zrezygnować w ogóle z kwestionowanych zapisów SIWZ, albo określić je w taki sposób, aby ryzyko wykonawcy związane ze zmniejszeniem zakresu przedmiotu zamówienia możliwe było do wyceny. Powyższe możliwe jest poprzez określenie stopnia ograniczenia zakresu usług (np. procentowo, wartościowo itp.). Wykonawca kalkulując cenę zamówienia musi brać bowiem pod uwagę wszelkie okoliczności, w tym również czas przestoju pracowników, niewykorzystania sprzętu itp. Aby prawidłowo wycenić usługę wykonawca musi posiadać wiedzę, w jakim zakresie możliwe będzie ograniczenie zakresu jego usług, tj. jaki stopień ograniczeń należy uwzględnić w kalkulacji.

2. Art. 38 ust. 4a, art. 12a ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie do SIWZ zapisów niezgodnych z treścią opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu odnośnie liczby części zamówienia, o które może ubiegać się wykonawca.

Zgodnie z pkt 11.1.8) ogłoszenia: *Oferty można składać w odniesieniu do jednej lub więcej części*, natomiast według pkt 4 SIWZ: *Wykonawca może złożyć oferty w odniesieniu do maksymalnie dwóch części zamówienia*. Zdaniem Odwołującego ograniczenie do złożenia ofert obejmujących maksymalnie dwie części zamówienia nie wynika z ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mają jasności co do liczby części zamówienia, na które mogą złożyć ofertę, co może to prowadzić do nieporównywalności ofert, a w konsekwencji naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. Art. 29 ust. 1 – przez zastrzeżenie w pkt 7.2.1 lit. a SIWZ oraz § 6 ust. 1 lit. a projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego w postaci jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec postanowienia wskazującego na możliwość *rezygnacji z części prac w przypadku, gdy ilość jednostek obmiarowych podana w kosztorysie ofertowym okaże się wyższa w stosunku do ilości koniecznej do wykonania*, Odwołujący podtrzymał argumentację, jak z pkt 1 listy zarzutów. Ponadto dodał, że do zadań Zamawiającego należy zweryfikowanie ilości zamawianych prac, zapotrzebowania na określone działania, usługi. Tym samym ilość jednostek obmiarowych podawanych w kosztorysie powinna być skalkulowana w sposób, który nie będzie rodził na przyszłość ryzyk przeszacowania ilości pracy koniecznej do wykonania. Odwołujący upatruje w zaskarżonym postanowieniu swego rodzaju zabezpieczenie dla Zamawiającego, realizowanego jednak kosztem wykonawcy. Jeżeli Zamawiający nie ma pewności, czy w sposób prawidłowy wskazał wartości w kosztorysie, w najgorszym wypadku powinien

określić precyzyjnie możliwy stopień ograniczenia (rezygnacji z części prac). Odwołujący wskazał, że inaczej kalkuluje się cenę dla usług powtarzalnych obejmujących duży zakres, a inaczej gdy zakres ten jest niewielki).

4. Art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 – przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, w szczególności z uwagi na zawarcie w ww. opisie wymagań technicznych i kadrowych nieuzasadnionych potrzebami wynikającymi z zakresu wykonywanych usług.

Po pierwsze – nieuzasadnionym żądaniu przez Zamawiającego, aby wykonawca do opróżniania koszy posiadał 1 śmieciarkę na 1 rejon, a 2 śmieciarki na dwa rejony (pkt 12 SzOPZ). Według Odwołującego 1 śmieciarka jest w stanie obsłużyć 4 rejony z dwukrotnym zapasem. Odwołujący zarzucił, że skarżone wymagania ogranicza krąg wykonawców do tych, którzy świadczą usługę wywozu nieczystości i posiadają większą flotę sprzętu o takim charakterze, lub zmusza innych do posiadania lub zakupu sprzętu, który w rzeczywistości nie będzie wykorzystany. Ilość wymaganego sprzętu powinna być adekwatna do wielkości zamówienia. Zawyżona ilość ogranicza natomiast dostęp do zamówienia w sztuczny sposób, a tym samym utrudnia uczciwą konkurencję.

Po drugie – konieczności dysponowania odrębnym kierownikiem dla każdej części zamówienia, w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część. Według Odwołującego jeden kierownik jest w stanie nadzorować wykonywanie usług na obszarze wszystkich części zamówienia, a na pewno na obszarze dwóch części zamówienia.

5. Art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 – przez uchybienie obowiązkowi precyzyjnego i jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, sprecyzowane jako:

- a) Brak wskazania w pkt 9.3.1 SIWZ odpadów z oczyszczania ulic o kodzie 20 03 03, jako kategorii odpadów co do których transportu wykonawca powinien posiadać uprawnienie na mocy ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Według Odwołującego jest to uprawnienie konieczne do właściwego wykonywania przedmiotowego zamówienia.

