

Sygn. akt: KIO 2228/19, KIO 2249/19

WYROK

z dnia 22 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Monika Szymanowska

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 i 21 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku** (sygn. akt KIO 2228/19),

B) w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich** (sygn. akt KIO 2249/19)

w postępowaniu prowadzonym przez **Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **SUEZ Zachód sp. z o. o. we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2249/19 po stronie odwołującego i w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2249/19 po stronie odwołującego i w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19 w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 odwołania,
2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19 w części dotyczącej zarzutu nr 21 (zarzutu uzupełnionego) i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowienia pkt IV ppkt 1.2.2.1 i postanowienia pkt IV ppkt 1.2.2.2 SIWZ przez wykreślenie z nich odpowiednio słów: „(obowiązującego w danym roku kalendarzowym w terminie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 października)” i „(obowiązującego w terminie od dnia 1 listopada do dnia 31 marca)”,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19,
4. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2249/19 w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt 3c, 3e, 4 i 5 odwołania,
5. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2249/19 w części dotyczącej zarzutu 2 oraz 3a, 3b i 3d odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - a) dokonanie modyfikacji postanowienia pkt III ppkt 13 SIWZ przez jego wykreślenie,
 - b) dokonanie modyfikacji postanowień § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 projektów umów przez wskazanie minimalnych i maksymalnych:
 - ilości, powierzchni i długości poszczególnych elementów pasa drogowego,
 - częstotliwości oczyszczania jak również powierzchni terenów zewnętrznych,
 - ilości koszy objętych wynajmem i utrzymaniem, a także tylko utrzymaniem, które mogą ulec zmianie w trakcie realizacji umowy,
6. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2249/19,
7. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19 obciąża wykonawcę **Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku** w części 80%, wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** w części 10% i wykonawcę **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich** w części 10% i:
 - 7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 7.2. zasądza od wykonawcy **Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku** na rzecz **Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu**, działającej w imieniu i na rzecz **Gminy Wrocław** z siedzibą we Wrocławiu kwotę **3.600 zł 00 gr**

- (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 7.3. zasądza od wykonawcy **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku** kwotę **1.500 zł 00 gr** (słownie: jednego tysiąca pięciuset złotych zero groszy),
 - 7.4. zasądza od wykonawcy **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich** na rzecz wykonawcy **Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku** kwotę **1.500 zł 00 gr** (słownie: jednego tysiąca pięciuset złotych zero groszy),
8. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2249/19 obciąża **Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu w części 2/3** i wykonawcę **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich w części 1/3** i:
- 8.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich** tytułem wpisu od odwołania,
 - 8.2. zasądza od **Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich** kwotę **11.200 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy dwustu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działająca w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zad. nr 1-Stare Miasto, zad. nr 2-Śródmieście, zad. nr 3-Krzyki, zad. nr 4-Fabryczna, zad. nr 5-Psie Pole.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 października 2019 r., nr 2019/S 205-499934.

23 października 2019 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Wobec czynności zamawiającego polegającej na:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia,
- 2) postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 3) opisanie warunków udziału w postępowaniu

odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. wnieśli wykonawca Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku, zwany dalej „odwołującym Eneris” i wykonawca FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich, zwany dalej „odwołującym FB Serwis”. Odwołania zostały połączone zarządzeniem Prezesa KIO do łącznego rozpoznania i oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 2228/19 i sygn. akt KIO 2249/19.

KIO 2228/19

Odwołujący Eneris zarzucił zamawiającemu:

- 1) w zakresie punktu III.9. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) („Zarzut 1”) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, tj. przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia i nienależyte określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zobowiązania wykonawców do wskazania nazw podwykonawców w składanej ofercie pomimo, że przepisy ustawy Pzp wskazują, iż zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, a przez to, wprowadzenie przez zamawiającego zapisu powodującego ograniczenie konkurencji w stosunku do wykonawców, którzy na etapie składania ofert nie posiadają jeszcze wiedzy

czy zamierzają korzystać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia z pomocy podwykonawców, a tym samym nie wiedzą czy będą w ogóle korzystać z pomocy podwykonawców, a mimo to są zobowiązani wskazać te podmioty już na etapie składania oferty.

2) w zakresie punktu IV.1.2.2 SIWZ („Zarzut 2”):

naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp, tj. poprzez nienależyte i ograniczające konkurencję określenie warunku udziału w postępowaniu, a także ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniego doświadczenia, poprzez wskazanie, iż wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu w przypadku, gdy wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) czynności, o których mowa w ppkt od 1.2.2.1. do 1.2.2.5. SIWZ odpowiednio w okresie sezonu letniego jak i zimowego w gminach powyżej 100.000 tysięcy mieszkańców według danych Głównego Urzędu Statystycznego za 2018 r. czym naruszona została konkurencyjność z uwagi na fakt, że pomimo, iż wykonawca ma wykazać, że wykonywał określone prace (wyszczególnione w ppkt od 1.2.2.1 do 1.2.2.5. SIWZ) odpowiednio w sezonie letnim jak i zimowym w okresie ostatnich 3 lat, musi jednocześnie wykazać, że wykonywał określone prace w gminach liczących powyżej 100.000 mieszkańców, według danych Głównego Urzędu Statystycznego tylko za rok 2018,

3) w zakresie punktu IV.1.2.3.1. SIWZ („Zarzut 3”): naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, tj. przez ograniczające równą i uczciwą konkurencję opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszące się do posiadania potencjału technicznego oraz sposobu dokonania jego oceny, a także ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej zdolności technicznej, w zakresie wymogu, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie już w chwili składania oferty dysponowali sprzętem określonym przez zamawiającego, narażając tym samym potencjalnych Wykonawców, którzy mogą udowodnić, że wymaganym potencjałem technicznym będą dysponować najpóźniej od pierwszego dnia realizacji zamówienia na wykluczenie z udziału w postępowaniu,

4) w zakresie punktu IV.5.b) SIWZ („Zarzut 4”):

przez naruszenie art. 23 ust. 5 w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) w zw. z art. 7 ustawy Pzp, tj. poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne sformułowanie wymagania zawartego w punkcie IV.5.b) SIWZ, naruszającego równą i uczciwą konkurencję, a także ograniczającego możliwości wykazania posiadanego doświadczenia przez Wykonawcę, poprzez wskazanie, aby warunki zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia, o

którym mowa w pkt. od 1.2.2.1. do 1.2.2.5. SIWZ, musiał spełnić dowolny Wykonawca składający ofertę wspólną, podczas gdy w przypadku złożenia oferty wspólnej przez Wykonawcę działającego jako m.in. konsorcjum, wystarczające dla osiągnięcia celu zamówienia jest, aby ten warunek został spełniony przez jednego lub kilku Wykonawców łącznie, a nie poprzez spełnienie wszystkich warunków przez tylko jednego Wykonawcę, co w konsekwencji godzi w istotę złożenia oferty przez Wykonawców działających wspólnie, a tym samym rażąco ogranicza konkurencję.

- 5) w zakresie Działu I pkt 3) w związku z Działem II Rozdział II ust. 1 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ”) („Zarzut 5”):

poprzez naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy i wewnętrznie sprzeczny opis przedmiotu zamówienia, który w konsekwencji może spowodować niemożność złożenia prawidłowej oferty przez Wykonawcę, a także naruszający zasadę równości i konkurencji, poprzez faworyzowanie wyłącznie Wykonawców, którzy mają bazy sprzętowo-transportowe zlokalizowane jak najbliżej miejsca wykonywania umowy, a nadto poprzez brak możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, tj. wskazanie, że za gotowość techniczną rozumie się takie przygotowanie pod względem organizacyjnym, kadrowym, sprzętowym materiałowym i logistycznym do przystąpienia do akcji, niezależnie od dni wolnych i świąt, aby Wykonawca mógł rozpocząć akcję zimowego utrzymania na zadaniu wymaganą ilością sprzętu w ciągu 1 godziny od dnia wydania dyspozycji przystąpienia do akcji (z zastrzeżeniem, że 25 % sprzętu powinno rozpocząć akcie w ciągu 15 minut. 50% sprzętu powinno rozpocząć akcie w ciągu 30 minut. 75% sprzętu powinno rozpocząć akcie w ciągu 45 minut i 100% sprzętu powinno rozpocząć akcie w ciągu 1 godziny od wydania dyspozycji do akcji Wykonawca prac winien utrzymywać gotowość techniczną niezależnie od panujących warunków atmosferycznych i obowiązującego standardu utrzymania dróg. Przy czym zapis ten nie koreluje z zapisem zawartym w Rozdziale II ust. 1 SOPZ, stanowiącym, iż baza sprzętowo-transportowa ma być zlokalizowana na terenie lub poza granicami gminy Wrocław, przy czym baza ta musi być zlokalizowana w odległości umożliwiającej (poza szczytem komunikacyjnym) dojazd sprzętu i podjęcie akcji (w każde miejsce objęte przedmiotem zamówienia) w okresie 1 godziny od wydania dyspozycji przystąpienia do akcji.

- 6) w zakresie Działu II Rozdział II ust. 1 pkt 1 SOPZ („Zarzut 6”):

poprzez naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia i nienależyte określenie warunku udziału w postępowaniu, który w konsekwencji narusza zasadę konkurencyjności, a także ograniczenie możliwości wykazania przez Wykonawcę odpowiedniej zdolności technicznej, poprzez wskazanie, że przez cały okres realizacji zamówienia Wykonawca

zobowiązany jest dysponować jedną bazą sprzętowo-transportową, co w konsekwencji skutkuje pozbawieniem Wykonawcy możliwości korzystania z więcej aniżeli jednej bazy, pomimo faktycznego dysponowania przez Wykonawcę większą ilością baz,

- 7) w zakresie Działu II Rozdział III ust. 4.1. pkt 6 SOPZ („Zarzut 7”):
przez naruszenie art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt b) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. poprzez ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej zdolności technicznej, tj. brak określenia maksymalnej (lub choćby wskazania orientacyjnej) ilości skrzyń na piasek, jaką Wykonawca ma obowiązek dysponować, a jedynie określenie, iż ilość ich każdorazowo będzie ustalana w drodze negocjacji pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym.
- 8) w zakresie Działu VI SOPZ („Zarzut 8”):
poprzez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, który w konsekwencji utrudnia lub wręcz uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty przez podmioty zainteresowane realizacją zamówienia, z uwagi na nieokreślenie przez Zamawiającego szczegółowych zasad wynagradzania za usługi polegające na usuwaniu padłych zwierząt, co w konsekwencji skutkowało nieuwzględnieniem zapisów o wynagrodzeniu za usuwanie padłych zwierząt także w treści SIWZ oraz projektach umów.
- 9) w zakresie projektu Umowy na zadania 2 oraz 1,3-5: dot. § 7 ust. 13 („Zarzut 9”):
przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, który utrudnia lub uniemożliwia prawidłowe złożenie oferty, poprzez brak wskazania przez Zamawiającego przewidywalnego maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy w poszczególnych latach obowiązywania umowy, tj. latach 2020, 2021, 2022, pomimo, że w analogicznym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2016 r., w projekcie umowy zostały wskazane przewidywane kwoty wynagrodzenia na poszczególne lata trwania umowy.
- 10) w zakresie projektu Umowy na zadanie nr 2: dotyczącej § 9 ust. 2 pkt p) („Zarzut 10”):
przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, poprzez niewskazanie w odniesieniu zawartym w § 9 ust. 2 pkt p Umowy na zadanie nr 2 numeru załącznika, pomimo że w analogicznej Umowie na zadania 1, 3-5 taki zapis jest wskazany.
- 11) w zakresie projektu Umowy na zadania 2: dotyczącej § 9 ust. 2 pkt q) („Zarzut 11”):
przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, poprzez niewskazanie w odniesieniu § 9 ust. 2 pkt q Umowy na zadanie nr 2 numeru załącznika, pomimo że w analogicznej umowie na zadania 1, 3-5 taki zapis jest wskazany.
- 12) w zakresie projektu Umowy na zadania nr 2 oraz 1,3-5: dotyczącej § 10 ust 2 („Zarzut 12”):

przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia poprzez obowiązek zapewnienia kontaktu Zamawiającego z Wykonawcą wyłącznie pod stałym numerem telefonu stacjonarnego, co - biorąc pod uwagę rozwiniętą współcześnie technologię komunikacyjną kiedy zdecydowana większość podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty posługuje się co do zasady telefonami komórkowym, a nie telefonem stacjonarnym - sprzeczne jest z realiami współczesnego obrotu gospodarczego, a tym samym pozostawienie w/w zapisu faworyzowałoby potencjalnych Wykonawców, którzy posługują się wyłącznie telefonem stacjonarnym, a nie komórkowym.

- 13) w zakresie projektu Umowy na zadania 1,3-5: dotyczącej § 11 ust. 1 („Zarzut 13”):
przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, przez wskazanie, iż Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonywania kontroli Wykonawcy (bazy, sprzętu, realizacji umowy) na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia, w każdym czasie, począwszy od dnia zawarcia umowy, w tym również w dniach wolnych od pracy oraz poza godzinami pracy Zamawiającego,
- 14) w zakresie projektu Umowy na zadania 2 oraz 1,3-5: dotyczącej § 13 ust 3 („Zarzut 14”):
przez naruszenie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, tj. uzależnienie możliwości zawarcia przez Wykonawcę umów z podwykonawcą od uprzedniej zgody wyrażonej przez Zamawiającego, pomimo, że przepisy PZP, nie nakładają na Wykonawcę obowiązku uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego na zawarcie przez Wykonawcę umów z podwykonawcą, których przedmiotem jest świadczenie usług.
- 15) w zakresie projektu Umowy na zadania 2 oraz 1, 3-5: dotyczącej § 14 ust. 3 pkt 1 lit. b) („Zarzut 15”):
przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, przez wskazanie, iż Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku utraty tytułu prawnego do terenu, na którym usytuowana jest baza magazyn owo-transportowa, który to zapis stoi w sprzeczności i do sytuacji, gdy Wykonawca dysponują większą ilością baz, do których posiada tytuł prawny.
- 16) w zakresie projektu Umowy na zadanie 2: dotyczącej § 2 ust. 2 („Zarzut 16”):
przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, wyrażający się w braku wskazania daty, pomimo, że w analogicznej umowie dotyczącej zadania 1, 3-5 wskazano datę, tj. 01.04.2020 r.,
- 17) w zakresie projektu Umowy na zadanie 2: dotyczącej § 2 ust. 7 („Zarzut 17”):
przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia, przez brak wskazania daty, pomimo, że w analogicznej umowie dotyczącej zadania 1, 3-5 wskazano datę, tj. 31.03.2022 r.,
- 18) w zakresie Działu II Rozdział III ust. 2 pkt 2.13. ppkt 6 SOPZ: („Zarzut 18”):

przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP, tj. wadliwy opis przedmiotu zamówienia i nienależyte określenie warunku pełnopłatności akcji pługosyparki poprzez wskazanie, że pługosyparki powinny wykonać minimum jedno odplużenie jezdni oraz posypanie jezdni niezbędną dawką środków do zapobiegania lub likwidowania śliskości zimowej na długości „trasówki”, który w konsekwencji jest całkowicie sprzeczny z celem podejmowanych przez Wykonawcę czynności.

19) w zakresie Działu VII pkt 1 ppkt 22 SOPZ („Zarzut 19”):

przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 PZP, tj. wadliwy i nieproporcjonalny opis przedmiotu zamówienia poprzez zobowiązanie Wykonawcy do dokonywania potwierdzonych pisemnie zgłoszeń do zarządców nieruchomości oraz Straży Miejskiej w sytuacji stwierdzenia zanieczyszczenia obsługiwanego terenu poprzez porzucenie gruzu i opadów powstałych w wyniku prac prowadzonych przez firmy usługowe działające na zlecenie mieszkańców czy też zarządców, co stanowi niczym nieuzasadnione przerzucenie ciężaru na Wykonawcę.

