

Sygn. akt: KIO 2128/20, KIO 2137/20, KIO 2145/20, KIO 2146/20, KIO 2148/20,
KIO 2152/20

WYROK
z dnia 8 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Aleksandra Patyk

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2020 r., 7 grudnia 2020 r., 16 grudnia 2020 r., 4 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (sygn. akt KIO 2128/20),
- B) w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **AG-Complex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (sygn. akt KIO 2137/20),
- C) w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (sygn. akt KIO 2145/20),
- D) w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie** (sygn. akt KIO 2146/20),
- E) w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **SUEZ Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (sygn. akt KIO 2148/20),
- F) w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **W. B.**, prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą **Byś, W. B.** (sygn. akt KIO 2152/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Fagus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2128/20, KIO 2137/20, KIO 2146/20 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **D. A.**, prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą **Partner, D. A.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2137/20, KIO 2145/20, KIO 2148/20, KIO 2152/20 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2128/20, KIO 2137/20, KIO 2146/20, KIO 2148/20, KIO 2152/20 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2137/20, KIO 2145/20, KIO 2146/20, KIO 2148/20, KIO 2152/20 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2128/20 w części dotyczącej zarzutów nr I.3 oraz I.7 odwołania,**
2. **uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2128/20 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ przez wykreślenie w rozdziale XII SIWZ postanowień wskazujących na ograniczenia procentowe cen jednostkowych oraz ograniczenia procentowe łącznej wartości prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), a także wykreślenie analogicznych procentowych ograniczeń z kosztorysów stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ,**
3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2128/20,**
4. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2145/20 w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt III.1 c i III.1.d odwołania,**
5. **uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2145/20 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ przez wykreślenie w rozdziale XII SIWZ postanowień wskazujących na ograniczenia procentowe cen jednostkowych oraz ograniczenia procentowe łącznej wartości prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), a także wykreślenie analogicznych procentowych ograniczeń z kosztorysów stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ,**
6. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2145/20,**
7. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2146/20 w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt I.1.b odwołania,**

8. uwzględni częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2146/20 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ przez wykreślenie w rozdziale XII SIWZ postanowień wskazujących na ograniczenia procentowe cen jednostkowych oraz ograniczenia procentowe łącznej wartości prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), a także wykreślenie analogicznych procentowych ograniczeń z kosztorysów stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ,
9. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2146/20,
10. uwzględni częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2148/20 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ przez wykreślenie w rozdziale XII SIWZ postanowień wskazujących na ograniczenia procentowe cen jednostkowych oraz ograniczenia procentowe łącznej wartości prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), a także wykreślenie analogicznych procentowych ograniczeń z kosztorysów stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ,
11. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2148/20,
12. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2152/20 w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt 4) odwołania,
13. uwzględni częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2152/20 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ przez wykreślenie w rozdziale XII SIWZ postanowień wskazujących na ograniczenia procentowe cen jednostkowych oraz ograniczenia procentowe łącznej wartości prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), a także wykreślenie analogicznych procentowych ograniczeń z kosztorysów stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ,
14. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2152/20,
15. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2128/20 obciąża wykonawcę **Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w części 7/8** oraz **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie w części 1/8** i:
 - 15.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 15.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **2.325 zł 00 gr** (słownie: dwóch tysięcy trzystu dwudziestu pięciu złotych zero groszy),
16. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2137/20 obciąża wykonawcę **AG-Complex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w części 1/2** oraz

Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i:

- 16.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AG-Complex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 16.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **AG-Complex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy),
17. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2145/20 obciąża wykonawcę **Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w części 5/6** oraz **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie w części 1/6 i:**
- 17.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 17.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **3.100 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy stu złotych zero groszy),
18. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2146/20 obciąża wykonawcę **Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie w części 5/6** oraz **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie w części 1/6 i:**
- 18.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 18.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie** kwotę **3.100 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy stu złotych zero groszy),
19. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2148/20 obciąża wykonawcę **SUEZ Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w części 1/2** oraz

Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie w części ½ i:

- 19.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SUEZ Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 19.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **SUEZ Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy),
20. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2152/20 obciąża wykonawcę **W. B., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą Byś, W. B. w części 2/3** oraz **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie w części 1/3** i:
- 20.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. B., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą Byś, W. B.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 20.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **W. B., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą Byś, W. B.** kwotę **6.200 zł 00 gr** (słownie: sześciu 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2128/20, KIO 2145/20, KIO 2146/20, KIO 2148/20, KIO 2152/20

Uzasadnienie

Miasto stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, zwane 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 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2021-2024”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 sierpnia 2020 r., nr 2020/S 162-393802.

21 sierpnia 2020 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 31 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania:

- a) wykonawca Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- b) wykonawca Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- c) wykonawca Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie,
- d) wykonawca SUEZ Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- e) wykonawca W. B., prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą Byś, W. B.