- b) Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji dot. prac interwencyjnych wynikających z pkt 3 SzOPZ (*Zamawiający zastrzega sobie prawo do realizacji umowy na obszarze niewskazanym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*) wraz z określeniem sposobu przyjęcia kryterium oceny.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie wskazuje sposobu oszacowania zakresu tych prac dla potrzeb wyceny usługi. Odwołujący wskazał, że na koszt oczyszczenia

1 m<sup>2</sup> ciągu pieszego, jezdni czy zieleni pasa drogowego ma wpływ m.in. stan nawierzchni, jakość krawężników i opasek chodnikowych (lub ich brak) oraz położenie ulicy, chodnika, w tym sąsiedztwo marketów lub gastronomii. Nakłady pracy na oczyszczenie ulicy czy chodnika rosną gwałtownie w przypadku, gdy krzyżują się z nimi odcinki o nieutwardzonych nawierzchniach, co w przypadku Radomia nie jest rzadkością. Odwołujący skonkludował, że ponieważ stan ulic Radomia jest bardzo zróżnicowany, prawie każdy odcinek winien być wyceniany indywidualnie, aby była to wycena rzetelna. W związku z powyższym niemożliwe jest precyzyjne określenie kosztu oczyszczenia 1 km ulicy czy ciągu pieszego, które nie są znane. Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego do złożenia zamówienia na taką usługę, jednakże w takim przypadku w kosztorysie ofertowym należy wprowadzić dodatkową pozycję dot. interwencyjnego oczyszczanie ciągów pieszych bądź nawierzchni pasów drogowych na terenach dodatkowych, określając przewidywaną powierzchnię objętą tego rodzaju interwencyjnym oczyszczaniem, a najlepiej również wskazując wielkość procentową zanieczyszczeń przypadającą na 1m<sup>2</sup> chodnika lub podając inne jednoznaczne kryteria oceny.

c) Brak sprecyzowania w pkt 4 SzOPZ kwestii dot. uzupełnienia brakujących koszy i wymiany wkładów. W pkt tym wskazano, że prace związane z wywozem odpadów komunalnych z koszy ulicznych obejmują m.in.

– *uzupełnienie brakujących koszy z magazynu jeżeli Wykonawca dysponuje wolnymi kosztami lub nowo zakupionymi w przypadku braku na magazynie* {lit. c},

– *uzupełnienie brakujących lub wymianę zużytych wkładów metalowych do koszy z magazynu jeżeli Wykonawca dysponuje wolnymi na magazynie, jak również każdorazową wymianę worków na odpady w koszach jeśli Wykonawca nie dysponuje już wolnymi wkładami do koszy* {lit. d}

Odwołujący zarzucił, że w powyższych postanowieniach ani w załączniku nr 1 do SzOPZ (zawierającym szczegółowy wykaz koszy do miesięcznej obsługi) nie określono, jaka jest ilość koszy, które nie posiadają wkładów, ani nie wskazano, czy wszystkie kosze mają posiadać takie wkłady, czy jedynie ich część (i jaka). Dla ustalenia prawidłowej ceny za usługę nazwaną *Obsługa koszy ulicznych*, obejmującą każdorazową wymianę worków na odpady w koszach bez wkładów (pkt 4 lit. e SzOPZ), wykonawca winien posiadać miedzę dla ilu koszy musi skalkulować koszt zakupu i codziennej wymiany worka.

Odwołujący zarzucił również, że brak jest precyzyjnej informacji, czy wykonawca ma uzupełniać wkłady metalowe tak, aby ilość koszy z wkładami była stale taka sama,

jak na dzień podpisania umowy, czy może każdy koszt winien posiadać wkład, ewentualnie, czy ilość wkładów może ulegać sukcesywnemu zmniejszeniu wraz z upływem czasu.

Wreszcie Odwołujący zarzucił, że w SzOPZ nie zamarto informacji skąd mają pochodzić wkłady tzn. czy Zamawiający dostarczy je wykonawcy, czy też wykonawca na własny koszt będzie musiał je zakupić. W tym drugim przypadku niezbędna będzie informacja o ilości brakujących na dzień podpisania umowy wkładów oraz dodatkowa pozycja w kosztorysie ofertowym obejmująca, podobnie jak m przypadku koszy, koszt zakupu i wymiany wkładu (dla pkt 4 lit. d SzOPZ).