20) w zakresie Działu II Rozdział III ust. 8 pkt 8.5. ppkt 1 lit. e) i f) SOPZ („Zarzut 20”):

przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, tj. wadliwy i nieproporcjonalny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, że:

- odpady powstałe z opróżnienia koszy na odpady, zgodnie z obowiązującym katalogiem odpadów, zaklasyfikowane zostały do grupy 20, o kodzie 20 03 01. Wykonawca prac jest odbierającym opady,

- niezwłocznego przetransportowania odpadów odebranych z koszy do miejsca prawnie dopuszczającego do unieszkodliwienia,

podczas gdy, sposób postępowania z odpadami o wskazanym kodzie precyzyjnie regulują przepisy m.in. ustawy o odpadach i nie ma konieczności nakładania na Wykonawcę odrębnych obowiązków w tym zakresie.

21) w zakresie pkt IV.1.2.2.1., 1.2.2.2. SIWZ w zw. z Działem I pkt 12) i 13) SOPZ („Zarzut 21” lub „Zarzut uzupełniony”):

Przez naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, tj. przez nienależyte i ograniczające konkurencję określenie warunku udziału w postępowaniu, a także ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniego doświadczenia poprzez wskazanie, iż wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu w przypadku, gdy wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) czynności:

- a) o których mowa w ppkt 1.2.2.1. w okresie jednego sezonu letniego (obowiązującego w danym roku kalendarzowym w terminie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 października),

b) o których mowa w ppkt 1.2.2.2. w okresie jednego sezonu zimowego (obowiązującego w terminie od dnia 01 listopada do 31 marca),
czyż naruszona została konkurencyjność z uwagi na fakt, iż pomimo, iż Wykonawca ma wykazać, że wykonywał określone prace (wyszczególnione w pkt 1.2.2.1 i 1.2.2.2 SIWZ) odpowiednio w sezonie letnim jak i zimowym, to okresy te arbitralnie zawężone zostały przez zamawiającego datami początkowymi i końcowymi, co przy takim sformułowaniu warunku skutkuje niespełnieniem ich i wykluczeniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia z postępowania pomimo, że wykonał – odpowiednio w miesiącach letnich i zimowych, które nie pokrywały się z arbitralnym określeniem sezonu letniego i zimowego przez zamawiającego.

Odwołujący Eneris wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz załączników do SIWZ:

- 1) w zakresie zarzutu 1 – przez wskazanie, iż Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonania usługi polegających na mechanicznym oczyszczaniu jezdni w sezonie zimowym, zaś w pozostałym zakresie Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, z tym zastrzeżeniem, że podanie przez Wykonawcę firm podwykonawców nastąpi zgodnie z zapisami rozdz. VII SIWZ, o ile jest to Wykonawcy wiadome w chwili składania oferty,
- 2) w zakresie zarzutu 2 – przez umożliwienie Wykonawcy wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywał w sezonie letnim jak i zimowym wskazane przez Zamawiającego prace (wyszczególnione w ppkt od 1.2.2.1 do 1.2.2.5. SIWZ) w gminach powyżej 100.000 mieszkańców, przy czym miarodajne dla ustalenia czy dana gmina liczyła powyżej 100.000 mieszkańców będą dane opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny na którykolwiek dzień roku 2018 lub 2017 lub 2016),
- 3) w zakresie zarzutu 3 – przez zmianę kwestionowanego zapisu w następujący sposób: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje na dzień składania ofert lub udowodni, że najpóźniej od pierwszego dnia realizacji zamówienia będzie dysponować co najmniej: (...).
- 4) w zakresie zarzutu 4 – przez wskazanie, iż spełnienie warunku, o którym mowa w pkt od 1.2.1.1, do 1.2.2.5. SIWZ musi spełnić dowolny Wykonawca składający ofertę wspólną lub Wykonawcy łącznie,
- 5) w zakresie zarzutu 5 – przez sprecyzowanie wskazanych zapisów SOPZ z uwagi na fakt, że z jednej strony Zamawiający dopuszcza możliwość, aby baza sprzętowo-transportowa znajdowała się w odległości umożliwiającej dojazd Wykonawcy w ciągu 1 godziny od

wydania dyspozycji o rozpoczęciu akcji, przy czym podczas akcji zimowego utrzymania czystości wskazuje, że już po pierwszych 15 minutach od wydania dyspozycji, 25% sprzętu powinno rozpocząć akcję, a dopiero po 1 godzinie 100% sprzętu, co dla Wykonawców, których baza sprzętowo-transportowa jest zlokalizowana w odległości umożliwiającej dojazd w czasie powyżej 15 minut będzie fizycznie niemożliwe do spełnienia, a tym samym może narazić Wykonawcę na zapłatę kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy.

- 6) w zakresie zarzutu 6 – przez zmianę zaskarżonego zapisu SOPZ w ten sposób, że przez cały okres realizacji zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest dysponować, co najmniej jedną bazą sprzętowo – transportową,
- 7) w zakresie zarzutu 7 – przez wskazanie, jaką maksymalną ilością skrzyń na piasek ma dysponować Wykonawca podczas realizacji zadania.
- 8) w zakresie zarzutu 8 – przez uzupełnienie dokumentacji przetargowej o informację, w jaki sposób będzie następowało ustalenie wynagrodzenia za usługi określone w Dziale VI SOPZ,
- 9) w zakresie zarzutu 9 – przez wskazanie przewidywanych kwot wynagrodzenia Wykonawcy w poszczególnych latach. Ewentualnie, w przypadku braku spełnienia tego warunku - przez wykreślenie w całości zapisów § 7 ust 13,
- 10) w zakresie zarzutu 10 – przez wskazania w kwestionowanym postanowieniu umowy załącznika nr VI,
- 11) w zakresie zarzutu 11 – przez wskazanie w kwestionowanym postanowieniu umowy właściwego załącznika nr IV.
- 12) w zakresie zarzutu 12 – przez zmianę sposobu kontaktu pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przez umożliwienie tego kontaktu także pod numer telefonu komórkowego.
- 13) w zakresie zarzutu 13 – przez dodanie zapisu, iż kontrola zamawiającego będzie dokonana po uprzednim uzgodnieniu terminu z Wykonawcą,
- 14) w zakresie zarzutu 14 – przez zmianę zaskarżonego zapisu umownego przez usunięcie zapisu dotyczącego wyrażenia zgody przez Zamawiającego na zawarcie umowy pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą i zastąpienie go zapisem o konieczności jedynie powiadomienia Zamawiającego o zawarciu umowy z podwykonawcą.
- 15) w zakresie zarzutu 15 – przez doprecyzowanie zaskarżonego zapisu umownego poprzez wskazanie, iż Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku utraty tytułu prawnego do wszystkich terenów, na których usytuowane są wszystkie bazy magazynowo-transportowe, gdyż tylko taka sytuacja prowadzi do niemożności prawidłowej realizacji przedmiotu umowy,
- 16) w zakresie zarzutu 16 – przez doprecyzowanie zaskarżonego zapisu poprzez wskazanie daty, tj. 01.04.2020 r.,

- 17) w zakresie zarzutu 17 – przez doprecyzowanie zaskarżonego zapisu poprzez wskazanie daty, tj. 31.03.2022 r.,
- 18) w zakresie zarzutu 18 – przez zmianę zaskarżonego zapisu SOPZ w ten sposób, że w ramach pełnopłatnej akcji wszystkie pługosyparki powinny wykonać minimum jednokrotne odpiężenie lub posypanie jezdni (w zależności od występujących warunków pogodowych) (...),
- 19) w zakresie zarzutu 19 – przez zmianę zaskarżonego zapisu SOPZ w ten sposób, że Wykonawca zobowiązany będzie do stosownego zgłoszenia do Zamawiającego,
- 20) w zakresie zarzutu 20 – przez zmianę zaskarżonego zapisu SOPZ w ten sposób, że Wykonawca zobowiązany będzie do zagospodarowania opadów zgodnie z postanowieniami ustawy o odpadach,
- 21) w zakresie zarzutu 21 – przez wykreślenie dat początkowych i końcowych odpowiednio sezonu letniego i zimowego i w konsekwencji wykreślenia zaskarżonego zapisu w SOPZ.

W uzasadnieniu odwołania, co do zarzutu nr 3 odwołujący Eneris podniósł, że zamawiający w punkcie IV.1.2.3.1. SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wymaga od wykonawców złożenia wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje już w trakcie składania oferty. Zdaniem odwołującego Eneris zapis ten jest sprzeczny z zasadą art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. ogranicza konkurencję oraz narusza zasadę równości, a także ogranicza możliwość wykazania przez Wykonawcę odpowiedniej zdolności technicznej.

Odwołujący Eneris podkreślił, że wymóg, aby wykonawca wykazał, że odpowiednim potencjałem technicznym dysponuje już w dniu składania ofert wydaje się być nadto rygorystyczny, bowiem z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się z góry, wszystkich tych potencjalnych wykonawców, którzy wprawdzie na dzień składania ofert odpowiednim potencjałem technicznym nie dysponują, jednakże będą nim dysponować w chwili realizacji zamówienia (vide: wyrok SO w Łodzi z dnia 30 września 2015 r., III Ca 875/15). Zdaniem odwołującego zamawiający przez zamieszczenie w SIWZ zapisu „dysponuje” nie dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy będą dysponować odpowiednim sprzętem w chwili realizacji przedmiotu umowy. Zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymaga od wykonawców, aby już w dacie składania ofert faktycznie dysponowali enumeratywnie wyliczonym sprzętem.

Zdaniem odwołującego Eneris wobec sprzeczności takiego wymogu z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp właściwe powinno być (na etapie składania ofert przez wykonawców, którzy na ten dzień nie dysponują odpowiednim sprzętem) dopuszczenie możliwości udowodnienia przez wykonawcę, że będzie stosownym potencjałem technicznym dysponować najpóźniej od pierwszego dnia realizacji zamówienia.

Według odwołującego Eneris pozostawienie zaskarżonego zapisu SIWZ powodować będzie wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy nie dysponują na dzień składania oferty niezbędnym potencjałem technicznym (ale będą w stanie udowodnić, że będą nim dysponować w chwili w chwili przystąpienia do realizacji zamówienia), co jest naruszeniem zasad konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania, co do zarzutu nr 7 odwołujący Eneris podniósł, że w Dziale II Rozdział III ust. 4.1. pkt 6 SOPZ Zamawiający nie określił wprost jaką ilością skrzyń lub pojemników na piasek ma dysponować wykonawca podczas realizacji umowy. Według odwołującego Eneris, zasadnym, dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę jest określenie maksymalnej (choćby orientacyjnej) ilości skrzyń lub pojemników na piasek jaką wykonawca ma obowiązek dysponować. Wskazanie tylko na fakt, iż ilość pojemników na piasek każdorazowo będzie ustalana w drodze negocjacji pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym, może doprowadzić do sytuacji, iż zamawiający będzie żądał zbyt dużej jak na możliwości wykonawcy ilości pojemników, co w następstwie może doprowadzić do nienależytego wykonania umowy i narazić wykonawcę na naliczenie mu wysokich kar umownych.

W uzasadnieniu odwołania, co do zarzutu nr 8 odwołujący Eneris podniósł, że zamawiający całkowicie pominął w dokumentacji przetargowej sposób określenia wynagrodzenia za działanie polegające na usuwaniu padłych zwierząt. Zdaniem odwołującego Eneris wadliwość dokumentacji przetargowej tym zakresie w istocie utrudnia, a wręcz uniemożliwia wykonawcy prawidłowe złożenie oferty. Brak ten został powtórzony zarówno w SOPZ jak o w projektach umów. Zdaniem odwołującego Eneris wobec tego słusznym jest zobowiązanie zamawiającego do uzupełnienia tej części dokumentacji przetargowej o niezbędne jej elementy, które pozwolą złożyć wykonawcom prawidłową ofertę.

W uzasadnieniu odwołania, co do zarzutu nr 13 odwołujący Eneris podniósł, że w zakresie projektu umowy na zadania 1,3-5: dotyczącej § 11 ust. 1 zamawiający zastrzegł w trakcie realizacji umowy dokonywanie kontroli wykonawcy (bazy, sprzętu realizacji umowy) na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia, w każdym czasie, począwszy od dnia zawarcia umowy, w tym również w dniach wolnych od pracy oraz poza godzinami pracy zamawiającego. Według odwołującego Eneris, biorąc pod uwagę możliwość kontroli Wykonawcy w każdym czasie, w tym także w dni wolne od pracy zgodnym z interesem nie tylko zamawiającego ale i wykonawcy będzie doprecyzowanie, iż w/w kontrola będzie dokonana po uprzednim uzgodnieniu terminu z wykonawcą.

W uzasadnieniu odwołania, co do zarzutu nr 21 (uzupełnionego) odwołujący Eneris podniósł, że w zaskarżonym postanowieniu rozdziału IV ppkt 1.2.2.1 i 1.2.2.2. SIWZ

zamawiający w sposób ograniczający konkurencję wskazał, iż wykonawca ma wykazać, że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) czynności:

- a) o których mowa w ppkt 1.2.2.1. w okresie jednego sezonu letniego (obowiązującego w danym roku kalendarzowym w terminie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 października),
- b) o których mowa w ppkt 1.2.2.2. w okresie jednego sezonu zimowego (obowiązującego w terminie od dnia 01 listopada do 31 marca),

Zdaniem odwołującego Eneris taki zapis SIWZ w sposób nieuzasadniony ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę, który co prawda wykonał minimalną, wymaganą przez zamawiającego ilość czynności w zakresie letniego jak i zimowego utrzymania czystości, ale dokonał tego w ramach czasowych innych niż te, które zamawiający określa jako – odpowiednio – sezon letni i zimowy. Zdaniem odwołującego Eneris tym samym zamawiający promuje tylko tych wykonawców, którzy mogą się wykazać wykonaną liczbą czynności dokładnie w miesiącach określonych, zgodnie z zasadami przyjętymi przez zamawiającego, jako sezon letni i zimowy.

Uzasadnienie faktyczne zarzutów nr 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2228/19 nie zostanie przytoczone jako bezcelowe, gdyż zarzuty nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na częściowe umorzenie postępowania odwoławczego wskutek uwzględnienia ww. zarzutów przez zamawiającego i niewniesienia w tym zakresie sprzeciwu przez przystępujących po jego stronie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 15 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2228/19, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty opisane nr 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 i 21 odwołania.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2228/19 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca SUEZ Zachód sp. z o. o. we Wrocławiu. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2228/19 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów nr 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 odwołania. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 21 (uzupełnionego) przedstawionego w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2228/19 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów nr 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 odwołania. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 21 (uzupełnionego) przedstawionego w odwołaniu.