Odwołania zostały połączone zarządzeniem Prezesa KIO do łącznego rozpoznania i oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 2128/20, sygn. akt KIO 2145/20, sygn. akt KIO 2146/20, sygn. akt KIO 2148/20 oraz sygn. akt KIO 2152/20.

KIO 2128/20

Odwołujący Polsuper wniósł odwołanie wobec następujących postanowień:

1. rozdział V (Warunki udziału w postępowaniu), ust. 1 pkt 2) SIWZ oraz Sekcja III. 1.1) pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu, przewidujące warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka Województwa, w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt. 2), ust. 1a i ust. 1b pkt 1) Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz z § 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów,

- przez wadliwe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, który jest niezgodny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ponieważ usługi objęte przedmiotem zamówienia nie powinny być klasyfikowane jako transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (kod 20 03 01), lecz jako wytwarzanie i transport odpadów z czyszczenia ulic i placów (kod 20 03 03),
2. rozdział XII (Opis sposobu obliczania ceny), ust. 1 SIWZ - w zakresie postanowień wskazujących na górne limity procentowe, których nie mogą przekroczyć wartości prac oferowane przez wykonawcę, tj. wymogu, iż *„Wartość prac nie może przekroczyć maksymalnego % łącznej wartości prac CX dla danego regionu”*, określonego w tabelach zamieszczonych pod lit. a), b) i c), oraz w zakresie wymogu, iż *„Łączna wartość prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), nie może przekroczyć maksymalnie 40% łącznej wartości prac CX dla danego regionu”*,
zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez opisanie sposobu obliczenia ceny w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w sposób narzucający wykonawcy sztuczną i arbitralnie ustaloną przez zamawiającego metodologię kalkulacji ceny oferty, istotnie ograniczającą swobodę wykonawcy w kalkulowaniu ceny oferty i przez to niekorzystną dla wykonawcy,
 3. rozdział XII (Opis sposobu obliczania ceny), ust. 3 i 6 SIWZ – w zakresie postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek zaokrąglania cen do dwóch miejsc po przecinku także po aukcji elektronicznej oraz nakładających obowiązek obniżenia po aukcji elektronicznej wszystkich cen jednostkowych o określony przez zamawiającego poziom,
zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w sposób narzucający wykonawcy metodologię kalkulacji ceny oferty, która jest niekorzystna dla wykonawcy,
 4. rozdział XIII (Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty), ust. 2 SIWZ - w zakresie wagi, punktacji i sposobu oceny według wzoru, przewidzianych dla kryteriów odnoszących się do aspektu środowiskowego i dotyczących zamiatarek oraz pługoposypywarek (pozycje 2a i 2c),
zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 4 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp, przez określenie kryterium oceny ofert w zakresie aspektu środowiskowego w sposób nieproporcjonalny i utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na nieuzasadnioną, zróżnicowaną ocenę i punktację w odniesieniu do tożsamyh kryteriów oceny ofert dotyczących zamiatarek i pługoposypywarek, która prowadzi do istotnej i niczym nieuzasadnionej dysproporcji w punktacji oraz uniemożliwia rzeczywistą porównywalność ofert pod kątem ochrony środowiska,

5. § 2 ust. 3 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) - w zakresie uprawniającym zamawiającego do zlecenia wykonawcy prac poza przewidzianymi terminami rozpoczęcia i zakończenia realizacji prac zimowego i letniego oczyszczania w przypadku zmiany warunków atmosferycznych, o czym zamawiający poinformuje wykonawcę z 24 lub 48 godzinnym wyprzedzeniem,
- zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez brak jednoznacznego i konkretnego określenia terminu realizacji zamówienia oraz udzielenie zamawiającemu niczym nieograniczonego uprawnienia do dowolnego skrócenia lub przedłużenia terminu świadczenia usługi, co uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę, a także naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 Pzp i art. 140 ust. 1 Pzp, przez udzielenie zamawiającemu uprawnienia do jednostronnej zmiany istotnego elementu przedmiotu umowy, tj. terminu wykonania zamówienia, a przez to również wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co stanowi naruszenie przepisów zakazujących zmian postanowień zawartej umowy oraz nakazujących, aby zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie;
6. § 7 ust. 4 i 5 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), przewidujących prawo zamawiającego do naliczenia wykonawcy kar umownych za brak sygnału satelitarnego systemu lokalizacji i kontroli pracy GPS z jednostek sprzętowych oraz w przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji GPS z każdej jednostki sprzętowej,
- zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp; art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 473 § 1 kc, poprzez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, które są od niego niezależne, i na które nie ma wpływu, co stanowi naruszenie zasady równowagi kontraktowej stron i zasady uczciwej konkurencji oraz nie pozwala wykonawcy na skalkulowanie w cenie ofertowej związanego z tym ryzyka,
7. Część II ust. 6 załącznika nr 1 do Wzoru umowy: *„Wykonawca zobowiązuje się do dokonywania oceny stanu jezdni pod kątem występowania zjawisk atmosferycznych powodujących powstanie śliskości zimowej na jezdniach ulic i przekazywania niezwłocznie Zamawiającemu informacji za pośrednictwem Platformy Spedio lub/ i e-mail o powyższym fakcie w celu podjęcia działań zmierzających do zabezpieczenia/likwidacji zagrożeń w ruchu kołowym”*,
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc, przez niejednoznaczne i ogólnikowe opisanie zobowiązania do świadczenia tzw. usługi patrolowania oraz poprzez nieprzewidzenie jakiegokolwiek wynagrodzenia za świadczenie tej usługi, mimo że świadczenie usługi patrolowania wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę istotnych