- d) Zawarcie w pkt 5 lit. a SzOPZ zapisu, który upoważnia do usunięcia substancji niebezpiecznych przez podmiot do tego nieuprawniony, co stanowi jednocześnie naruszenie przepisów ustawy o odpadach. Zakres prac wykonawcy obejmuje m.in. *oczyszczanie ciągów pieszych, ścieżek rowerowych oraz ciągów pieszo-rowerowych w okresie letnim z zanieczyszczeń stałych, płynnych oraz z darni. Ciąg pieszy, ścieżkę rowerową i ciąg pieszo-rowerowy uznaje się za zanieczyszczone, jeżeli na ich powierzchni, łącznie z okrawężnikowaniem i obrzeżem znajduje się piach, liście, przerosty trawy, papiery, gruz, kamienie, szkło i inne powszechnie uważane za nieczystości stałe i płynne oraz nieczystości stwarzające zagrożenie dla ruchu tj. plamy smaru, oleju. Obrzeża przy chodnikach muszą być odsłonięte tzn. z ich powierzchni musi być zebrana ziemia i przerosty trawy oraz inne nieczystości stałe.* Odwołujący zarzucił, że usuwanie plam oleju nie wchodzi w zakres przedmiotu przetargu, gdyż wymaga:

- stosowania środków chemicznych, specjalistycznego sprzętu, a czasami nawet wymiany nawierzchni;
- koncesji na usuwanie i transport substancji niebezpiecznych, której Zamawiający nie żąda od wykonawcy.

Odwołujący zarzucił, że tym samym Zamawiający dopuszcza, aby usuwanie substancji niebezpiecznych jakimi są plamy oleju, dokonywał podmiot do tego nieuprawniony, czym w rażący sposób narusza przepisy ustawy o odpadach.

- e) Brak precyzyjnego ujęcia w pkt 5 SzOPZ momentu rozpoczęcia akcji zima.

Odwołujący ma wątpliwości, czy Zamawiający o rozpoczęciu akcji zima informuje wykonawcę przed każdym wyjazdem (również w sytuacji kilku wyjazdów w danym dniu), czy też jedynie w dniu wystąpienia pierwszych opadów śniegu bądź oblodzenia, a może każdego dnia osobno. Wątpliwości mogą przełożyć się na negatywną ocenę przez Zamawiającego wypełnienia przez wykonawcę jego

obowiązków, zwłaszcza przy okazji objazdu zgłoszonego rejonu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w pkt 5 SIWZ precyzyjnego określenia momentu rozpoczęcia akcji zima, np. przez wskazanie, że wykonawca jest powiadamiany przez Zamawiającego o każdorazowym wyjeździe do akcji zima.

- f) Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji dot. prac interwencyjnych terenów nieobjętych stałym utrzymaniem, wynikających z pkt 5 oraz 7 SzOPZ (*Zamawiający może zlecać Wykonawcy prace interwencyjne terenów nie objętych stałym utrzymaniem. (...) Zamawiający może też w opracowywanym przez siebie harmonogramie wstawić obszar nieujęty w stałe utrzymanie celem uprzątnięcia go, w miejsce terenu będącego w stałym utrzymaniu) wraz z określeniem sposobu przyjęcia kryterium oceny.*

Odwołujący podniósł argumentację, jak dla zarzutu z lit. b. Ponadto sprecyzował, że o ile kosztorys ofertowy uwzględnia interwencyjne oczyszczanie jezdni, o tyle zupełnie pomija kwestię interwencyjnego oczyszczania nawierzchni trawiastych/ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i ciągów pieszo rowerowych.

- g) Brak sprecyzowania w pkt 5 oraz 7 SzOPZ terminów „dzikie wysypisko śmieci” i „duża ilość zalegających odpadów”.

W ww. pkt SzOPZ, odnoszących się do prac interwencyjnych wykonywanych na terenach nieobjętych stałym utrzymaniem, Zamawiający wskazał, że: *Wpisany interwencyjnie teren do harmonogramu powinien powierzchniowo odpowiadać terenowi na miejsce którego został wpisany. Nie może to być jednak teren powszechnie uważany za dzikie wysypisko śmieci ze względu na dużą ilość zalegających odpadów.* Odwołujący zarzucił, że na podstawie tak ogólnych sformułowań wykonawca nie jest w stanie określić terenów, które nie mogą być przedmiotem dodatkowych zleceń o charakterze interwencyjnym.

- h) Wskazanie w pkt 6 kosztorysu dot. uprzątnięcia gruzu z pasa drogowego trudnej do oszacowania jednostki miary gruzu. Zdaniem Odwołującego dla rzetelnej wyceny konieczne jest określenie nie objętości, a wagi gruzu, gdyż od niej zależy cena wywozu i składowania na wysypisku. 1 m<sup>3</sup> gruzu może różnić się wagowo dla różnego rodzaju gryzu (betonowy, ceglany, kamienny, mieszany).
- i) Brak określenia w pkt 11 lit. a SzOPZ powierzchni zatok parkingowych i autobusowych, których oczyszczanie należy do obowiązków wykonawcy.