KIO 2249/19

Odwołujący FB Serwis zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „k.c.”) oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp przez:
 - a. ustanowienie w § 9 ust. 2 Projektów Umów dla wszystkich zadań rażąco wygórowanych kar umownych, tj.:
 - i. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim w kwocie 400 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 800 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20 000 m² oraz 1.200 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
 - ii. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. b) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim w kwocie 800 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 1 600 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m² oraz 2 400 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
 - iii. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. c) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni

w sezonie zimowym w kwocie 400 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 800 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20 000 m² oraz 1 200 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;

iv. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. d) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym w kwocie 800 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 1 600 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20 000 m² oraz 2 400 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;

v. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. e) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w kwocie 600 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 1 200 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20 000 m² oraz 1 800 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;

vi. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. f) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w kwocie 1 200 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 2 400 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20 000 m² oraz 3 600 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;

vii. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. g) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania i/lub tramwajowych torowisk wydzielonych i pętli tramwajowych w ciągach ulicznych i pętlach i/lub zieleńców w pasie drogowym i/lub ścieżek rowerowych i/lub przejść podziemnych/tuneli, w wysokości 300 zł;

viii. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. h) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania przystanków, w wysokości 200 zł za każdy przypadek;

ix. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. i) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania chodników i/lub parkingów i/lub ciągów pieszo-rowerowych i/lub ścieżek rowerowych i/lub przystanków w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w wysokości 400 zł za każdy przypadek;

x. przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. j) Projektów Umów kary za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych, w kwocie 300 zł (za tereny zewnętrzne

o powierzchni do 1 000 m², 600 zł za tereny zewnętrzne o powierzchni od 1 001 m² do 8 000 m² oraz 900 zł za tereny zewnętrzne o powierzchni powyżej 8 000 m²;

- przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 9 ust. 4 Projektów Umów, że niewykonanie prac (nie przystąpienie do prac) na którymkolwiek odcinku jezdni, chodnika, parkingu ciągu pieszo-rowerowego, torowiska, przystanku, ścieżki rowerowej lub przejścia/tunelu podziemnego, a także na jakiegokolwiek powierzchni terenu zewnętrznego, stanowiących odrębną (oddzielną) pozycję w Wykazach, o których mowa w § 1 ust. 4 Projektów Umów, traktowane będzie jako niewykonanie prac na całym terenie stanowiącym oddzielną pozycję w Wykazie,

które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane,

a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353¹ k.c. są nieważne;

- b. ustanowienie w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów kar umownych, które wykonawca będzie zobligowany zapłacić Zamawiającemu w przypadku stwierdzenia ogólnie określonego „nienależytego wykonania” obowiązków w zakresie realizowanych usług utrzymaniowych, bez dokładnego sprecyzowania, czego owo nienależyte wykonanie miałoby dotyczyć, co nie pozwala wykonawcom na wyczerpującą identyfikację wszystkich zindywidualizowanych postaci nienależytego wykonania zobowiązania, których zaistnienie uzasadniałoby powstanie obowiązku zapłaty przez wykonawcę kar umownych, a tym samym nie umożliwia Wykonawcy oszacowania ryzyka związanego z zapłatą takich kar, przy czym obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania na etapie składania oferty stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za naruszenie zasady swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego,
- c. art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. o), p), q), r), § 9 ust. 2 pkt 3 lit. a) - i), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. a) - c), f)/ h) - j) oraz § 9 ust. 2 pkt 5 lit. c) - f), k), m), r), t) i u) Projektów Umów kar umownych naliczanych za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej niekreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia

istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego;

2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp - przez zastrzeżenie w § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 Projektów Umów dla wszystkich zadań, że w trakcie realizacji umowy ilości, powierzchni i długości poszczególnych elementów pasa drogowego, częstotliwość oczyszczania, jak również powierzchnie terenów zewnętrznych oraz ilości koszy objętych wynajmem i utrzymaniem, a także tylko utrzymaniem, mogą ulec zmianie, przy czym zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 4 Projektów Umów zmiany takie wymagać będą tylko doręczenia Wykonawcy pismem, faksem lub pocztą elektroniczną przez Zamawiającego informacji o wprowadzeniu zmiany, a więc mogą w istocie być wprowadzane przez Zamawiającego jednostronnie, bez jednoczesnego określenia zakresu (limitu), w jakim przedmiotowe zmiany mogą być dokonywane, co powoduje, że Zamawiający ma zapewnioną nieograniczoną i dowolną możliwość dokonywania ww. zmian odnoszących się do zakresu zamówienia, a tym samym skutkuje tym, że z uwagi na przyjęcie obmiarowego modelu rozliczania wynagrodzenia, Wykonawca nie jest w stanie rzetelnie oszacować, jakie koszty będzie ponosił w związku z ze świadczeniem usług oczyszczania oraz jakie przychody będzie uzyskiwał z tego tytułu i nie ma zapewnionej możliwości rzetelnego skalkulowania ceny ofertowej w taki sposób, aby zapewnić pokrycie w jej ramach kosztów stałych obsługi zamówienia, co oznacza obciążenie wykonawcy niemożliwym do skalkulowania ryzykiem zmiany zakresu zamówienia (zależnym wyłącznie od subiektywnej woli Zamawiającego) i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego,
3. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 k.c. - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a przy tym wprowadzający nadmierne wymagania w stosunku do wykonawcy, nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego i niemożliwe do spełnienia przez niektórych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, tj. przez wymaganie, aby wykonawca zawarł z Zamawiającym umowę o powierzenie przetwarzania danych osobowych, w sytuacji gdy;
 - a. wykonawca byłby zobowiązany wskazać miejsca stanowiące centrum przetwarzania danych osobowych, co w przypadku wykonawców wykorzystujących rozwiązania oparte na tzw. „chmurze”, będzie niezwykle trudne do spełnienia z uwagi na ilość serwerów, na których w takim przypadku dane są przechowywane i przetwarzane (§ 5 ust. 3 wzoru umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych),
 - b. wykonawca byłby zobowiązany zorganizować w taki sposób przetwarzania powierzonych mu danych osobowych, aby umożliwić Zamawiającemu kontrolowanie

poprawności zabezpieczenia i przetwarzania danych osobowych objętych postanowieniami Umowy, w szczególności zapewniając administratorowi danych i powierzającemu ciągle dostęp do części systemu Wykonawcy, w którym odnotowane są działania dokonywane na danych oraz przeprowadzenie audytu przez pracowników Powierzającego, administratora danych lub osobę trzecią), co biorąc pod uwagę narzędzia informatyczne, które są wykorzystywane w praktyce gospodarczej do przeprowadzania operacji i czynności związanych z przetwarzaniem danych osobowych jest technicznie niemożliwe do spełnienia, a nadto groziłoby ujawnieniem przez wykonawcę osobom kontrolującym innych danych, które podlegają ochronie na podstawie przepisów prawa (w tym innych danych osobowych oraz informacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa) (§ 4 ust. 7 wzoru umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych),

- c. nieprecyzyjnie wskazane zostało, czy wykonawca może powierzyć przetwarzanie danych osobowych powierzonych przez Zamawiającego innym podmiotom, przy czym ewentualny zakaz takiego udzielania byłby w warunkach rynkowych trudny do spełnienia z uwagi na szeroko przyjętą praktykę powierzania przez wykonawców usług z zakresu IT (w tym tych związanych z powierzaniem danych) innym podmiotom (§ 15 ust. 1 wzoru umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych),
- d. przewidziany został zakaz przekazywania powierzonych danych osobowych poza Europejski Obszar Gospodarczy, co jest niemożliwe do spełnienia przez takich wykonawców, którzy podobnie jak Odwołujący korzystają z rozwiązań informatycznych "chmurowych" takich jak Office 365 w oparciu o infrastrukturę techniczną zlokalizowaną poza ww. terytorium (§ 15 ust. 5 wzoru umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych),
- e. Zamawiający odwołuje się do pojęcia administratora danych osobowych (podmiotu innego niż Powierzający), bez jednoczesnego wskazania konkretnego podmiotu, , co istotnie utrudnia ocenę przez wykonawców ryzyk wynikających z uprawnień przyznanych na mocy tej umowy administratorowi (§ 5 ust. 4, § 8 ust. 1, § 11 - 13, § 14 ust. 2 pkt 1, § 15 ust. 5, p 16 ust. 1 umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych), przy czym z żadnego z zapisów SIWZ nie wynika, jakie dane Zamawiający miałby powierzyć Wykonawcy do przetwarzania i w jakim celu owo przetwarzanie miałyby być przez Wykonawcę realizowane w imieniu Zamawiającego, co z jednej strony utrudnia ocenę zasadności wprowadzenia poszczególnych postanowień umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych oraz ryzyka związanego z zawarciem takiej umowy, z drugiej zaś podaje w wątpliwość zasadność jej podpisywania, a jednocześnie obowiązek podpisania umowy o powierzenie

danych osobowych o ww. treści może eliminować z Postępowania podmioty dające rękojmię należytego wykonania zamówienia, które z przyczyn prawnych, organizacyjnych i technologicznych zobowiązań wynikających z tej umowy spełnić nie mogą;

4. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia w sposób niewyczerpujący i bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a jednocześnie kształtujący zobowiązanie Wykonawcy wynikające z zawarcia umowy w sprawie zamówienia w sposób sprzeciwiający się właściwościom stosunku prawnego dotyczącego świadczenia usług utrzymania czystości oraz spreczny z zasadami współżycia społecznego, tj. przez wskazanie w § 3 ust. 4 pkt 36 Projektów Umów oraz w Dziale VII ust. 1 pkt 22 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ”), że obowiązkiem Wykonawcy jest dokonywanie potwierdzonych pisemnie zgłoszeń do zarządców nieruchomości (oraz Straży Miejskiej) w sytuacjach stwierdzenia zanieczyszczenia obsługiwanego terenu poprzez porzucenie gruzu i odpadów powstałych w wyniku prac prowadzonych przez firmy usługowe działające na zlecenie mieszkańców, w sytuacji, gdy Wykonawca zgodnie z zapisami dokumentacji przetargowej nie będzie miał dostępu do informacji o zarządcach poszczególnych nieruchomości na obszarze świadczenia usługi i tym samym może mieć istotne trudności w ich zidentyfikowaniu, przy czym poszukiwanie i identyfikowanie zarządców nieruchomości wykracza dalece poza działalność związaną z utrzymywaniem czystości i wymaga posiadania potencjału, którego podmioty zawodowo trudniące się oczyszczaniem terenów miejskich nie posiadają, a zatem wymaganie od wykonawcy podejmowania takich czynności nie znajduje żadnego uzasadnienia;
5. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 k.c. oraz w zw. z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701. ze zm.; dalej: „ustawa o odpadach”) - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niewyczerpujący i bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a przy tym w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i właściwościom (naturze) usługi oczyszczania terenów zewnętrznych oraz spreczny z obowiązującym prawem, tj. przez wskazanie w Dziale III Rozdział II ust. 1 pkt 1.1. ppkt 1) lit. c) SOPZ, że sprzątnięcie terenów zewnętrznych obejmuje również usuwanie odpadów pochodzących z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych, bez jednoczesnego dookreślenia, w jakich przypadkach Wykonawca powinien tego rodzaju odpady usuwać, a w jakich je pozostawiać, a także bez dookreślenia ilości odpadów, które Wykonawca będzie zobligowany w tym trybie usunąć, co:

- 1) uniemożliwia Wykonawcom oszacowanie kosztów takiego usuwania odpadów oraz zapewnienia potencjału niezbędnego do realizacji takiego obowiązku i tym samym ustalenie ceny ofertowej w tym zakresie, a tym samym narusza zasady współżycia społecznego wobec obciążenia wykonawców ryzykiem trudnym do oszacowania,
- 2) pozostaje w sprzeczności z właściwością stosunku prawnego dotyczącego usługi oczyszczania miasta, bowiem usuwanie odpadów pochodzących z budowy, remontów i demontażu obiektów (odpady budowlane) wiąże się z koniecznością posiadania ciężkiego sprzętu, który nie jest powszechnie wykorzystywany przez przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie utrzymania czystości terenów miejskich,
- 3) pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy o odpadach, zgodnie z którymi to posiadacz odpadów (nie zaś gmina) jest zobowiązany do ich usunięcia z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania.

Odwołujący FBSerwis wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. wykreślenia kar przewidzianych w § 9 ust. 2 lit. a) - j), l), m), n), o), p), q), r), § 9 ust. 2 pkt 3 lit. a) - i), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. a) - c), f), h) - j) oraz § 9 ust. 2 pkt 5 lit. c) - f), k), m), r), t), u) Projektów Umów bądź zastąpienia ich innymi karami (nakładanymi w innych, precyzyjnie określonych przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań, w wysokości adekwatnej do szkody, jaką może ponieść Zamawiający w okolicznościach uzasadniających ich nałożenie, a jednoznacznie określonej), względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 1 powyżej
2. obniżenia wysokości kar przewidzianych w § 9 ust. 2 umowy poprzez ich ukształtowanie w odniesieniu do kary:
 - 1) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim w kwocie 80 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 160 zł za jezdnię o powierzchni od 10 001 m² do 20 000 m² oraz 180 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
 - 2) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. b) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim w kwocie 120 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 240 zł za jezdnię o powierzchni od 10 001 m² do 20 000 m² oraz 360 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
 - 3) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. c) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym w kwocie 200 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m²,

400 zł za jezdnię o powierzchni od 10 001 m² do 20 000 m² oraz 800 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;

- 4) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. d) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym w kwocie 300 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 600 zł za jezdnię o powierzchni od 10 001 m² do 20 000 m² oraz 900 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
- 5) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. e) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w kwocie 150 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 300 zł za jezdnię o powierzchni od 10 001 m² do 20 000 m² oraz 450 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
- 6) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. f) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w kwocie 200 zł (za jezdnię o powierzchni do 10 000 m², 400 zł za jezdnię o powierzchni od 10 001 m² do 20 000 m² oraz 600 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
- 7) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. g) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania i/lub tramwajowych torowisk wydzielonych i pętli tramwajowych w ciągach ulicznych i pętlach i/lub zieleńców w pasie drogowym i/lub ścieżek rowerowych i/lub przejść podziemnych/tuneli, w wysokości 50 zł;
- 8) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. h) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania przystanków, w wysokości 150 zł za każdy przypadek;
- 9) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. i) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania chodników i/lub parkingów i/lub ciągów pieszo-rowerowych i/lub ścieżek rowerowych i/lub przystanków w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w wysokości 120 zł za każdy przypadek;
- 10) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. j) Projektów Umów kary za każdy stwierdzony przypadek nie niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych, w kwocie 80 zł (za tereny zewnętrzne o

powierzchni do 1 000 m², 160 zł za tereny zewnętrzne o powierzchni od 1 001 m² do 8 000 m² oraz 240 zł za tereny zewnętrzne o powierzchni powyżej 8 000 m²,

3. dokonania zmiany polegającej na dookreśleniu, że każda z kar określonych w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. o), p), q), r), § 9 ust. 2 pkt 3 lit. a) - i), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. a) - c), f), h) - j) oraz § 9 ust. 2 pkt 5 lit. c) - f), k), m), r), t) i u) Projektów Umów będzie naliczana za okres nie dłuższy niż 30 dni bądź przez wskazanie dla każdej z ww. kar kwoty limitującej wysokość maksymalną jej wysokość (np. 10 000 zł),
4. dookreślenia przypadków nienależytego wykonania zobowiązań, których zaistnienie będzie go uprawniało do naliczenia kar umownych, o których mowa w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów,
5. wykreślenia pkt 13 w rozdziale III SIWZ, względnie wykreślenia z treści wzoru umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych postanowień § 4 ust. 7, § 5 ust. 3, § 15 ust. 1 i 5 oraz wyraźnego doprecyzowania, jakie kategorie danych osobowych miałyby Wykonawcy zostać powierzone do przetwarzania, jakiej kategorii osób dane te miałyby dotyczyć oraz w jakim celu owo przetwarzanie miałyby być realizowane w imieniu oraz na rzecz Zamawiającego,
6. wykreślenia w § 3 ust. 4 pkt 36 oraz w Dziale VII ust. 1 pkt 22 SOPZ wyrazów „zarządców nieruchomości oraz”,
7. wykreślenia w Dziale III Rozdział II ust. 1 pkt 1.1. ppkt 1) postanowienia ujętego w lit. c).

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących kar umownych, odwołujący FBService wywiódł, że Zamawiający przewidział szeroki katalog okoliczności skutkujących możliwością naliczenia kar umownych wobec zamawiającego. Katalog ten składa się w sumie z 68 przesłanek, których znaczna część swym zakresem obejmuje cały szereg okoliczności faktycznych, w wielu przypadkach określonych nieprecyzyjnie. Zdaniem odwołującego w praktyce każde naruszenie przez wykonawcę któregośkolwiek z postanowień umowy w sprawie zamówienia oraz każde naruszenie zapisów SOPZ stwarzać będzie po stronie wykonawcy ryzyko poniesienia wysokich kosztów kar umownych.

Odwołujący FBService wywiódł, że nie kwestionując - co do zasady - uprawnienia Zamawiającego do określenia tak szerokiego katalogu kar umownych naliczanych wobec wykonawcy (przy jednoczesnym braku przewidzenia chociażby jednego przypadku, w którym karę umowną mógłby naliczyć wykonawca), że w okolicznościach niniejszego postępowania ów katalog kar umownych został określony w taki sposób, że obciąża wykonawcę ogromnym ryzykiem (niewspółmiernym do charakteru prowadzonego postępowania), którego rzeczywisty zakres oraz rozmiar jest na etapie sporządzania oferty niemożliwy do przewidzenia. Zdaniem odwołującego FB Service powyższe wynika co najmniej z trzech powodów:

- po pierwsze, z nieprecyzyjności oznaczenia okoliczności, których zaistnienie będzie skutkowało naliczeniem kary umownej,
- po wtóre, z braku oznaczenia maksymalnej wysokości, w jakiej kary mogą zostać na Wykonawcę nałożone,
- po trzecie z określenia ich wysokości na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone.

W ocenie odwołującego FB Serwis, wobec takiego ukształtowania treści umowy potencjalna wysokość kar umownych, jakimi zamawiający jest uprawniony obciążyć wykonawcę, może przekroczyć wysokość całego wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy i to nawet w przypadku, jeśli świadczenie wykonawcy w znacznej części zostanie wykonane należycie.