kosztów, co prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i zasady uczciwej konkurencji, jak również uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę,

8. Część III ust. 1 pkt 2) załącznika nr 1 do Wzoru umowy - w zakresie wprowadzającym wymóg aby podwozia zamiatarek samojezdnych kompaktowych spełniały normę emisji spalin EURO 6,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i wprowadzenie do wzoru umowy nadmiernych, nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i zbędnych z punktu widzenia realizacji zamówienia wymogów w zakresie spełniania przez podwozia zamiatarek normy emisji spalin EURO 6, w sytuacji gdy dla podwozi pługoposypywarek i zmywarek wystarczające jest spełnienie normy emisji spalin EURO 5,

9. Część III ust. 1 pkt 6) załącznika nr 3 do Wzoru umowy: *„Zamawiający przy realizacji prac wymienionych w części II ust. 1, 3 nie dopuszcza sprzętu w postaci zmiatarek elewatorowych, ciągnionych np. typu BRODDWAY, holowanych przez ciężarówkę. W przypadku dużego stopnia zabrudzenia na poszczególnych trasach na wniosek Wykonawcy w uzasadnionych przypadkach za zgodą Zamawiającego możliwe jest odstępstwo od tej reguły”*,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i wprowadzenie do wzoru umowy nieuzasadnionego, nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i zbędnego z punktu widzenia realizacji zamówienia zakazu stosowania zmiatarek elewatorowych, ciągnionych, holowanych przez ciężarówkę.

Odwołujący Polsuper wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. modyfikacji warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w rozdziale V (Warunki udziału w postępowaniu), ust. 1 pkt 2) SIWZ oraz Sekcji III.1.1) pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu: *„Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka Województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn.zm.) w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01).”*

w następujący sposób:

„Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka Województwa, o którym mowa w art. 49 ust 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn. zm.) w zakresie wytwarzania i transportu odpadów z czyszczenia ulic i placów (kod 20 03 03)",

jak również analogiczną modyfikację dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku w rozdziale VI ust. 3 pkt 1) SIWZ,

2. usunięcia z rozdziału XII (Opis sposobu obliczania ceny), ust. 1 SIWZ, postanowień zamieszczonych po zdaniu pierwszym, wskazujących na górne limity procentowe, których nie mogą przekroczyć wartości prac oferowane przez wykonawcę,
3. modyfikacje rozdziału XII (Opis sposobu obliczania ceny), ust. 3 SIWZ poprzez dodanie drugiego zdania: *„Postanowienie nie dotyczy cen po aukcji elektronicznej, po której Wykonawca sam decyduje w jaki sposób zaokrągli cenę”*, oraz usunięcie z rozdziału XII (Opis sposobu obliczania ceny), ust. 6 SIWZ, zdanie ostatnie: *„Ceny jednostkowe powinny zostać obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny złożonej pierwotnie w formie pisemnej”*,
4. modyfikacje wagi, liczby punktów i sposobu oceny według wzoru, przewidzianych dla kryteriów odnoszących się do aspektu środowiskowego i dotyczących zamiatarek oraz pługoposypywarek (pozycje 2a i 2c w rozdziale XIII, ust. 2 SIWZ) poprzez dodanie nowego punktowanego kryterium dla podwozi zamiatarek spełniających normę emisji spalin EURO 6, jak również poprzez modyfikację wzorów oceny kryteriów w sposób zapewniający równorzędność punktacji dla zamiatarek oraz pługoposypywarek,
5. usunięcie § 2 ust. 3 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), które to postanowienie uprawnia zamawiającego do zlecenia wykonawcy prac poza przewidzianymi terminami rozpoczęcia i zakończenia realizacji prac zimowego i letniego oczyszczania w przypadku zmiany warunków atmosferycznych, o czym zamawiający poinformuje wykonawcę z 24 lub 48 godzinnym wyprzedzeniem,
ewentualnie modyfikację tego postanowienia poprzez wprowadzenie w nim maksymalnego terminu, np. 1 tygodnia od dnia rozpoczęcia i zakończenia terminów realizacji prac zimowego i letniego oczyszczania przewidzianych w § 2 ust. 2 Wzoru umowy, w którym to terminie zamawiający miałby prawo zlecić wykonawcy prace,
6. usunięcie § 7 ust 4 i 5 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), które to postanowienia uprawniają Zamawiającego do naliczenia wykonawcy kar umownych za brak sygnału satelitarnego systemu GPS oraz w przypadku przerwy w przekazie informacji GPS,
7. modyfikację w zakresie usługi tzw. patrolu, o której mowa w Części II ust. 6 załącznika nr 1 do wzoru umowy, poprzez wprowadzenie do kosztorysów odrębnego wynagrodzenia za świadczenie tej usługi (np. w formie ryczałtu albo za każdy przejechany 1 kilometr) oraz