Według Odwołującego bez wiedzy o powierzchni zatok przy każdej ulicy wykonawca nie jest w stanie dokonać wyceny ww. usługi.

- j) Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji dot. usługi usuwania przez

wykonawcę, na wezwanie Policji, Straży Miejskiej, Straży Pożarnej lub przedstawiciela Zamawiającego, zanieczyszczeń z jezdni w swoim rejonie, powodujących wystąpienie zagrożeń bezpieczeństwa ruchu, wynikającej z pkt 11 lit. c SzOPZ.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie podał, ile wezwań w ciągu roku, czy też w okresie trwania umowy, wykonawca winien uwzględnić przy kalkulacji ceny jednostkowej, co uniemożliwia jej właściwe dokonanie. W rezultacie podanie w ofercie, jak żąda Zamawiający, ceny, która będzie zawierała wszelkie koszty jakie poniesie wykonawca, nie jest w tym momencie możliwe. Zdaniem Odwołującego nieograniczona liczba wyjazdów interwencyjnych może prowadzić do tego, że wykonawca:

– będzie świadczył płatną usługę w ograniczonym do np. 5 % zakresie i jednocześnie bez zapłaty będzie usuwał codziennie zanieczyszczenia zagrażające bezpieczeństwu;

– nawet bez zmniejszenia zakresu, będzie wzywany do codziennych interwencji np. na odcinkach, które na podstawie umowy są obsługiwane raz na miesiąc.

- k) Brak dodatkowej pozycji w kosztorysie ofertowym za tzw. akcję bierną dot. usługi z pkt 11 lit. c SzOPZ.

Odwołujący zarzucił, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewiduje dodatkowego wynagrodzenia za taką usługę, żądanie jej świadczenia przez cały okres umowy, a więc również w okresie zimowym, gdy usługa zamykania nie jest świadczona, stanowi jawne nadużycie. Wykonawca ma świadczyć usługę zamykania jezdni przez 39 tygodni, a przez pozostałe 13 tygodni być w dyspozycyjności Zamawiającego bez dodatkowej zapłaty. Taki zapis uniemożliwia wykonawcy świadczenie usługi zamykania dla innych podmiotów, które nie zawieszają zamykania na czas zimy lub świadczenia gdzie indziej usług np. zimowego utrzymania (po zdemontowaniu zamykarek i zamontowaniu pługów). W takiej sytuacji zasadne jest wprowadzenie dodatkowej pozycji za czas bierny tj. dyspozycyjność sprzętu, którego wykonawca nie może użyć do świadczenia innej usługi.

- l) Nieprecyzyjne ujęcie kwestii czasu, w jakim wykonawca musi wykonać usługę, o której mowa w pkt 11 lit. c SzOPZ, przy wskazaniu, że wykonawca w ciągu 30 min. od momentu zgłoszenia usuwa zanieczyszczenia z jezdni.

Zapis ten budzi duże wątpliwości Odwołującego, który nie ma pewności, czy w ciągu 30 minut ma wyjechać w celu wykonania usługi, czy w tym przedziale czasowym powinien już uprzątnąć zanieczyszczenia. Ponadto Odwołujący wskazał, że nie ma



możliwości dokładnego określenia czasu usunięcia zanieczyszczeń, bez wiedzy o ich charakterze i wielkości. Odwołujący dodał, że dojazd do większości miejsc na terenie Radomia, szczególnie w zimie, może zająć więcej niż 30 minut, zaś uprzątnięcie w tym czasie zanieczyszczeń jest de facto niewykonalne.

- m) Brak precyzyjnego określenia sposobu wynagradzania za świadczenie usługi pozimowego mechanicznego oczyszczania ulic, opisanej w pkt 11 SzOPZ, oraz brak dodatkowej poz. w kosztorysie ofertowym dot. usługi pozimowego zamiatania ulic.