W uzasadnieniu zarzutu 1a odwołujący FB Serwis podniósł, że wysokość zastrzeganej w umowie kary umownej nie może być kształtowana dowolnie (w szczególności na dowolnie wskazanym wysokim poziomie). Kara umowna nie może być ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, co wprost wynika z treści art. 484 § 2 k.c. Odwołujący FB Serwis podniósł, że kary zapisane przez zamawiającego w postanowieniach § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a) - j) Projektów Umów mają charakter kar rażąco wygórowanych. Wywiódł, że ich wysokość została ustalona w całkowitym oderwaniu od potencjalnej wartości szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z okolicznościami ujętymi w tych postanowieniach. Argumentował, że wysokość przedmiotowych kar umownych znacząco przekracza wartość wynagrodzenia, jakie zamawiający obecnie wypłaca wykonawcom z tytułu wykonywania czynności oczyszczania. Odwołujący przedstawił zestawienie wysokości ww. kar umownych z wynagrodzeniem obecnie mu wypłacanym.

Podstawa kary	Wysokość kary	Stawka jednostkowa wypłacana odwołującemu FB Serwis	Wynagrodzenie za daną czynność
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. a)	400 zł (do 10.000 m ²) 800 zł (do 20.000 m ²) 1200 zł (powyżej 20.000 m ²)	1,90 – 2,20 zł / 100 m ²	< 190 zł / 220 zł (do 10.000 m ²) 190 – 380 zł / 220 – 440 zł > 380 / 440 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. b)	800 zł	1,90 – 2,20 zł / 100	< 190 zł / 220 zł

	(do 10.000 m ²) 1600 zł (do 20.000 m ²) 2400 zł (powyżej 20.000 m ²)	m ²	(do 10.000 m ²) 190 – 380 zł / 220 – 440 zł > 380 / 440 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. c)	400 zł (do 10.000 m ²) 800 zł (do 20.000 m ²) 1200 zł (powyżej 20.000 m ²)	2,0 – 2,50 zł / 100 m ²	< 200 zł / 250 zł (do 10.000 m ²) 200 – 400 zł / 250 – 500 zł > 400 / 500 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. d)	800 zł (do 10.000 m ²) 1600 zł (do 20.000 m ²) 2400 zł (powyżej 20.000 m ²)	2,0 – 2,50 zł / 100 m ²	< 200 zł / 250 zł (do 10.000 m ²) 200 – 400 zł / 250 – 500 zł > 400 / 500 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. e)	600 zł (do 10.000 m ²) 1200 zł (do 20.000 m ²) 1800 zł (powyżej 20.000 m ²)	2,0 – 2,50 zł / 100 m ²	< 200 zł / 250 zł (do 10.000 m ²) 200 – 400 zł / 250 – 500 zł > 400 / 500 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. f)	1200 zł (do 10.000 m ²) 2400 zł (do 20.000 m ²) 3600 zł (powyżej 20.000 m ²)	2,0 – 2,50 zł / 100 m ²	< 200 zł / 250 zł (do 10.000 m ²) 200 – 400 zł / 250 – 500 zł > 400 / 500 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. g)	300 zł	2,90 PLN / 100 m ² Oczyszczenie chodników w lecie 65 PLN / 100 m ² Oczyszczenie chodników zima	> 2,90 zł > 65 zł

		36 PLN / 100 m ² Oczyszczenie parkingów w lecie	> 36 zł
		115 PLN / 100 m ² Oczyszczenie parkingów zima	> 115 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. h)	200 zł	120 PLN za przystanek latem 200 PLN za przystanek zimą	120 zł 200 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. i)	400 zł	65 PLN / 100 m ² Oczyszczanie chodników zima 115 PLN / 100 m ² Oczyszczenie parkingów zima 200 PLN za przystanek zimą	> 65 zł > 115 zł 200 zł
§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. j)	300 zł (do 1000 m ²) 600 zł (do 8000 m ²) 900 zł (> 8000 m ²)	3,90 PLN / 100 m ² (latem) 11,70 PLN/100 m ² (zimą)	> 39 zł / 117 zł 39 – 312 zł (latem) 117 – 936 (zima) > 312 zł (lato) > 936 (zima)

Zdaniem odwołującego FB Serwis powyższe zestawienie obrazuje, że wysokość większości z wymienionych kar (kolumna 2 tabeli) jest jednostkowo wyższa aniżeli wynagrodzenie wypłacane wykonawcy za czynności, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi podstawę zapłaty kary (kolumna 4). W związku z powyższym przedmiotowe kary winny zostać obniżone - przy czym zdaniem odwołującego FB Serwis zasadne będzie ukształtowanie przedmiotowych kar na poziomie wnioskowanym przez odwołującego w przedstawionych przez niego żądaniach.

W uzasadnieniu zarzutu nieprecyzyjnego określenia podstaw naliczenia kar (zarzut 1b odwołania), odwołujący FBSerwis podniósł, że kary umowne określone w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów mają być naliczane w przypadku „nienależytego wykonywania” prac stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący FB Serwis wywiódł, że tak ogólne określenie podstawy naliczenia kary nie daje mu podstaw do oceny, w jakich przypadkach kary te będą nakładane.

Przykładowo, nie jest jasne, według jakiego kryterium zamawiający będzie oceniał, czy oczyszczenie jezdni zostało wykonane należycie w sytuacji, gdy np. wskutek kontroli sprawowanej przez Zamawiającego (zostanie ustalone, że na danej jezdni znajduje się niewielka ilość zanieczyszczeń (np. dwa niedopałki papierosów)). Odwołujący FBSerwis argumentował, że nie jest w stanie ustalić katalogu przesłanek, w których Zamawiający będzie przedmiotowe kary umowne naliczał. Powyższe oznacza, że przywołane postanowienia w sposób dostatecznych nie identyfikują przypadków (postaci) niewykonania lub nienależytego wykonania, które są obwarowane sankcją kary umownej.

Zdaniem odwołującego FBSerwis zapisy § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów, jako wprowadzające de facto ogólny obowiązek zapłaty kary umownej (za „nienależyte” wykonanie obowiązków), jako sprzeczne z art. 483 k.c. oraz sprzeciwiające się naturze zobowiązania do zapłaty kary umownej należy uznać za niedopuszczalne i nieważne na mocy art. 58 § 1 k.c. Niezależnie od tego wskazał, że przedmiotowe postanowienia należy oceniać również w świetle uregulowań art. 353¹ k.c. - i w tym zakresie należy je uznać za naruszające wyrażoną w tym przepisie zasadę swobody umów.

Odwołujący FB Serwis argumentował, że postanowienia § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów są sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Nakładają bowiem na wykonawcę ryzyko związane z ewentualną koniecznością zapłaty kar umownych, które to ryzyko na etapie kalkulacji oferty jest nie tylko trudne, ale wręcz niemożliwe do oszacowania. Objęcie zakresem kar umownych niesprecyzowanych przypadków „nienależytego” wykonywania prac powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie ustalić wszystkich przypadków, w których kary mogą być naliczone. Nie znając tych przypadków nie może tym samym rzetelnie oszacować, kiedy i w jakiej wysokości przedmiotowe kary mogą zostać na niego nałożone.

Odwołujący FBSerwis podniósł, że tak ogólnie skonstruowana kara umowna może być w wielu przypadkach kwestionowana jako rażąco wygórowana. Ustalenie bowiem kary umownej w wysokości 1.200 zł należnej za każde nienależyte wykonanie prac oczyszczania jezdni w sezonie zimowym (§ 9 ust. 2 pkt 2 lit. d) Projektów Umów) może doprowadzić do sytuacji, w której kara w tej wysokości będzie naliczana nawet w przypadku stwierdzenia niewielkiego zaszronienia czy zaproszenia jezdni na niewielkim obszarze, niemającego

żadnego wpływu na bezpieczeństwo korzystania z jezdni czy walory estetyczne. Takie rozwiązanie byłoby nie do przyjęcia, bowiem oznaczałoby obciążenie wykonawcy karą całkowicie niewspółmierną do okoliczności faktycznych stanowiących podstawę jej nałożenia.

Zdaniem odwołującego FB Serwis obciążanie wykonawcy tak istotnym ryzykiem - bez zapewnienia mu możliwości oszacowania tego ryzyka i odpowiedniego skalkulowania ceny ofertowej, musi być ocenione nie tylko jako naruszenie zasad współżycia społecznego, ale również winno być zakwalifikowane jako nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego (art. 5 k.c.). Takie ukształtowanie postanowień umowy nie może być usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego ani też ochroną interesu publicznego. Nie mieści się w granicach takiego interesu karanie wykonawcy za każdy, nawet najdrobniejszy przejaw niezgodności jego zachowań z treścią stosunku umownego czy też obciążanie go ryzykiem niemożliwym do skalkulowania.

Odwołujący FBSerwis zaznaczył, że przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu ma charakter bardzo złożony. Przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez osoby posiadające różne kwalifikacje - w tym również przez pracowników niewykwalifikowanych. W tych okolicznościach zaistnienie ewentualnych niedociągnięć (w szczególności tych niewielkich) w świadczeniu wykonawcy będzie niezwykle trudne do uniknięcia i może zaistnieć pomimo dołożenia przez wykonawcę na poziomie organizacyjnym najwyższej możliwej staranności wymaganej od profesjonalisty. Zdaniem odwołującego w tych okolicznościach, postanowienia § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów jako sprzeczne z istotą kary umownej wynikającą z treści art. 483 k.c., naruszające zasady współżycia społecznego i stanowiące przejaw nadużycia prawa podmiotowego Zamawiającego do ukształtowania treści stosunku prawnego w sposób zabezpieczający interes publiczny winny zostać wykreślone.

W uzasadnieniu zarzutu brak określenia maksymalnego poziomu, do jakiego mogą być naliczane kary ustalane kumulatywnie za każdy dzień trwania naruszenia (zarzutu 1c odwołania), odwołujący FBSerwis podniósł, że w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. o), p), q), r), § 9 ust. 2 pkt 3 lit. a) - i), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. a) - c), f), h) - j) oraz § 9 ust. 2 pkt 5 lit. c) - f), k), m), r), t) i u) Projektów Umów zamawiający ustanowił przypadki kar umownych, których wysokość będzie ustalana jako iloczyn oznaczonej sumy (wskazanej kwotowo) liczby dni, w których trwało opóźnienie lub stan „naruszenia” obowiązków umownych. Odwołujący FBSerwis podniósł, że dla żadnego z tych przypadków Zamawiający nie określił końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy karą umowną w nieokreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej

podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego.

Zdaniem odwołującego FB Serwis, orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące zasad formułowania kar umownych udziela dokładnych wytycznych co do kształtowania wysokości kar umownych. Sąd Najwyższy stoi w tym zakresie na stanowisku, że „sformułowanie art. 483 § 1 KC dopuszczające zastrzeżenie kary umownej w „określonej sumie” w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że kara ta powinna być w chwili zastrzegania wyrażona kwotowo. Dopuszczalne byłoby posłużenie się innymi miernikami wysokości, np. ułamkiem wartości rzeczy, albo ułamkiem innej sumy (wartości kontraktu) jeżeli ustalenie kwoty byłoby tylko czynnością arytmetyczną, natomiast przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalanie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 KC i stanowiłoby inną czynność prawną”.

Odwołujący FB Serwis podniósł ponadto, że § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów mogą w konsekwencji okazać się karami rażąco wygórowanymi. W sytuacji np. braku zwrócenia przez Zamawiającego uwagi Wykonawcy na określone uchybienia (np. w zamontowaniu koszy na odpady), które istniały od początku realizacji zamówienia, Zamawiający mógłby po upływie np. dwóch lat naliczyć kary za cały ten okres w wysokości stanowiącej sumę wszystkich dni (a w przypadku kary za zamontowanie koszy - pomnożoną przez sumę wszystkich koszy, których ów montaż dotyczył) - co sumarycznie mogłoby stanowić ogromną kwotę (w przypadku 100 koszy byłaby to już kwota sięgająca ponad 7 mln zł). W konsekwencji, w stanie faktycznym sprawy brak oznaczenia przez Zamawiającego kwoty bądź terminu, do których przewidziane w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów miałyby być naliczane, musi być uznany za sprzeczne z art. 483 k.c. (z uwagi na brak wskazania „określonej sumy”), a nadto jako naruszający zasady współżycia społecznego oraz sprzeczny z naturą zobowiązania.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego prawa Zamawiającego do jednostronnej zmiany zakresu świadczenia Wykonawcy (zarzutu 2 odwołania) odwołujący FB Serwis podniósł, że za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należy również uznać przewidziane w § 1 ust. 6 pkt 1, 2 i 4 uprawnienie Zamawiającego do jednostronnej i niczym nieograniczonej zmiany zakresu zamówienia (ilości, częstotliwości, powierzchni i długości poszczególnych elementów pasa drogowego, powierzchni terenów zewnętrznych oraz ilości koszy objętych wynajmem i utrzymaniem albo utrzymaniem). Zdaniem odwołującego FB Serwis powyższe w istocie bowiem sprawia, że Wykonawca w dacie składania oferty nie wie, jaki będzie rzeczywisty zakres zamówienia i czynności, które w ramach jego realizacji będą rzeczywiście musiały zostać wykonane. Powyższe de facto uniemożliwia rzetelne oszacowanie ceny

ofertowej, gdyż oznacza, że Wykonawca nie wie, jakie koszty będzie ponosił w związku z realizacją zamówienia oraz jakie wynagrodzenie zostanie mu wypłacone.

Odwołujący FB Serwis wskazał, że wprowadzie dla zamówienia udzielanego w postępowaniu zamawiający przyjął obmiarowy model rozliczenia - co oznacza, że wysokość wynagrodzenia wypłacanego Wykonawcy będzie wprost uzależniona od zakresu wykonanych przez niego prac. Zauważał jednak, że w związku z realizacją zamówienia wybrany wykonawca będzie zobowiązany ponosić istotne koszty związane z utrzymaniem potencjału niezbędnego do obsługi zamówienia (specjalistycznego sprzętu, bazy magazynowo-transportowej oraz personelu zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, systemu monitorowania, systemu łączności) oraz zapewnienia jego stałej gotowości i dostępności. Koszty te będą przez Wykonawcę ponoszone niezależnie od tego, jaki zakres czynności będzie rzeczywiście realizowany - co oznacza, że prawidłowa kalkulacja ceny ofertowej (cen jednostkowych za poszczególne czynności) powinna zostać dokonana w taki sposób, aby owe koszty „stałe” mogły być pokryte w ramach wynagrodzenia za poszczególne prace.

W sytuacji, gdy zakres owych prac jest niepewny (może ulec zmianie w nieograniczonym zakresie), taka kalkulacja nie może być rzetelnie przeprowadzona - w toku realizacji zamówienia może się bowiem okazać, że znaczące zmniejszenie zakresu czynności objętych zamówieniem spowoduje, że wynagrodzenie wypłacane Wykonawcy ostatecznie na pokrycie kosztów „stałych” obsługi zamówienia nie wystarczy. Na obecnym etapie oszacowanie ryzyka związanego z taką zmianą zakresu zamówienia jest dla Wykonawców zupełnie niemożliwe. Wobec braku zamieszczenia w treści SIWZ jakichkolwiek ograniczeń i wytycznych odnoszących się do zmian zakresu przedmiotu zamówienia, zmiany takie mogą być przez Zamawiającego dokonywane arbitralnie i w zupełnie nieprzewidywalnym rozmiarze.

Zdaniem odwołującego FB Serwis powyższe świadczy z jednej strony o nieprecyzyjnym opisanu przedmiotu zamówienia (nie wiadomo, jaki będzie w rzeczywistości jego zakres) z drugiej zaś o przeniesieniu na Wykonawcę istotnego ryzyka kosztowego w niewiadomym zakresie i o niemożliwym do oszacowania rozmiarze - co jak wcześniej wspomniano jest w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych kwalifikowane jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji stwierdzał, że zapisy § 1 ust. 6 pkt 1, 2 i 4 pozostają w sprzeczności z przepisami art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 58 i 353¹ k.c. (stosowanymi do czynności Zamawiającego na mocy odesłania przewidzianego w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących nieuzasadnionych wymagań w zakresie powierzenia danych osobowych (zarzuty 3 odwołania) odwołujący FB Serwis podniósł, że jak

wynika z treści pkt rozdziału III pkt 13 SIWZ Zamawiający wymaga, aby w dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca wybrany w Postępowaniu podpisał z Zamawiającym umowę o powierzenie przetwarzania danych osobowych.

Odwołujący FB Serwis podniósł, że jednocześnie jednak żadne z postanowień SIWZ ani innych dokumentów sporządzonych w postępowaniu nie wskazuje, czy i w jakim zakresie Zamawiający będzie powierzał wykonawcy przetwarzanie danych osobowych. Żaden z dokumentów nie wskazuje nadto rodzaju danych osobowych, które mają zostać powierzone oraz kategorii osób, których dane mają zostać powierzone. Zwracał uwagę, że określenie w umowie powierzenia przetwarzania danych osobowych ww. informacji jest wymagane przez art. 28 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), „RODO”. Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę rodzaj usług objętych Postępowaniem, zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych będzie całkowicie zbędne i nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego odwołujący FB Serwis wskazał, że zawarte w projekcie umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych postanowienia dla części wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia mogą się okazać niemożliwe do spełnienia. W szczególności wykonawcy, którzy - jak on - korzystają z kompleksowych rozwiązań informatycznych dostarczanych przez renomowanych dostawców zagranicznych, mogą nie być w stanie zrealizować obowiązków przewidzianych w:

a. § 5 ust. 3 projektu umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, zgodnie z którym wykonawca miałby wskazać miejsca stanowiące centrum przetwarzania danych osobowych - w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z rozwiązań informatycznych gromadzących dane i przeprowadzających operacje obliczeniowe (w tym przetwarzanie danych) w tzw. „chmurze”, ustalenie wszystkich miejsc przetwarzania danych będzie niezwykle trudne, o ile w ogóle możliwe;

b. § 4 ust. 7 projektu umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, zgodnie z którym wykonawca miałby zorganizować w taki sposób przetwarzania powierzonych mu danych osobowych, aby umożliwić Zamawiającemu kontrolowanie poprawności zabezpieczenia i przetwarzania danych osobowych objętych postanowieniami Umowy, w szczególności zapewniając administratorowi danych i powierzającemu ciągły dostęp do części systemu Wykonawcy, w którym odnotowane są działania dokonywane na danych oraz przeprowadzenie audytu przez pracowników Powierzającego, (administratora danych lub osobę trzecią) - bowiem wykonawca korzystający z narzędzi informatycznych dostosowanych odpowiednio dla całej jego działalności nie będzie w stanie (w szczególności w odpowiedniej perspektywie czasowej) dostosować tych narzędzi do wymogów

Zamawiającego, w taki sposób, aby wymagania Zamawiającego spełnić i zapewnić bezpieczeństwo innych posiadanych danych, które podlegają ochronie na podstawie przepisów prawa (w tym danych osobowych innych osób oraz informacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa). Jednocześnie odwołujący zwracał uwagę, że wymagania Zamawiającego w zakresie audytu są zbyt daleko idące w stosunku do uprawnień przewidzianych w art. 28 ust. 3 pkt h RODO. Ponadto - w przypadku, gdy w łączącym Zamawiającego i wykonawcę stosunku prawnym istniałaby konieczność zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, to powierzone dane byłyby przetwarzane głównie w plikach word, exel - będących częścią Microsoft Office. Trudno zatem z technicznego punktu widzenia wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca zapewni Zamawiającemu ciągły dostęp do części systemu informatycznego (Office) w którym odnotowywane są działania dokonywane na danych osobowych,

c. § 15 ust. 1 projektu umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, w którym nieprecyzyjnie wskazane zostało, czy wykonawca może powierzyć przetwarzanie danych osobowych powierzonych przez Zamawiającego innym podmiotom gdyż na rynku szeroko jest przyjęta praktyka powierzania przez wykonawców (w tym przez Odwołującego) usług z zakresu IT (w tym tych związanych z powierzaniem danych) innym podmiotom. Gdyby taki zakaz pozostał aktualny, to byłby trudny do zrealizowania i stanowiłby znaczne ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców,

d. § 15 ust. 5 projektu umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, który przewiduje zakaz przekazywania powierzonych danych osobowych poza Europejski Obszar Gospodarczy - bowiem wielu wykonawców - jak i on - korzysta z rozwiązań IT dostarczanych przez podmioty przetwarzające dane poza Europejskim Obszarem Gospodarczym lub korzystającym z rozwiązań „chmurowych” takich jak Office 365.

Zdaniem odwołującego FB Serwis biorąc pod uwagę powyższe ograniczenia oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla wymagania od Wykonawców spełnienia ww. wymogów związanych z powierzeniem przetwarzania danych osobowych, przewidziany pkt 13 w rozdziale III SIWZ winien zostać wykreślony.

Alternatywnie, w przypadku wykazania przez Zamawiającego, że w toku realizacji zamówienia będzie miało miejsce powierzenie przetwarzania danych osobowych, zdaniem odwołującego FB Serwis celowe byłoby nakazanie Zamawiającemu wykreślenie zakwestionowanych postanowień projektu umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych i doprecyzowanie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych o kategorię planowanych do powierzenia danych osobowych oraz kategorię osób, których dane osobowe miałyby zostać powierzone.

Uzasadnienie faktyczne zarzutów 3c, 3e, 4 i 5 odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2249/19 nie zostanie przytoczone jako bezcelowe, gdyż zarzuty nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na umorzenie postępowania odwoławczego w tej części z powodu uwzględnienia ww. zarzutów przez zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 15 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2249/19, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty opisane w pkt 3c, 3e, 4 i 5 odwołania.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2249/19 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca SUEZ Zachód sp. z o. o. we Wrocławiu. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2249/19 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2228/19 w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 listopada 2019 r. oświadczył, iż uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu w tej części. Wykonawcy, który przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 18 listopada 2019 r. oświadczyli, że nie zgłaszają sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego ww. zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania*

odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko, interesująco i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Odwołanie w sprawie KIO 2228/19, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zarzut 21 (zarzut uzupełniony) okazał się zasadny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 15 listopada 2019 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 21 (zarzutu uzupełnionego). Przystępujący po stronie zamawiającego Alba i FB Serwis w trakcie posiedzenia Izby w dniu 18 listopada 2019 r. wnieśli sprzeciwy wobec uwzględnienia ww. zarzutu przez zamawiającego. Wskutek wniesienia sprzeciwów zarzut podlegał merytorycznemu rozpoznaniu.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 22 ust. 1 a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przywołane przepisy art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu dokonywanie takiego opisu warunków udziału w postępowaniu który jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny do celu stawiania warunków, jakim jest zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Zarzut nr 21 dotyczył warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego w pkt IV ppkt 1.2.2.1 i 1.2.2.2. SIWZ.

Zgodnie z treścią spornych warunków, zamawiający uznał, że *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że:*

1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w gminach powyżej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za 2018 r.) w okresie jednego sezonu letniego (obowiązującego w danym roku kalendarzowym w terminie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 października), zamówienie polegające na mechanicznym oczyszczaniu (powtarzalność działań nie mniejsza niż 9 oczyszczeń) i zmywaniu (powtarzalność działań nie mniejsza niż 3 zmywania) jezdni i/lub jezdni wewnętrznych i/lub jezdni osiedlowych o łącznej długości lub powierzchni:

- a) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 1 – co najmniej 11 km lub 120 000 m²,*
- b) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 2 – co najmniej 10 km lub 110 000 m²,*
- c) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 3 – co najmniej 18 km lub 200 000 m²,*
- d) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 4 – co najmniej 16 km lub 180 000 m²,*

e) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 5 – co najmniej 10 km lub 110 000 m²,
a w przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na dwa lub trzy zadania, zamówienie lub zamówienia, których łączna długość lub powierzchnia musi stanowić sumę długości lub powierzchni wymaganych dla poszczególnych zadań, na które składana jest oferta.

1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w gminach powyżej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za 2018 r.) w okresie jednego sezonu zimowego (obowiązującego w terminie od dnia 1 listopada do dnia 31 marca), zamówienie polegające na zimowym utrzymaniu (mechanicznym oczyszczaniu – wymagana jest powtarzalność działań nie mniejsza niż 15-krotne powtórzenie czynności składających się na zimowe utrzymanie) jezdni i/lub jezdni wewnętrznych i/lub jezdni osiedlowych w technologii zimowej stosowanej w sezonie zimowym, polegającej na zapobieganiu występowania śliskości zimowej, likwidowaniu śliskości zimowej oraz usuwaniu śniegu, o łącznej długości lub powierzchni:

a) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 1 – co najmniej 26 km lub 250 000 m²,
b) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 2 – co najmniej 26 km lub 250 000 m²,
c) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 3 – co najmniej 64 km lub 500 000 m²,
d) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 4 – co najmniej 74 km lub 600 000 m²,
e) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 5 – co najmniej 59 km lub 500 000 m²,
a w przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na dwa lub trzy zadania, zamówienie lub zamówienia, których łączna długość lub powierzchnia musi stanowić sumę długości lub powierzchni wymaganych dla poszczególnych zadań, na które składana jest oferta.

Jak wynikało z przywołanych warunków, zamawiający zamierzał badać doświadczenie wykonawcy nabyte w wyniku powtórzenia czynności polegających na mechanicznym oczyszczaniu i zmywaniu. Co istotne, zamawiający wymagał wykonania określonej przez siebie liczby powtórzeń działań w czasookresie: czynności z pkt IV ppkt 1.2.2.1 SIWZ miał być wykonane w okresie letnim, zaś czynności z pkt IV ppkt 1.2.2.2 SIWZ - w okresie zimowym.

Sporne między stronami okazało się dalsze doprecyzowanie przez zamawiającego pojęć „okres letni” i „okres zimowy” odpowiednio jako „(obowiązującego w danym roku kalendarzowym w terminie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 października)” i „(obowiązującego w terminie od dnia 1 listopada do dnia 31 marca)”.

Zdaniem Izby odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu, że dalsze dookreślenie obu pojęć w świetle tak skonturowanego warunku jest nieproporcjonalne. Prowadzi do

wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy mogą się wykazać wymaganą ilością powtórzeń działań osiągniętą w potocznie rozumianym okresie letnim i zimowym, choć niekoniecznie mieszczących się w ramach miesięcy zakreślonych w SIWZ.

Dostrzeżenia wymagało, że z punktu widzenia celu postawionych warunków (nabycia doświadczenia w wyniku powtórzeń czynności) dalsze doprecyzowania pojęć „okres letni” i „okres zimowy” okazało się bezcelowe. Bez znaczenia jest czy powtórzenie określonych działań w warunkach zimowych nastąpi w miesiącu marcu czy w miesiącu kwietniu. Za tak samo doświadczonego należało uznać również wykonawcę, który osiągnie wymaganą powtarzalność czynności z okresu letniego nie w październiku, ale w listopadzie. Ścisłe ograniczenie granic okresu zimowego i letniego, w których można było nabyć wymagane doświadczenie, okazało się bezzasadne także z uwagi na zmienność warunków pogodowych w ostatnim czasie. Wzięto pod uwagę również okoliczność, że inne instytucje zamawiające rozmaicie definiują w swych dokumentach przetargowych okres letni i zimowy. Dalsze doprecyzowywanie warunku prowadziło do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy są zdolni do realizacji zamówienia, gdyż mają doświadczenie w wykonaniu wymaganej liczby powtórzeń osiągniętych w okresie letnim i zimowym, ale poza ramami miesięcznymi narzuconymi w warunku.

Bezzasadna okazała się argumentacja przystępujących Alba i FBSerwis, jakby w wyniku zmiany warunku, pojawi się możliwość wykazania się doświadczeniem w wykonaniu kwestionowanych czynności realizowanych na podstawie krótkotrwałych umów np. jednomiesięcznych umów zawartych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Uszło uwadze obu przystępujących, że możliwość wykazania się takim doświadczeniem możliwa była także na tle warunku kwestionowanego w odwołaniu. Uwzględnienie żądania odwołania w tym zakresie niczego nie zmieniło. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut 21 odwołania znalazł potwierdzenie.

Pozostałe zarzuty rozpoznawane przez Izbę merytorycznie w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19 okazały się bezzasadne.

Chybiony okazał się zarzut nr 3 odwołania wniesionego w sprawie KIO 2228/19.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 22 ust. 1 a ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny*

do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zarzut nr 3 dotyczył warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IV ppkt 1.2.3.1. SIWZ. Zgodnie z tym warunkiem, wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej następującymi urządzeniami technicznymi – sprawnymi technicznie pojazdami i urządzeniami:

- A) samochodem osobowym – przeznaczonym do kontrolowania terenu, koordynowania i kontroli wykonywanych prac,
- B) samochodem dostawczym – o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 Mg,
- C) samochodem dostawczym – będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym, o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 Mg, z przeznaczeniem do transportu odpadów z koszy na odpady,
- D) pługosyparką jezdniową – spełniającą europejski wymóg standardu emisji spalin EURO 6 lub będącą pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym, ładowność zasobnika do soli zraszanej minimum 4,0 Mg, możliwość regulacji szerokości posypywania jezdni, możliwość regulacji posypywania środków chemicznych z wydatkiem jednostkowym od 5 do 30 g/m², a materiałów uszorstniających z wydatkiem jednostkowym od 60 do 150 g/m², wyposażenie w układ zraszania solanką, szerokość robocza pługa minimum 2,5 m, lemiesz pługa wyposażony w końcówkę gumową o równych krawędziach,
- E) zamiatarką jezdniową – spełniającą europejski wymóg standardu emisji spalin EURO 6 lub będącą pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym, będącą mechaniczną zamiatarką z możliwością zraszania materiału zbieranego, gromadzącą materiał zbierany w zbiorniku własnym lub w zbiorniku ulokowanym w zestawie o szybkości zmiatania nie mniejszej niż 3 km/h, zaopatrzoną w minimum jedną szczotkę talerzową z prawej strony do oczyszczania strefy przykrawężnikowej oraz szczotkę walcową, łączna szerokość zmiatania minimum 2,4 m,
- F) zamiatarką małogabarytową do oczyszczania jezdni – gabaryty zamiatarki muszą umożliwiać prace na wąskich jezdniach lub drogach wewnątrzsiedlowych, precyzyjne manewrowanie między przeszkodami terenowymi np. parkującymi samochodami (wyklucza się zamiatarkę ciągnioną); zamiatarka małogabarytowa ma umożliwić oczyszczanie miejsc, w których duża zamiatarka z uwagi na swoje gabaryty ma ograniczoną możliwość manewrowania; pod pojęciem zamiatarki małogabarytowej należy rozumieć zamiatarkę zainstalowaną np. na podwoziu samochodu dostawczego, posiadającą minimum 2 szczotki czołowe,
- G) polewarką jezdniową – polewarką samojezdną, pojemność zbiornika minimum 7 m³,

- H) *płatogosparką chodnikową – samobieźną (spalinową lub elektryczną z własnym zasilaniem), dopuszczalna masa całkowita do 3,0 Mg, posiadającą możliwość regulacji szerokości posypywania chodnika, lemiesz pługa wyposażony w końcówkę gumową o równych krawędziach,*
- I) *zamiatarką chodnikową – samobieźną (spalinową lub elektryczną z własnym zasilaniem), wyposażoną w układ zraszania materiału zbieranego, gromadzącą materiał zbierany w zbiorniku własnym, dopuszczalna masa całkowita do 3,0 Mg, minimalna wydajność 5 000 m² w ciągu 1 godziny,*
- J) *spalinową pilarką łańcuchową,*
- K) *myjką wysokociśnieniową – wydatek tłoczenia wody nie mniej niż 230 l/h, zasilanie spalinowe, funkcja podgrzewania wody,*

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że wymóg, aby wykonawca wykazał, że odpowiednim potencjałem technicznym dysponuje już w dniu składania ofert jest zbyt rygorystyczny, bowiem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się z góry wszystkich potencjalnych wykonawców, którzy wprawdzie na dzień składania ofert odpowiednim potencjałem technicznym nie dysponują, jednakże będą nim dysponować w chwili realizacji zamówienia. Dodatkowo odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że zawarł umowę przedwstępną dotyczącą sprzętu wymaganego przez zamawiającego w SIWZ, ale pomimo to nie jest w stanie wykazać spełnienia spornego warunku.