Zdaniem Odwołującego określenie, że rozliczenie będzie wynikało z ceny bieżącego oczyszczania ulic może prowadzić do różnej interpretacji. Odwołujący nie ma wiedzy, czy ww. usługa będzie rozliczana tak, jakby teren był zamiatany na bieżąco (tj. wg harmonogramu tzw. letniego), czy na podstawie obliczeń – liczba km jezdni do pozimowego oczyszczania x stawka za letnie oczyszczanie. W tej sytuacji wprowadzenie dodatkowej pozycji do kosztorysu za usługę pozimowego oczyszczania byłoby rozwiązaniem słusznym, ponieważ jest to zupełnie inna usługa niż bieżące utrzymanie ulic. W przypadku braku pozycji za pozimowe oczyszczanie jezdni w kosztorysie, zapis mógłby przyjąć brzmienie: *Realizacja pozimowego oczyszczania ulic będzie następowała poprzez pozimowe oczyszczenie każdej ulicy z wykazu za stawkę jej letniego zamiatania.*

- n) Brak dodatkowej pozycji w kosztorysie ofertowym za tzw. akcję bierną dot. interwencyjnego wykonania usług oczyszczania na dodatkowych ulicach, wynikającej z pkt 13 SzOPZ.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie może żądać wskazania 1 osoby do kontaktów, która będzie dyspozycyjna przez 24 godziny w ciągu 365 dni w roku, gdyż jest to niemożliwe do zrealizowania. Według Odwołującego jest tu konieczny całodobowy dyżur kilku dodatkowych osób, przez 365 dni w roku.

- o) Zawarcie w pkt 13 SzOPZ nieprecyzyjnego zapisu, który realnie nie jest możliwy do zrealizowania przez wykonawcę: *wszelkie prace będące przedmiotem zamówienia muszą być prowadzone w sposób bezpieczny i nieuciążliwy dla uczestników ruchu drogowego.*

Odwołujący podniósł, że zamiatanie jezdni jest zawsze w pewnym stopniu uciążliwe, gdyż wiąże się ze zmniejszeniem przepustowości jezdni (ograniczeniem prędkości innych uczestników). Odwołujący stwierdził, że wątpliwości nie budziłby zapis wskazujący, iż wszelkie prace będące przedmiotem zamówienia muszą być prowadzone w sposób bezpieczny i jak najmniej uciążliwy dla uczestników ruchu drogowego.

- p) Brak precyzyjnego określenia terminu na dokonanie kontroli wykonania usług, na podstawie pkt.14 SzOPZ, jak również nieprecyzyjny zapis dot. odbiorów wykonanych prac poprawkowych, na podstawie § 9 umowy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował w jakim czasie od wykonania usługi w danym dniu będzie przeprowadzana kontrola. Zdaniem Odwołującego aby można było ocenić jakość prac wykonawcy, kontrola winna być przeprowadzana bezpośrednio po ich wykonaniu, nie później niż w ciągu 4 godzin, gdyż później efekty mogą nie być możliwe do sprawdzenia. W przypadku tego rodzaju prac, które można określić jako zanikowe, moment ich odbioru należy ustalać tuż po ich wykonaniu. Dokonywanie odbiorów prac nawet kilka godzin później może spowodować, że na oczyszczonych już obszarach zgromadzą się nowe zanieczyszczenia, a teren nie będzie kwalifikowała się do odbioru. Odwołujący zwrócił uwagę w tym kontekście na wysokie kary umowne, które zastrzegł Zamawiający w razie niewłaściwego wykonywania prac.

- q) Brak zamieszczenia w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik do SIWZ, informacji do ilu miejsc po przecinku należy podać cenę netto „jednostki obmiarowej” oraz „razem cenę” (kolumny 5. i 6. kosztorysu).

Według Odwołującego takie niedoprecyzowanie może stanowić przyczynę rozbieżności między ofertami wykonawców, naruszając tym samym zasadę konkurencyjności.

- r) Ustalenie w § 9 umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, niewspółmiernie wysokich kar umownych do zaistniałych nieprawidłowości.

Zdaniem Odwołującego nałożenie kary w wysokości kilkunastokrotnie wyższej od kwoty wynagrodzenia (np. kara 20 zł za kosz, 200 zł za nienależyte oczyszczenie chodnika, ponad 3000-krotna w stosunku do wynagrodzenia za oczyszczenie 1 m<sup>2</sup> chodnika) jest nieadekwatne do sytuacji, gdy nieprawidłowości zostaną stwierdzone na odcinku np. 0,01 m<sup>2</sup> chodnika. Odwołujący nadmienił, że charakter prac objętych przedmiotowym zamówieniem zawsze stwarza niebezpieczeństwo, że tuż po ich wykonaniu, a przed odbiorem, mogą zaistnieć zdarzenia powodujące dodatkowe zanieczyszczenie jezdni, np. ulewny deszcz splukujący ziemię z trawników lub zanieczyszczenia spływające z przyległego chodnika nie będącego w utrzymaniu. W opinii Odwołującego kary powinny być określone jako wielokrotność ceny ofertowej i być adekwatne do obszaru terenu na którym nienależycie zrealizowano zamówienie w proporcji do całości odcinka.

- s) Brak sprecyzowania w § 3 ust. 1 lit. e umowy terminu „wszelkie inne szkody”.

Zamawiający wskazał, iż wykonawca ponosi odpowiedzialność za *wszelkie inne szkody wynikłe w trakcie realizacji przedmiotu umowy*. Dla Odwołującego jest to nie do zaakceptowania, gdyż wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie powstałe szkody, tj. np. szkody powstałe z winy Zamawiającego, osób trzecich bądź na skutek zdarzeń losowych, co w sposób nieuzasadniony wykracza poza ogólną zasadę odpowiedzialności określoną w Kodeksie cywilnym, tj. odpowiedzialność na zasadzie winy. Według Odwołującego proponowane przez Zamawiającego rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy jest bezpodstawne, w szczególności biorąc pod uwagę charakter usług stanowiących przedmiot zamówienia. Jedynym możliwym do przyjęcia rozwiązaniem jest przyjęcie, że chodzi o wszelkie inne szkody powstałe z winy wykonawcy.

- t) Zawarcie w § 3 ust. 2 umowy niezgodnego z prawem i zasadami współżycia społecznego zapisu dot. naprawy przez wykonawcę na własny koszt zniszczeń spowodowanych w wykonanych pracach na skutek zdarzeń losowych i innych, powstałych przed odbiorem częściowym i końcowym usług.

Zdaniem Odwołującego jeżeli wystąpi siła wyższa jako zdarzenie losowe, którego strony nie mogły przewidzieć i któremu nie mogły zapobiec, nie jest uzasadnione domaganie się naprawy zniszczeń na koszt wykonawcy.

- u) Zawarcie w umowie zapisu niedotyczącego usług oczyszczania miasta).

Po pierwsze – Odwołujący zarzucił, że § 4 umowy odnosi się do usług budowlanych, a wykonawcy nie mają możliwości realizacji zawartych tam postanowień.

Po drugie – Odwołujący zarzucił, że analogicznie jest w przypadku § 8 ust. 1 i 2 umowy, według którego rozliczenie za wykonane usługi odbywać się będzie miesięcznymi fakturami częściowymi po dokonaniu odbiorów częściowych i fakturą końcową, po odbiorze końcowym, zaś ostateczne rozliczenie zadania dokonane będzie w ciągu 21 dni od daty odbioru końcowego. W przypadku usług sprzątnięcia ulic wystawiane są jedynie faktury miesięczne.

- v) Brak sprecyzowania w § 7 ust. 1 pkt 1.3 umowy terminu „metody kalkulacji uproszczonej”.

Zamawiający wskazał, że: *Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie usług objętych niniejszą umową zostanie ustalone w wyliczeniu (wyliczeniach) opracowanych metodą kalkulacji uproszczonej (jak kosztorys ofertowy) za faktycznie wykonane ilości jednostek obmiarowych oraz ceny jednostkowe podane w kosztorysie ofertowym.*

Odwołujący stwierdził, że nie wie jaką uproszczoną metodę kalkulacji Zamawiający

ma na myśli, gdyż w umowie ani innych załącznikach do SIWZ nie ma opisu sposobu kalkulacji wg metody uproszczonej. W ocenie Odwołującego wynagrodzenie wykonawcy powinno być ustalone na podstawie faktycznie wykonanych usług.

- w) Brak sprecyzowania w § 9 ust. 2 umowy wyrażenia „w sposób istotnie odbiegający od warunków umowy”.

Zamawiający wskazał, że „*odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego oraz odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z powodu realizacji przez wykonawcę zamówienia w sposób istotnie odbiegający od warunków umowy (m tym szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia) upoważnia Zamawiającego do naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1.1. niniejszej umowy.*

Zdaniem Odwołującego ponieważ obowiązkiem Zamawiającego jest dokładne określenie elementów umowy w taki sposób, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje, Zamawiający powinien dołożyć wszelkich starań w celu wyeliminowania elementu niepewności co do znaczenia zapisów odnoszących się do określenia przedmiotu zamówienia.

- x) Brak sprecyzowania sposobu liczenia powierzchni do utrzymania ciągów pieszych i nawierzchni trawiastych w skali roku.