Dostrzeżenia wymagało, że pojęcie „dysponowania” należy odróżniać od „posiadania”. Dysponowanie jest pojęciem szerszym, obejmującym różne podstawy władania rzeczą zarówno prawnorzeczowe jak i obligacyjne. Dysponowania nie można także utożsamiać z rozporządzaniem rzeczą. Ponadto dysponowanie może być zarówno aktualne jak i potencjalne, nie jest również wykluczone dysponowanie na podstawie umowy przedwstępnej.

Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający w postanowieniach SIWZ dał wyraz akceptacji wszelkich możliwych postaci dysponowania. Zamawiający w załącznikach VI do SIWZ (wzory wykazu sprzętu) przykładowo wskazał, że w kolumnie „podstawa do dysponowania” można wpisać: *własność lub tytuł prawny do dysponowania np.: dzierżawa, najem, leasing, wypożyczenie (uzyskany od innego podmiotu).*

Izba przy ocenie zarzutu wzięła również okoliczność, że zamawiający dopuścił także możliwość wykazania przywołanego warunku przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego. Co istotne, zamawiający nie limitował charakteru prawnego więzi łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim, na którego zasoby sprzętowe wykonawca zamierzał się powołać. Powyższe wynikało jednoznacznie z postanowienia pkt IX ppkt 1 SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający zastrzegł, że *Wykonawca może w celu potwierdzenia*

spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt od 1.2.2. do 1.2.4. rozdz. IV, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Uszło uwadze odwołującego, że Zamawiający doprecyzował w pkt IX SIWZ pojęcie „stosownej sytuacji” uprawniającej wykonawcę do powołania się na zasób sprzętowy innego podmiotu. *Wskazał, że „stosowna sytuacja” wystąpi w przypadku, kiedy Wykonawca udowodni Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

Na uwagę zasługiwał w szczególności fakt użycia przez zamawiającego w przywołanym postanowieniu czasu przyszłego w sformułowaniu „będzie dysponował zasobami” odnoszonego do wyrażnie do etapu realizacji zamówienia.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że sporny warunek pozostaje proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i do celu stawiania warunku, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W konsekwencji zarzut nr 3 okazał się bezzasadny.

Chybiony okazał się zarzut nr 7 odwołania wniesionego w sprawie KIO 2282/19.

Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

W myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zarzut nr 7 dotyczył postanowień działu II rozdział III ust. 4.1. pkt 6 SOPZ. Stosownie do ww. postanowienia, *jeżeli Wykonawca w sezonie zimowym przechowywał będzie piasek w skrzyniach bądź pojemnikach, wówczas na Wykonawcy ciąży obowiązek sporządzenia i przekazania Zamawiającemu, w terminie do 10 października każdego roku, Wykazu lokalizacji skrzyń i pojemników na piasek (Wykaz musi zostać uzgodniony z Zamawiającym) (...).*

Odwołujący Eneris podniósł, że zamawiający nie określił wprost jaką liczbą skrzyń lub pojemników na piasek ma dysponować wykonawca podczas realizacji umowy. Zdaniem odwołującego, dla prawidłowego wykonania umowy koniecznym było określenie

maksymalnej (choćby orientacyjnej) liczby skrzyń lub pojemników na piasek jaką wykonawca ma obowiązek dysponować.

Izba ustaliła, że zamawiający w dziale II rozdział III w ust. 4 opisał czynności z zakresu oczyszczania przystanków z sezonie letnim i zimowym w następujący sposób:

5) w sezonie zimowym dostawa piasku do zimowego oczyszczania przystanków może odbywać się na bieżąco lub przy wykorzystaniu skrzyń lub pojemników na piasek,

6) jeżeli Wykonawca w sezonie zimowym przechowywał będzie piasek w skrzyniach bądź pojemnikach, wówczas na Wykonawcy ciąży obowiązek sporządzenia i przekazania Zamawiającemu, w terminie do 10 października każdego roku, Wykazu lokalizacji skrzyń i pojemników na piasek (Wykaz musi zostać uzgodniony z Zamawiającym), pojemniki i/lub skrzynie na piasek powinny posiadać napisy: nazwa i nr tel. Wykonawcy, „AKCJA ZIMOWA”, „PIASEK”; pojemniki i skrzynie na piasek muszą zostać usunięte po zakończeniu sezonu zimowego, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym (w zależności od występujących i prognozowanych warunków atmosferycznych); nieusunięcie skrzyń i pojemników na piasek w uzgodnionym terminie traktowane będzie jako nienależyte wywiązanie się z umowy i będzie skutkowało naliczeniem kary.

Jak wynikało z przywołanych postanowień, zamawiający nie narzucił wykonawcom konieczności oczyszczania przystanków przy wykorzystaniu piasku gromadzonego w skrzyniach lub pojemnikach umieszczonych na przystankach. Zamawiający dopuścił możliwość wykonywania oczyszczania zimowego przystanków na bieżąco. Brak informacji o liczbie skrzyń lub pojemników nie uniemożliwiało przyjęcia innego sposobu zimowego oczyszczania przystanków. Wykonawca nie miał zatem bezwzględnego obowiązku stosowania skrzyń lub pojemników na piasek, co wynikało jednoznacznie z przywołanego wyżej postanowienia pkt 5.

Zdaniem Izby uzasadnione jest również oczekiwanie uprzedniego uzgodnienia z zamawiającym wykazu lokalizacji skrzyń i pojemników na piasek. Na uwagę zasługiwał fakt, że skrzynie i pojemniki będą umieszczane na przystankach, a więc ciągach, po których przemieszczają się systematycznie piesi i które mają ograniczoną powierzchnię. W tego rodzaju lokalizacjach umiejscowienie skrzyń i pojemników ograniczających tę przestrzeń nie może być dowolne i musi podlegać opiniowaniu przez zamawiającego.

Odwołujący nie może również utrzymywać, że nie może skalkulować kosztów zapewnienia właściwej liczby skrzyń lub pojemników z powodu niepodania informacji co najmniej o ich maksymalnej liczbie. Zdaniem Izby oszacowanie niezbędnej liczby skrzyń lub pojemników na piasek na podstawie informacji dostępnych w SIWZ nie powinno nastęrczać trudności dla doświadczonych wykonawców, do których jest kierowane zamówienie. Uszło uwadze odwołującego Eneris, że zamawiający w dziale II rozdziale III pkt 4.2 str. 28 SOPZ, wskazał, że przekazuje wykonawcom wykazy przystanków dla wszystkich zadań. Wykazy

ten stanowiły załączniki nr 1.1.9, 1.2.23, 1.2.24, 1.3.16, 1.4.16, i 1.5.16 do SIWZ. W oparciu o lekturę ww. wykazów przystanków, doświadczony wykonawca powinien z łatwością oszacować niezbędną liczbę skrzyń lub pojemników.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Bezzasadny okazał się zarzut nr 8 odwołania KIO 2228/19.

Odwołujący Eneris podniósł w odwołaniu, że zamawiający całkowicie pominął w dokumentacji przetargowej sposób określenia wynagrodzenia za działanie polegające na usuwaniu padłych zwierząt. Wadliwość dokumentacji przetargowej tym zakresie miała uniemożliwiać wykonawcy prawidłowe złożenie oferty.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie polegało na prawdzie. Odwołujący pominął w swej argumentacji postanowienia pkt XIV ust. 7, str. 22 SIWZ. Stosownie do powołanego postanowienia, *ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia w ramach danego zadania, na które składana jest oferta, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy – czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SIWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SIWZ.*

Lektura przywołanego postanowienia prowadziła do wniosku, że kalkulowane przez wykonawców ceny jednostkowe musiały obejmować wszystkie koszty wykonania danej usługi, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt. Wolą zamawiającego było, aby usługa usuwania padłych zwierząt nie była rozliczana odrębnie, ale jako element innych usług. Nie polegał zatem na prawdzie zarzut odwołującego Eneris, jakoby zamawiający miał „całkowicie pominąć” w SIWZ uregulowanie sposobu wynagradzania wykonawcy za wykonywanie omawianej usługi.

W trakcie rozprawy odwołujący Eneris dodatkowo podniósł, że nie jest w stanie oszacować rozmiarów usługi usuwania padłych zwierząt. Izba stwierdziła, że takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania, gdyż odwołujący w uzasadnieniu faktycznym zarzutu nr 8 skupił się jedynie na rzekomym całkowitym braku uregulowania wynagradzania wykonawców z tytułu usługi usuwania padłych zwierząt. W szczególności Izba stwierdziła, że przedmiotem zarzutu nie była wada opisu przedmiotu zamówienia wyrażająca się w niedostatecznym określeniu rozmiaru lub zakresu usługi usuwania padłych zwierząt. Na marginesie można było jedynie wskazać, że oświadczenia odwołującego Eneris przedstawiane w trakcie rozprawy okazały się wewnątrznie sprzeczne. Z jednej strony starał się zarzucać niedookreślenie przez zamawiającego w SIWZ zakresu spornej usługi. Z drugiej zaś strony, na pytanie członka składu orzekającego jednoznacznie odparł, że z jego

doświadczenia wynika, iż koszt tego typu usługi w stosunku do kosztów całości usługi kształtuje się na poziomie ok. 2-3%. Z odpowiedzi wynikało zatem, że odwołujący Eneris nie miał jednak większych trudności w określeniu rozmiaru spornej usługi. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut uznano za bezzasadny.

Za chybiony uznano zarzut nr 13 odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2228/19.

Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

W myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zarzut 13 dotyczył postanowienia § 11 ust. 1 projektu Umowy na zadania 1,3-5.

Ustalono, że w postanowieniu § 11 ust. 1 1 projektu Umowy na zadania 1,3-5 zamawiający przewidział, iż *Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonywania kontroli Wykonawcy (bazy, sprzętu, realizacji umowy) na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia, w każdym czasie, począwszy od dnia zawarcia umowy, w tym również w dniach wolnych od pracy oraz poza godzinami pracy Zamawiającego; na okoliczność dokonanej kontroli Wykonawcy (bazy, sprzętu, realizacji umowy) zostanie spisany stosowny protokół.*

Odwołujący podniósł, że zamawiający w przywołanym postanowieniu zastrzegł sobie możliwość dokonywania kontroli wykonawcy (bazy, sprzętu realizacji umowy) na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia, w każdym czasie, począwszy od dnia zawarcia umowy, w tym również w dniach wolnych od pracy oraz poza godzinami pracy zamawiającego. Zdaniem odwołującego Eneris zasadne byłoby doprecyzowanie, iż ww. kontrola będzie dokonana po uprzednim uzgodnieniu terminu z wykonawcą.

Zdaniem Izby kwestionowane postanowienie nie utrudnia uczciwej konkurencji, znajduje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego i jest proporcjonalne do opisanych w SIWZ praw wykonawcy, w szczególności prawa do otrzymania wynagrodzenia za samą gotowość techniczną wykonania usługi.

Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z pkt 1 załącznika nr II do formularza oferty zamawiający przewidział, iż zamierza płacić wykonawcy wynagrodzenie również za samą gotowość wykonania usługi określaną mianem „gotowości technicznej”. Jak wynikało z formularza, „gotowość techniczna” była odrębnie wycenianym elementem usługi.

Zamawiający w dziale I SOPZ zamieścił także definicję „gotowości technicznej”. Zgodnie z tym pojęciem, „gotowość techniczna” oznaczała *takie przygotowanie pod względem organizacyjnym, kadrowym, sprzętowym, materiałowym i logistycznym do przystąpienia do akcji, niezależnie od dni wolnych i świąt, aby wykonawca mógł rozpocząć akcję zimowego utrzymania na zadaniu wymaganą ilością sprzętu w ciągu 1 godziny od wydania dyspozycji przystąpienia do akcji (z zastrzeżeniem, że 25% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 15 minut, 50% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 30 minut 75% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 45 minut i 100% sprzętu powinno rozpocząć akcję w ciągu 1 godziny od wydania dyspozycji przystąpienia do akcji).*

Takie ukształtowanie OPZ oznaczało, że wykonawca prac winien utrzymywać gotowość techniczną, w tym również bazy i sprzętu, niezależnie od panujących warunków atmosferycznych i obowiązującego standardu utrzymania dróg. W oparciu o powyższy zapis Zamawiający zaś miał prawo zażądania skierowania do prowadzenia akcji całego sprzętu wymaganego w umowie. Z tytułu utrzymywania sprzętu w pogotowiu, wykonawcy przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe za samą gotowość do realizacji usługi w miesiącach zimowych. Może się również zdarzyć, że z powodu korzystnych warunków pogodowych sprzęt w sezonie zimowym nie zostanie ani razu użyty lub zostanie użyty w sporadycznie. Jednak w sytuacji nagłego pogorszenia warunków pogodowych musi on zostać praktycznie w ciągu 1h w całości postawiony do realizacji umowy.

Na przywiązywanie przez zamawiającego znacznej wagi do zapewnienia gotowości technicznej wskazywały także rozbudowane w SIWZ wymagania odnośnie bazy wykonawcy. W postanowieniach rozdziału II pkt 1 ppkt 3 str. 7 SOPZ zamawiający wskazał, że baza sprzętowo-transportowa wykonawcy musi:

- a) *posiadać miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,*
- b) *posiadać miejsca magazynowania materiałów chemicznych do zwalczania śliskości zimowej zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,*
- c) *być wyposażona w punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów (w przypadku, gdy czynności te nie będą wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo – transportowej),*
- d) *być wyposażona w sprawną wytwornicę solanki (stację solankową) do wytwarzania solanki i napełniania zbiorników zamontowanych na pługosyparkach (dopuszcza się dysponowanie jedną wytwornicą solanki, bez względu ile zadań wykonuje Wykonawca),*
- e) *być wyposażona w co najmniej dwie jednostki sprzętowe (dla każdego punktu załadunkowego) do załadunku środków chemicznych (chlorku sodu, chlorku wapnia i chlorku*

magnezu) i środków uszorstniających (kruszywo), oraz do przygotowania mieszanki we właściwych proporcjach.

Z przywołanych postanowień wynikało w szczególności, że niezbędnym elementem bazy zamawiający uczynił m.in. specjalistyczne urządzenia, których sprawność jest kluczowa dla natychmiastowego podjęcia akcji zimowej takie jak wytwornica solanki czy jednostki do załadunku środków chemicznych. Zdaniem Izby tego rodzaju sprzęt musi być utrzymywany w należyтым stanie, w pełni sprawny aby, jak wynikało z SIWZ, maksymalnie w ciągu 1h w całości uczestniczył w akcji zimowej. Skoro zatem wykonawca, zgodnie z umową otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe za samą gotowość (sprawność) sprzętu, to oczywistym jest, że zamawiający musi posiadać adekwatne i wzajemne uprawnienie do bieżącej weryfikacji tej gotowości, która musi być utrzymywana stale, a nie dopiero w ciągu paru godzin po wezwaniu do akcji. W szczególności oczekiwanego rezultatu nie zapewni kontrola, o której wykonawca zostanie uprzedzony z 6 lub 8 godzinnym wyprzedzeniem. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba uznała zarzut za bezzasadny.

KIO 2249/19

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2249/19 w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt 3c, 3e, 4 i 5 odwołania. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 listopada 2019 r. oświadczył, iż uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w tej części. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, w *przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.* Jak wynika z przywołanych przepisów Izba rozpoznała odwołanie wniesione w sprawie sygn. akt KIO 2249/19 w pozostałym zakresie.

Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Odwołanie w sprawie KIO 2249/19, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zasadne okazały się zarzuty nr 3a, 3b i 3d odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 2249/19.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Zamawiający w pkt III SIWZ ppkt 13 nałożył na wykonawców obowiązek zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, której wzór załączył do SIWZ.

Odwołujący FBSerwis domagał się w pierwszej kolejności wykreślenia z SIWZ obowiązku zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że żadne z postanowień SIWZ ani innych dokumentów sporządzonych w postępowaniu nie wskazuje, czy i w jakim zakresie zamawiający będzie powierzał wykonawcy przetwarzanie danych osobowych. Żaden z dokumentów nie wskazuje nadto rodzaju danych osobowych, które mają zostać powierzone oraz kategorii osób, których dane mają zostać powierzone. Dodatkowo odwołujący wywiódł, biorąc pod uwagę rodzaj usług objętych postępowaniem, że zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych będzie całkowicie zbędne i nieuzasadnione.

Izba stwierdziła, że rzeczywiście z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, aby zamawiający zamierzał powierzać wykonawcy przetwarzanie jakichkolwiek danych osobowych. Nie określono bowiem w SIWZ żadnego obowiązku, z którego wykonywaniem takie powierzenie przetwarzania miałyby się łączyć.

Jak słusznie wskazał odwołujący FBSerwis, zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1 b) i c) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z dnia 27 kwietnia 2016 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 119, str. 1) (dalej zwanego „RODO”), *Dane osobowe muszą być:*

b) zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami; dalsze przetwarzanie do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych nie jest uznawane w myśl art. 89 ust. 1 za niezgodne z pierwotnymi celami („ograniczenie celu”);

c) adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane („minimalizacja danych”).

Powyższe wynika także z motywu 39 RODO, zgodnie z którym *konkretne cele przetwarzania danych osobowych powinny być wyraźne, uzasadnione i określone w momencie ich zbierania. Dane osobowe powinny być adekwatne, stosowne i ograniczone do tego, co niezbędne do celów, dla których są one przetwarzane. Wymaga to w szczególności zapewnienia ograniczenia okresu przechowywania danych do ścisłego minimum. Dane osobowe powinny być przetwarzane tylko w przypadkach, gdy celu przetwarzania nie można w rozsądny sposób osiągnąć innymi sposobami.*

Jak wynika z przywołanych regulacji, aby w ogóle zbadać proporcjonalność kwestionowanego postanowienia punktem wyjścia powinien być cel przetwarzania danych, który powinien wynikać z obowiązków nałożonych na wykonawcę w SIWZ. Tymczasem w świetle postanowień SIWZ w spornym postępowaniu, zamawiający nie przewidział żadnych obowiązków, z których wykonywaniem łączyłoby się powierzenie przez zamawiającego wykonawcy przetwarzania danych osobowych. Powyższe zostało przyznane przez zamawiającego wyraźnie w trakcie rozprawy w dniu 21 listopada 2019 r. Na pytanie przewodniczącego zamawiający wskazał, że w postanowieniach SIWZ wprost nie wskazano na obowiązek reakcji na zgłoszenia.

Zamawiający wyjaśnił wprawdzie, że obowiązek taki wynika z obowiązującej praktyki. W tym zakresie powołał się na dowód - wydruk ze strony internetowej kontakt.ekosystem.wroc.pl, na której znajduje się formularz centrum obsługi mieszkańca. Argumentował, że za pomocą tego formularza mieszkańcy zgłaszają zamawiającemu uwagi. Wskazywał, że jeśli jest taka potrzeba, to zgłoszenie może być przekazane wykonawcom i takich sytuacjach może dojść do powierzenia wykonawcy przetwarzania danych osobowych. Izba oceniła przedstawioną argumentację i stwierdziła, że nie znajdowała ona oparcia w postanowieniach SIWZ, co słusznie zarzucił odwołujący w odwołaniu. Jeżeli zamawiający rzeczywiście zamierzał nałożyć na wykonawców obowiązek reakcji na jakieś zgłoszenia, to powinien dać temu wyraz w treści SIWZ. Skoro tego nie uczynił, to nie może w trakcie rozprawy – celem odparcia zarzutu w którym zwrócono mu uwagę na ww. brak - powoływać się na swe intencje niewyrażone w SIWZ.

Bezzasadne było też powołanie się zamawiającego na umowy powierzenia przetwarzania danych, jakie zamawiający 25.05.2018 r. zawarł z odwołującym FB Serwis. Dostrzeżenia wymagało, że umowy te regulowały wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z powierzenia przetwarzania danych osobowych w trakcie realizacji umów w przedmiocie odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów. Nie było sporne między stronami, że w treści umów dotyczących odpadów znajdowały się postanowienia, mocą których nałożono na wykonawców obowiązek reakcji na zgłoszenia mieszkańców przekazywane przez zamawiającego. Takich postanowień - jak wskazano wcześniej – próżno było jednak szukać w treści SIWZ dotyczącej analizowanego postępowania.

Jak wynikało z art. 5 RODO, powierzenie przetwarzania danych osobowych powinno nastąpić w sposób minimalny, adekwatny, stosowny i ograniczony co celów ich przetwarzania. Skoro takich celów nie można uchwycić na gruncie analizowanej SIWZ, to sporne postanowienia SIWZ – jako nieznajdujące uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego - należało uznać za utrudniające uczciwą konkurencję i wprowadzające nadmierne ograniczenia dla wykonawców, a przez to sprzeczne z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba uznała zarzuty za zasadne.

Zasadny okazał się zarzut nr 2 odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 2249/19.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Zarzut nr 2 dotyczył postanowień § 1 ust. 6 pkt 1), 2) i 4) projektów umów.

Ustalono, że zamawiający w postanowieniach § 1 ust. 6 projektów przewidział, co następuje:

Zamawiający zastrzega, iż w trakcie realizacji niniejszej umowy:

- 1) Ilości, powierzchnie i długości poszczególnych elementów pasa drogowego, częstotliwość oczyszczania jak również powierzchnie terenów zewnętrznych mogą ulec zmianie. W przypadku wprowadzenia powyższych zmian, Zamawiający na bieżąco będzie aktualizował Wykazy, w których powierzchnie, długości i ilości te zostały określone,*
- 2) ilości koszy objętych wynajmem i utrzymaniem, a także tylko utrzymaniem, mogą ulec zmianie – w takim przypadku Wykaz lokalizacji koszy będzie przez Zamawiającego aktualizowany na bieżąco,*
- 3) wystąpić mogą czasowe zawieszenia wykonywania części zleconych prac ze względu na wystąpienie niesprzyjających warunków atmosferycznych (np.: klęski żywiołowe,) lub innych uwarunkowań, wynikających z potrzeb Gminy Wrocław (np.: prowadzenie przebudowy układu komunikacyjnego miasta, likwidacja awarii, imprezy masowe itp.),*
- 4) zmiany opisane wyżej w pkt 1), 2) i 3), nie stanowią zmiany umowy i nie wymagają formy pisemnej w postaci aneksu, a jedynie doręczenia Wykonawcy pismem, faksem lub pocztą elektroniczną (adres i numery wskazane w § 10 ust. 2) przez Zamawiającego uprzedniej pisemnej informacji o wprowadzeniu w/w zmian, wskazującej rodzaj i datę, od której zmiana następuje. Wykonawca pisemnie potwierdzi (na adres i numery wskazane w § 10 ust. 2) otrzymanie w/w informacji, w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania informacji od Zamawiającego. Informację o wprowadzeniu zmian Zamawiający przekaże Wykonawcy w terminie 3 dni roboczych przed planowanym wprowadzeniem zmiany, a w*

przypadku zmiany, której terminu wprowadzenia nie można przewidzieć np. klęska żywiołowa, niezwłocznie (w tym przypadku Wykonawca również niezwłocznie potwierdzi otrzymanie informacji od Zamawiającego). Brak potwierdzenia Wykonawcy nie skutkuje wstrzymaniem wprowadzenia powyższych zmian. Wykonywanie przez Wykonawcę prac stanowiących przedmiot niniejszej umowy, na zasadach przed dokonaniem zmian stanowić będzie nienależyte wykonanie umowy i nie będzie objęte wynagrodzeniem, o którym mowa w § 7. Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zmian, o których mowa wyżej w pkt 1), 2) i 3).

Odwołujący FBSerwis w uzasadnieniu zarzutu nr 2 podniósł, że przywołane postanowienia sprawiają, że wykonawca w dacie składania oferty nie wie, jaki będzie rzeczywisty zakres zamówienia i czynności, które w ramach jego realizacji będą rzeczywiście musiały zostać wykonane. Zdaniem odwołującego uniemożliwia to rzetelne oszacowanie ceny ofertowej, gdyż oznacza, że wykonawca nie wie, jakie koszty będzie ponosił w związku z realizacją zamówienia oraz jakie wynagrodzenie zostanie mu wypłacone.

Izba stwierdziła, że zamawiający przez sporne postanowienia przyznał sobie prawo do jednostronnej, arbitralnej i dowolnej zmiany zakresu świadczonej usługi. Co więcej, zamawiający nie określił jakichkolwiek granic dla swego uprawnienia, czy to procentowych, czy ilościowych. Nie doprecyzowano także przypadków, kiedy zmiany miały zostać wdrażane. Wskutek powyższych zaniechań wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia nie ma gwarancji wykonania jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia, gdyż w świetle przywołanych postanowień zamawiający może samodzielnie zdecydować nawet o drastycznym ograniczeniu zakresu przedmiotowego umowy. Kwestionowane postanowienia uprawniają również zamawiającego do arbitralnego zwiększenia zakresu świadczonej usługi, w dowolnym zakresie.

Opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyk wiążących się z realizacją zamówienia i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Inaczej szacuje się cenę oferty przy założeniu, że zostanie zrealizowany cały zakres umowy, a inaczej, gdy grozi ryzyko wykonania jedynie jego niewielkiej części. Jak słusznie wskazał odwołujący FBSerwis, wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ponosić będzie koszty stałe i musi mieć gwarancję, że w pewnym zakresie umowa zostanie wykonana. Z drugiej strony zamawiający nie może przyznać sobie prawa do zwiększenia w sposób nieograniczony zakresu przedmiotowego umowy. Taki opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia wycenę ryzyk i poprawne skalkulowanie ceny oferty. Wykonawca ubiegający się o zamówienie nie będzie miał bowiem pewności, czy jego potencjał umożliwi mu zrealizowanie znacznie poszerzonego zakresu usługi. Powyższych uchybień nie zmienia fakt, że zamawiający przewidział za wykonywanie usługi wynagrodzenie obmiarowe,

uzależnione od ilości wykonanych usług. Rzeczywiście, w razie zwiększenia zakresu usługi, wykonawca otrzyma wyższe wynagrodzenie, ale z przyczyn wskazanych powyżej – może on nie udźwignąć znacznie powiększonego zamówienia. Ryzyko to jest na obecnym etapie niemożliwe do skalkulowania, wobec braku opisanego jakichkolwiek ram zmiany zakresu przedmiotowego umowy.

Zdaniem Izby tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia narusza reguły wynikające z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Sporny opis jest niejasny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, a także nie określa wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zdaniem Izby przywrócenie stanu zgodnego z prawem wymaga podania co najmniej ram, w jakich zamawiający będzie uprawniony do zmiany zakresu przedmiotowego usługi.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 projektów umów przez wskazanie minimalnych i maksymalnych:

- ilości, powierzchni i długości poszczególnych elementów pasa drogowego,
- częstotliwości oczyszczania jak również powierzchni terenów zewnętrznych,
- ilości koszy objętych wynajmem i utrzymaniem, a także tylko utrzymaniem,

które mogą ulec zmianie w trakcie realizacji umowy,

Nietrafny okazał się zarzut nr 1 odwołania wniesionego w sprawie KIO 2249/19. Zarzut nr 1 odwołania dotyczył kar umownych, jakie zamawiający zastrzegł w projektach umów i koncentrował się na trzech aspektach tych kar: wysokości (zarzut 1 pkt a), niejasności i niedoprecyzowania (zarzut 1 pkt b), oraz niewskazania końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane (zarzut 1 pkt c).

Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 5 KC stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 353¹ KC stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Art. 483 § 1 KC stanowi, że *można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).*

Zarzut 1a odwołania dotyczył wysokości:

- a) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a) projektów umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim w kwocie 400 zł za jezdnię o powierzchni do 10.000 m², 800 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m² oraz 1.200 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²;
- b) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. b) projektów umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim w kwocie 800 zł (za jezdnię o powierzchni do 10.000 m², 1.600 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m² oraz 2.400 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²;
- c) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. c) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym w kwocie 400 zł za jezdnię o powierzchni do 10.000 m², 800 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m² oraz 1.200 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²;
- d) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. d) Projektów Umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym w kwocie 800 zł za jezdnię o powierzchni do 10.000 m², 1.600 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m² oraz 2.400 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²;
- e) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. e) projektów umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w kwocie 600 zł za jezdnię o powierzchni do 10.000 m², 1.200 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m² oraz 1.800 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20 000 m²;
- f) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. f) projektów umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek nie przystąpienia do prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w kwocie 1.200 zł za jezdnię o powierzchni do 10.000 m², 2.400 zł za jezdnię o powierzchni od 10.001 m² do 20.000 m² oraz 3.600 zł za jezdnię o powierzchni powyżej 20.000 m²;
- g) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. g) projektów umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie

oczyszczania i/lub tramwajowych torowisk wydzielonych i pętli tramwajowych w ciągach ulicznych i pętlach i/lub zieleńców w pasie drogowym i/lub ścieżek rowerowych i/lub przejść podziemnych/tuneli, w wysokości 300 zł;

- h) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. h) projektów umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania przystanków, w wysokości 200 zł za każdy przypadek;
- i) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. i) projektów umów kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania chodników i/lub parkingów i/lub ciągów pieszo-rowerowych i/lub ścieżek rowerowych i/lub przystanków w sezonie zimowym, w czasach reakcji zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, w wysokości 400 zł za każdy przypadek;
- j) przewidzianej w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. j) projektów umów kary za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych, w kwocie 300 zł (za tereny zewnętrzne o powierzchni do 1.000 m², 600 zł za tereny zewnętrzne o powierzchni od 1.001 m² do 8.000 m² oraz 900 zł za tereny zewnętrzne o powierzchni powyżej 8.000 m²).

Odwołujący FBService w uzasadnieniu faktycznym zarzutu 1a odwołania skupił się na argumentowaniu, że ww. kary umowne zostały ustalone na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody.

Zdaniem Izby zarzut nie został udowodniony przez odwołującego. Uzasadnienie zarzutu sprowadzało się do przytoczenia orzecznictwa sądów, oraz porównania wysokości grożącej wykonawcy kary umownej z wysokością wynagrodzenia spodziewanego przez wykonawcę za wykonanie danego elementu usługi. W tym zakresie odwołujący przedstawił w odwołaniu sporządzone przez siebie zestawienie tabelaryczne. Izba stwierdziła, że tabela przedstawiona w odwołaniu nie stanowiła dowodu, iż zastrzeżone kary umowne będą znacząco wyższe od szkody grożącej zamawiającemu w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego. W zestawieniu swym odwołujący FBService przedstawił wysokość wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy za dany element usługi, a nie wysokość szkody, jaką może ponieść zamawiający.

Jak słusznie wskazał zamawiający przy ocenie wysokości szkody należało uwzględnić szereg innych uszczerbków po stronie zamawiającego. W analizowanej sprawie można było mówić o szkodzie wizerunkowej, jaką w oczach mieszkańców i użytkowników dróg może ponieść zamawiający, którego ustawowym obowiązkiem jest utrzymanie w należytych stanie dróg i terenów gminy Wrocław. Nie można było również wykluczyć poniesienia szkody instytucjonalnej wynikającej z następstw ewentualnych negatywnych wyników kontroli prowadzonych przez instytucje sprawujące nadzór nad zamawiającym

takich jak RIO oraz NIK. W uzasadnieniu zarzutu brak było wyводу jak i dowodów na okoliczność, że wnioskowane przez odwołującego wysokości kar umownych będą pokrywały ww. szkody po stronie zamawiającego.

Zdaniem Izby znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu miał także charakter zobowiązań niepieniężnych, z których niewykonaniem (nienależytym wykonaniem) miało łączyć się nałożenie kar umownych. Analiza tych obowiązków wykonawcy prowadziła do wniosku, że są to zobowiązania służące zapewnieniu należytego stanu dróg, a także ładu i bezpieczeństwa, w tym również sanitarno-epidemiologicznego, mieszkańców miasta.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że odwołujący w swym wywodzie pominął inne elementy, które podlegają uwzględnieniu w procesie oceny zasadności wysokości kar umownych. Jak słusznie wskazał zamawiający nie mniej istotna jest funkcja gwarancyjna kary umownej. Celem zastrzeżenia kar umownych jest także zapobieżenie niewykonaniu lub nienależytemu wykonaniu zobowiązania niepieniężnego przez odstraszenie dłużnika wysokością i nieuchronnością nakładanych kar. Wzięto pod uwagę, że w tym zakresie odwołujący FBSerwis nie przedstawił żadnego dowodu. W uzasadnieniu zarzutu brak wyводу jak i dowodów na okoliczność, że wnioskowane przez odwołującego wysokości kar umownych zapewnią spełnianie przez kary umowne ich funkcji gwarancyjnej.