Zamawiający w Załączniku nr 4 do SzOPZ zakłada wykonywanie usługi oczyszczania ciągów pieszych i nawierzchni trawiastych przez 38 tygodni, plus 47 dni zimy (38 tygodni \*7+47= 313), plus 9 dni świąt (w pierwszym roku), co daje 322 dni. A więc pozostają 43 dni, tj. ponad 6 tygodni, w których usługa ma nie być świadczona. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie wskazuje, że obsługa ciągów pieszych obejmuje cały rok, nie określa również, które dni będą wyłączone ze świadczenia usług. Według Odwołującego Zamawiający powinien zatem sprecyzować kiedy, oprócz zimy, usługa będzie świadczona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ (w tym SzOPZ, projektu umowy wraz z załącznikami, w szczególności kosztorysu ofertowego) {lista żądań według systematyki odwołania}:

1. Określenia w jakim stopniu (procentowym, wartościowym) Zamawiający będzie mógł ograniczyć zakres usług ustalonych w kosztorysu ofertowego (pkt 3.5 SIWZ).
2. Ujednolicenia zapisów treści ogłoszenia o zamówieniu z SIWZ w kwestii maksymalnej liczby części zamówienia, co do których wykonawca może złożyć oferty (pkt 4 SIWZ i pkt. 11.1.8. ogłoszenia o zamówieniu).
3. Określenia w jakim stopniu (procentowym, wartościowym) Zamawiający będzie mógł

- ograniczyć zakres przedmiotu zamówienia (pkt 7.2.1 SIWZ).
4. Zmniejszenia liczby wymaganych śmieciarek na dwa rejony do jednej sztuki śmieciarki (pkt 12 SzOPZ).
  5. Zniesienia wymogu dysponowania kierownikiem dla każdej części zamówienia, w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część (pkt 9.3.3 SIWZ).
  6. Dodania odpadów z czyszczenia ulic, kod 20 03 03, jako kategorii odpadów co do których transportu wykonawca powinien posiadać uprawnienie na mocy ustawy o odpadach (pkt 9.3.1 SIWZ).
  7. Zmiany zapisu pkt 11 lit. c SzOPZ przez wprowadzenie do kosztorysu ofertowego dodatkowej pozycji, tj. wyjazdów interwencyjnych do usuwania zagrożeń bezpieczeństwa ruchu, wraz z określeniem ilości takich wyjazdów objętych zamówieniem, ewentualnie wprowadzenia do kosztorysu ofertowego dodatkowej pozycji za tzw. akcję bierną (dyspozycyjność sprzętu i pracownika w czasie zamieszenia zamiatania jezdni).
  8. Wprowadzenia do kosztorysu ofertowego dodatkowej pozycji, tj. oczyszczania interwencyjnego chodników, oczyszczania interwencyjnego nawierzchni trawiastych w pasach drogowych, i co za tym idzie wykreślenia z pkt 5, 7 SzOPZ zdań: *Zamawiający może m opracowywanym przez siebie harmonogramie wstawić obszar nie ujęty w stałe utrzymanie celem uprzątnięcia go, w miejsce terenu będącego m stałym utrzymaniu,* zdań kolejnych z tym związanych oraz precyzyjne określenie (np. przez powierzchnię w m<sup>2</sup>) zakresu możliwości zlecenia prac interwencyjnych w oczyszczaniu ciągów pieszych i nawierzchni trawiastych w pasach drogowych w taki sposób, aby wykonawca mógł je wliczyć do kwoty całej usługi i tym samym właściwie skalkulować cenę jednostkową (pkt 3, 5, 7, 11 lit. c SzOPZ).
  9. Wykreślenia z pkt 5 słów: „płynne oraz nieczystości stwarzające zagrożenie dla ruchu tj. plamy smaru, oleju” (pkt 5 lit. a SzOPZ).
  10. Określenia z jaką dokładnością po przecinku w kosztorysie ofertowym należy wpisywać ceny jednostkowe oraz cenę razem (kol. 5 i 6 kosztorysu).
  11. Określenia ile koszy nie posiada wkładów metalowych oraz sprecyzowania, czy wykonawca ma uzupełniać wkłady do ilości z dnia podpisania umowy, czy też tak, aby wszystkie kosze były wyposażone we wkłady (pkt 4 SzOPZ).
  12. Określenia skąd mają pochodzić wkłady do koszy, tj. czy Zamawiający dostarczy je wykonawcy, czy też wykonawca na własny koszt ma je zakupić (pkt 4 SzOPZ).
  13. Wprowadzenia do kosztorysu ofertowego dodatkowej pozycji: uzupełnienie wkładów z ceną wkładu i bez ceny, w sytuacji gdy wykonawca ma uzupełnić wkłady, aby 100 %

koszy je posiadało.

14. Precyzyjnego określenia pojęcia „dzikie wysypisko śmieci” i „duża ilość zalegających odpadom” (pkt 5 oraz 7 SzOPZ).
15. Zamiany jednostki wskazanej w pkt 6 kosztorysu dot. uprzątnięcia gruzu z pasa drogowego z jednostki objętości (m<sup>3</sup>) na jednostkę wagi (t lub kg).
16. Określenia powierzchni zatok parkingowych i autobusowych, których oczyszczanie należy do obowiązków wykonawcy (pkt 11 lit. a SzOPZ).
17. Precyzyjnego określenia momentu rozpoczęcia akcji zima, np. przez wskazanie, iż wykonawca jest powiadamiany przez Zamawiającego o każdorazowym wyjeździe do „akcji zima” (pkt 5 SzOPZ).
18. Wprowadzenia do kosztorysu ofertowego osobnej pozycji za pozimowe mechaniczne oczyszczanie ulic lub precyzyjnego określenia sposobu wynagradzania za pozimowe oczyszczanie ulic, np. za stawkę letniego oczyszczania lub stawkę będącą krotnością stawki letniego zamywania (pkt 11 SzOPZ).
19. Sprecyzowania kiedy, oprócz dni zimy, usługa oczyszczania ciągów pieszych i nawierzchni trawiastych nie będzie świadczona.
20. Zastąpienia sformułowania „wszelkie prace będące przedmiotem zamówienia muszą być prowadzone w sposób bezpieczny i nieuciążliwy dla uczestników ruchu drogowego” wyrażeniem „wszelkie prace będące przedmiotem zamówienia muszą być prowadzone w sposób bezpieczny i jak najmniej uciążliwy dla uczestników ruchu drogowego” (pkt 13 SzOPZ).
21. Umieszczenia w regulaminie kontroli zapisu, że odbiór prac będzie następował bezpośrednio po ich wykonaniu nie później niż m ciągu 4 godzin od zgłoszenia wykonania (pkt 14 SzOPZ).
22. Uzupełnienia regulaminu kontroli o stwierdzenie, że w przypadku braku przeprowadzenia odbioru w ww. terminie uznaje się, że usługa została wykonana należycie.
23. Zmniejszenia wysokości kar umownych w sposób adekwatny do otrzymywanego wynagrodzenia (np. dwukrotność ceny jednostkowej danej usługi) oraz odniesienie ich do obszaru terenu na którym nienależycie zrealizowano zamówienie w proporcji do całego obszaru (§ 9 projektu umowy).
24. Zmiany zapisu § 3 ust. 1 lit. e projektu umowy przez zastąpienie słów: „wszelkie inne szkody” słowami: „wszelkie inne szkody powstałe z winy Wykonawcy”.
25. Wykreślenia z § 3 ust. 2 projektu umowy zapisu dot. naprawy przez wykonawcę na własny koszt zniszczeń spowodowanych w wykonanych pracach na skutek zdarzeń

- losowych i innych, powstałych przed odbiorem częściowym i końcowym usług.
26. Usunięcia § 4 projektu umowy.
  27. Dostosowania § 8 ust. 1 i 2 umowy do usług sprzątnia ulic, m.in. przez zastąpienie wyrażenia: „faktury częściowe i końcowe” określeniem „faktura miesięczna”, usunięcie zapisów dot. odbiorów końcowych.
  28. Zastąpienia sformułowania: „Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie usług objętych niniejszą umową zostanie ustalone w wyliczeniu (wyliczeniach) opracowanych metoda kalkulacji uproszczonej (jak kosztorys ofertowy) za faktycznie wykonane ilości jednostek obmiarowych oraz ceny jednostkowe podane w kosztorysie ofertowym” wyrażeniem: „Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie usług objętych niniejszą umową zostanie ustalone na podstawie faktycznie wykonanych usług przy uwzględnieniu cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym” (§ 7 ust. 1 pkt 1.3 umowy).
  29. Precyzyjnego określenie pojęcia „w sposób istotnie odbiegający od warunków umowy” (§ 9 ust. 2 umowy)

Pismem z 5 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 29 kwietnia 2016 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

11 maja 2016 r. o godz. 19:49 Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 2 pzp uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym.

Zamawiający uzasadnił, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał słuszność argumentacji zawartej w odwołaniu.

Zamawiający dodał, że dokonał stosownych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji, załączając zmianę ogłoszenia przesłaną do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej oraz potwierdzenie wprowadzenia zmian specyfikacji z 11 maja 2016 r.

12 maja 2016 r. na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający potwierdził złożone uprzednio oświadczenie, a ponadto przesłał potwierdzenie wprowadzenia zmian specyfikacji z 12 maja 2016 r.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że Zamawiający nie tylko zadeklarował, że zgodnie z dyspozycją przywołanego powyżej art. 186 ust. 2 pzp dokonana żądanych w odwołaniu zmian postanowień s.i.w.z., ale 11 i 12 maja 2016 r. wprowadził zmiany postanowień specyfikacji.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości



i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....