Szacując skutki pozostawienia kwestionowanych kar umownych na dotychczasowym poziomie Izba wzięła pod uwagę złożony w trakcie rozprawy przez zamawiającego dowód - zestawienie naliczonych kar umownych za nienależyte wykonanie prac w zakresie pasa drogowego i terenów zewnętrznych za 2018r. Dowód ten uznano za wiarygodny, mogący stanowić podstawę do rozważań na tle analizowanej sprawy. Na pytanie przewodniczącego zamawiający oświadczył bowiem, że umowa na podstawie której naliczono kary, obejmowała ten sam katalog kar umownych i podobne ich wysokości, jak w analizowanych projektach umów. Strona przeciwna nie zaprzeczyła ww. oświadczeniu zamawiającego. W oparciu o ten dowód można było zatem oszacować skutki pozostawiania kar umownych w wysokości zastrzeżonej w SIWZ. Analiza dowodu prowadziła do wniosku, że wartość naliczonych przez zamawiającego w 2018 r. kar umownych wyniosła odpowiednio ok. 125 tys. zł i ok. 110 tys. zł, przy wartości usługi na poziomie 65 mln zł. Porównanie obu wielkości z wartością umowy prowadziło do wniosku, że zastrzeżonych kar umownych nie można było uznać za rażąco wygórowane.

Zarzut 1b odwołania dotyczył niedoprecyzowania kar umownych opisanych w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektów Umów.

Ustalono, że w postanowieniach tych zamawiający zastrzegł kary umowne na wypadek nienależytego wykonania opisanych przez siebie zobowiązań niepieniężnych wykonawcy.

Odwołujący FB Serwis podniósł, że słowo „nienależyte” jest pojęciem nieostrym co powoduje, że wykonawca nie ma podstaw do oceny, w jakich przypadkach kary te będą nakładane. Zdaniem odwołującego FB Serwis przykładowo nie jest jasne, według jakiego kryterium zamawiający będzie oceniał, czy oczyszczanie jezdni zostało wykonane należyście. Wywiódł, że postanowienia w sposób dostateczny nie identyfikują przypadki (postaci) niewykonania lub nienależytego wykonania, które są obwarowane sankcją kary umownej.

Dostrzeżenia wymagało, że w każdym z przypadków kar umownych, o których mowa w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a), c), e), h), i), j), l), m), n), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. c) projektów umów, zamawiający odwołał się do standardów opisanych we wskazanych przez siebie jednostkach redakcyjnych szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (SOPZ) lub do zobowiązania przyjętego przez wykonawcę w ofercie. Tytułem przykładu można jedynie wskazać, że kara umowna, o której mowa w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a) projektów umowy będzie nakładana „za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim, o których mowa w Załączniku nr 1 - SOPZ Dział II, Rozdział III ust. 1”.

Nie można było zatem utrzymywać, że standard należytego wykonania usługi, którego nieosiągnięcie skutkować będzie naliczaniem kar, nie został opisany. Jeżeli zaś odwołujący FB Serwis utrzymywał, że z jakichś powodów standard usługi nie został doprecyzowany w postanowieniach SIWZ, to powinien w tym zakresie zaskarżyć szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) jako niejednoznaczny. Skoro tego nie uczynił, to nie może w trakcie rozprawy twierdzić, że standard ten nie jest znany lub nie jest zbyt precyzyjny.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę, że pojęcie „nienależytego wykonania zobowiązania” jest klauzulą generalną, o której mowa w art. 471 i n. KC. Z art. 471 KC wynika, że *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 art. 472 KC stanowi, że *jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności*.

W tym kontekście wzięto pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, którym nie zaprzeczył odwołujący FB Serwis, że w dotychczas realizowanych umowach wykonawcy uczestniczą w procesie ustalania, czy doszło do nienależytego wykonania zobowiązania i jakie były tego przyczyny. Zamawiający wyjaśnił, że wspólnie z wykonawcami bada, czy niewykonanie zobowiązania nie było spowodowane siłą wyższą, bądź okolicznościami, za które nie odpowiadają. Odwołujący FB Serwis nie zaprzeczył także, że zamawiający zapewnia wykonawcom możliwość wniesienia zastrzeżeń i przedstawienia dowodów na

okoliczność, że niewykonanie obowiązków umownych było następstwem okoliczności, za które nie ponosi winy.

Izba stwierdziła, że obowiązująca praktyka będzie stosowana także w trakcie realizacji obecnego zamówienia. Analogiczny obowiązek zapewnienia czynnego udziału wykonawcy w ustalaniu przyczyn niewykonania umowy wynikał również z postanowień projektów umów, stanowiących załączniki do SIWZ. Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający w § 9 wzorów umowy zastrzegł, iż kary umowne będą mu się należały wyłącznie „z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy”. Możliwość naliczenia kar umownych powiązana została zatem wyraźnie z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Ponadto, w § 11 ust. 7 wzoru umowy zastrzeżono, że podstawą do naliczenia kary umownej będzie protokół z kontroli, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do umowy. Analiza wzoru protokołu kontroli zaś prowadziła do wniosku, że przewidziano w nim rubrykę „uwagi”. Wobec powyższego stwierdzono, że również w analizowanym postępowaniu zamawiający zapewnił wykonawcom możliwość wniesienia zastrzeżeń i przedstawienia dowodów na okoliczność, że niewykonanie obowiązków umownych było następstwem okoliczności, za które nie ponoszą winy.

Nietrafne okazało się stanowisko odwołującego FBSerwis, który w uzasadnieniu zarzutu 1b argumentował, że kwestionowane określenie podstaw nałożenia kar uniemożliwi mu kalkulację ryzyka ich poniesienia. W tym zakresie wzięto również pod uwagę złożony przez zamawiającego dowód - zestawienie naliczonych kar umownych za nienależyte wykonanie prac w zakresie pasa drogowego i terenów zewnętrznych za 2018r. Dowód ten uznano za wiarygodny, gdyż zamawiający oświadczył, że umowa na podstawie, której naliczono kary, zawiera ten sam katalog kar umownych i podobne ich wysokości, czego nie negował odwołujący FBSerwis. W oparciu o złożony dowód można było zatem oszacować skutki pozostawiania kar umownych na poziomie określonym w SIWZ. Analiza dowodu prowadziła do wniosku, że wartość naliczonych przez zamawiającego w 2018 r. kar umownych wyniosła odpowiednio ok. 125 tys. zł i ok. 110 tys. zł, przy wartości usługi na poziomie 65 mln zł. W związku z powyższym odwołujący FBSerwis nie może utrzymywać, że nie jest w stanie oszacować ryzyka poniesienia kar, skoro – jak wynikało z wykazu - jest wykonawcą realizującym analogiczną umowę na rzecz zamawiającego. Skala kar zapłaconych przez niego samego jest mu znana, a w oparciu o przepisy o dostępie do informacji publicznej miał możliwość ustalenia, jakie kary umowne zamawiający nałożył na inne podmioty, o których mowa w wykazie.

Kierując się powyższymi rozważaniami, zarzut 1b uznano za bezzasadny.

Za chybiony uznano zarzut 1c odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 2249/19.

Odwołujący FB Serwis podniósł, że w § 9 ust. 2 pkt 2 lit. o), p), q), r), § 9 ust. 2 pkt 3 lit. a) - i), § 9 ust. 2 pkt 4 lit. a) - c), f), h) - j) oraz § 9 ust. 2 pkt 5 lit. c) - f), k), m), r), t) i u) projektów umów zamawiający ustanowił przypadki kar umownych, których wysokość będzie ustalana jako iloczyn oznaczonej sumy (wskazanej kwotowo) liczby dni, w których trwało opóźnienie lub stan „naruszenia” obowiązków umownych. Zdaniem odwołującego dla żadnego z tych przypadków zamawiający nie określił końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy karą umowną w nieokreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że w świetle art. 483 KC nie jest wymagane określenie kwotowo kary umownej. Zgodnie z art. 483 KC *można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)*. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych zadość wymogowi z art. 483 KC czyni także takie postanowienie, w którym strony uregulują podstawy do określenia wysokości kary umownej w przyszłości.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że – wbrew stanowisku odwołującego - zamawiający określił w projektach umów maksymalną kwotę kar umownych. Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający wskazał w § 14 ust. 3 pkt 1 lit. c wzorów umów, że ma prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku gdy suma naliczonych wykonawcy kar umownych od początku trwania umowy przekroczy 30 % ceny ofertowej. Zamawiający określił zatem maksymalną wysokość kar umownych, po osiągnięciu której uprawniony będzie do odstąpienia od umowy. Odwołujący FB Serwis nie może zatem utrzymywać, że nie jest w stanie skalkulować ryzyka poniesienia kar, gdyż nie zna ich górnego limitu czy terminu. Wykonawca rozsądnie oceniający ryzyko powinien założyć, że mogą na niego zostać nałożone kary umowne w łącznej wysokości 30% ceny ofertowej. Odwołujący FB Serwis słusznie wskazał, że postanowienie z § 14 ust. 3 pkt 1 lit. c wzorów umów obejmuje uprawnienie a nie obowiązek zamawiającego do odstąpienia od umowy. Trudno jednak zakładać, że zamawiający po nałożeniu tak wysokich kar umownych, które łącznie osiągną 30% ceny oferty zdecyduje się na kontynuowanie realizacji umowy z tak nierzetelnym wykonawcą. W związku z tym można było uznać, że zamawiający określił limit kar umownych na tyle dostatecznie, że nie będzie można mówić o tzw. zobowiązaniu wiecznym.

W tym zakresie wzięto pod uwagę także złożone przez zamawiającego zestawienie naliczonych kar umownych za nienależyte wykonanie prac w zakresie pasa drogowego i terenów zewnętrznych za 2018r. Z dowodu tego wynikało, że – przy analogicznych zapisach umownych - łączna wartość naliczonych przez zamawiającego w 2018 r. kar umownych wyniosła odpowiednio ok. 125 tys. zł i ok. 110 tys. zł, przy wartości usługi na poziomie 65 mln zł. W związku z powyższym odwołujący FBService nie może utrzymywać, że istnieje obawa, iż kara umowna przekroczy wysokość całego wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy.

Przy rozstrzygnięciu zarzutu nie bez znaczenia była również okoliczność, że kary umowne będą nakładane za niewykonanie konkretnych zobowiązań umownych. Przykładowo kara umowna z § 9 ust. 2 pkt 2 litera o, p, q projektów umów będzie nakładana za niezapewnienie każdej brakującej jednostki sprzętu za każdy dzień. Jak wskazano wcześniej, zamawiający zdecydował się na płacenie wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego za samą gotowość techniczną sprzętu do prowadzenia akcji zimowej, bez względu na to, czy sprzęt taki zostanie faktycznie użyty do akcji. Zamawiający określił także wymogi owej zdolności technicznej. Wbrew stanowisku odwołującego FBService w przypadku tego rodzaju kar ustalono dostateczne podstawy do ich obliczenia i nie są to kary wieczne. Oczywistym jest bowiem, że wykonawca może zapewniać sprzęt w ramach „gotowości technicznej” tylko do zakończenia realizacji umowy. W konsekwencji termin graniczny dla nakładania tego typu kar został określony.

Zasadne jest również nakładanie kar umownych za zaniechanie dezynfekcji koszy. Czynność ta musi być wykonywana systematycznie ze względów epidemiologicznych i za proporcjonalne należało uznać obliczanie kar umownych za każdy dzień niewykonania zobowiązania. Oczywistym jest też, że wykonawca będzie dezynfekował kosze tylko do zakończenia realizacji umowy. Wobec powyższego i przy tego rodzaju karach umownych termin graniczny dla ich nakładania został sprecyzowany.

Zdaniem Izby, zasadne jest również utrzymanie kar umownych za zwłokę w przekazaniu dokumentów lub harmonogramu. Zamawiający wyjaśnił, że dokumenty te są przez niego wymagane w określonym czasie i okresie, gdyż musi skoordynować działania wielu podmiotów, np. podmiotów malujących pasy drogowe czy organizujących imprezy masowe. Sytuacja, w której dokumenty te będą przekazywane z opóźnieniem, jest niedopuszczalna. Płonna jest przy tym obawa odwołującego FBService, że zamawiający może dostrzec nieprzekazanie wymaganego dokumentu z dużym opóźnieniem. Uszło uwadze odwołującego, że podstawą zapłaty wykonawcy należnego wynagrodzenia jest złożenie przez niego sprawozdań, kart przekazania odpadów i innych dokumentów (por. §7 ust. 11 projektów umów). W postanowieniach tym wskazano wyraźnie, że *podstawą wystawienia faktury przez Wykonawcę będą zaakceptowane przez Zamawiającego*

sprawozdania z zagospodarowania odpadów i wykazy wykonanych prac, o których mowa w § 6 ust. 1 i ust. 2 oraz „trasówki” w sezonie letnim i zimowym, o których mowa w SOPZ. W tej sytuacji nie można twierdzić, że istnieje duże prawdopodobieństwo, iż zamawiającemu lub wykonawcy umknie fakt niezłożenia tego rodzaju dokumentów.

Wobec powyższego zarzut nr 1c odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 2249/19 uznano za niezasadny.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3, 5 i 6 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4, 7 i 8 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowań odwoławczych i kosztów postępowań, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3, 5 i 6 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4, 7, 8 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy polegające na wadliwym opisanu warunku udziału w postępowaniu i przedmiotu zamówienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SIWZ, w sposób opisany w pkt 2 i 5 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 i 5 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 i 6 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 i 6 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

Z kolei zgodnie z art. 186 ust. 6 ustawy Pzp, *koszty postępowania odwoławczego:*

- 1) *w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie;*
- 2) *w okolicznościach, o których mowa w ust. 3:*
 - a) *ponosi zamawiający, jeżeli uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy,*
 - b) *znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy;*
- 3) *w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:*
 - a) *odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,*
 - b) *wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę;*
- 4) *w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi:*
 - a) *odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę,*
 - b) *zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę*

„przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *„Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący Rafał Sieraczyński i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. .

Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

W sprawie KIO 2228/19 Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 5 zarzutów rozpoznawanych merytorycznie zasadny okazał jeden zarzut (zarzut nr 21), zaś chybione okazały się cztery zarzuty. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 20% do 80%. Spór w zakresie zarzutów niezasadnych toczył się między odwołującym a zamawiającym. Ponieważ zarzuty okazały się niezasadne, odpowiedzialność za wynik 80% postępowania odwoławczego ponosił odwołujący. Spór w zakresie zarzutu nr 21 toczył się między odwołującym Eneris a przystępującymi Alba i FB Serwis, który wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia ww. zarzutu przez zamawiającego. Ponieważ zarzut okazał się zasadny, odpowiedzialność za wynik 20% postępowania odwoławczego ponosili obaj przystępujący.

Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2228/19 składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3.600 zł.

Kosztami z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztami z tytułu 80% wpisu od odwołania obciążono odwołującego, jako tę stronę, która uległa w sporze z zamawiającym dotyczącym 80% zarzutów. Wobec powyższego zasądzone od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł.

Kosztami z tytułu 20% wpisu od odwołania obciążono przystępujących, którzy wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zasadnego zarzutu nr 21. 20 % kwoty wpisu od odwołania stanowi 3000 zł ($15.000 \times 20\% = 3000$ zł). Wobec powyższego od każdego z dwóch wnoszących sprzeciw zasądzone na rzecz odwołującego zwrotu po 1.500 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie KIO 2228/19 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit b oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

W sprawie KIO 2249/19 Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 3 grup zarzutów rozpoznawanych merytorycznie zasadne okazały się dwie grupy, a jedna grupa zarzutów okazała się chybiona. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 2/3 do 1/3. Kosztami postępowania obciążano zatem zamawiającego w części 2/3 i

odwołującego FB Serwis w części 1/3. Spór w sprawie KIO 2249/19 toczył się w całości między zamawiającym a odwołującym FBSerwis.

Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2249/19 składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego FB Serwis z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł (łącznie: 22.200 zł).

Odwołujący FBSerwis poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7.400,00 zł (22.200 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11.200 zł (18.600 zł – 7.400 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie KIO 2249/19 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....