poprzez określenie ram czasowych realizacji tej usługi (nie dłużej niż do zakończenia okresu zimowego i np. nie częściej niż 2 razy w tygodniu),

8. modyfikację przewidzianego w Części III ust. 1 ppkt 2) załącznika nr 1 do Wzoru umowy wymogu, aby podwozia zmiatarek samojezdnych kompaktowych spełniały normę emisji spalin EURO 6, poprzez wprowadzenie wymogu aby podwozia zmiatarek samojezdnych kompaktowych spełniały normę emisji spalin EURO 5,
9. usunięcie Części III ust. 1 pkt 6) załącznika nr 3 do Wzoru umowy, które to postanowienie zakazuje stosowania zmiatarek elewatorowych, ciągnionych, holowanych przez ciężarówkę.

Odwołujący Polsuper na posiedzeniu Izby w dniu 27 listopada 2020 r. wycofał odwołanie w części dotyczącej zarzutów nr I.3 oraz I.7 odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2128/20 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy Fagus sp. z o.o. i Remondis sp. z o.o. Wnieśli o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

KIO 2145/20

Odwołujący Remondis zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim zamawiający:
 - a) wprowadził ograniczenie zgodnie z którym:
 1. cena za jednostką sprzętową (posypywarkę) (CZ1,7) uczestniczącą w akcjo ALFA 0;
 2. cena za jednostkę sprzętową (posypywarkę) (CZ1,8) uczestniczącą w akcji GAMMA 0;
 3. cena za doczyszczanie (CZ1,9), po sezonie zimowym 1 km jezdni ulicy; nie może przekroczyć maksymalnego określonego przez Zamawiającego % (procentu) łącznej wartości prac CX dla danego rejonu oraz łączna wartość prac w ramach

- oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), nie może przekroczyć maksymalnie 40% łącznej wartości prac CX dla danego rejonu,
- co uniemożliwia wykonawcom zaoferowanie cen jednostkowych odnoszących się do rzeczywistych kosztów realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia oraz należyte oszacowanie ceny oferty (rozdział XII pkt 1 SIWZ);
- b) przewiduje, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie za zlecone i odebrane przez Zamawiającego prace według cen jednostkowych określonych w wykazie cen jednostkowych dla danego rejonu, które zostały ukształtowane jako ceny za wykonywanie poszczególnych czynności składających się na letnie oczyszczanie i zimowe utrzymanie oraz wymaga od wykonawcy posiadania i utrzymywania stałego zapasu środków oraz pozostawania w gotowości do świadczenia usług przez cały okres obowiązywania umowy bez jednoczesnego przewidzenia jakiegokolwiek wynagrodzenia za pozostawanie przez wykonawcę w gotowości, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia (§5 ust. 3 załącznika nr 4 do SIWZ);
- c) w ramach utrzymania zimowego wymaga dokonywania przez wykonawcę oceny stanu jezdni, pod kątem występowania zjawisk atmosferycznych powodujących powstanie śliskości zimowej na jezdniach ulic i przekazywania niezwłocznie Zamawiającemu informacji o powyższym fakcie w celu podjęcia działań zmierzających do zabezpieczenia/likwidacji zagrożeń w ruchu kołowym bez jednoczesnego określenia zasad patrolowania rejonu przez wykonawcę oraz bez przewidzenia odrębnego wynagrodzenia z tytułu realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego, część II pkt 6);
- d) w ramach oczyszczania letniego wymaga informowania na bieżąco o wszystkich zmianach dotyczących organizacji ruchu (remonty, przebudowa jezdni ulic, awarie, rozlewiska po intensywnych opadach deszczu itp.) jakie mają miejsce w obsługiwanym rejonie oraz w zakresie w jakim wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia wewnętrznej kontroli prawidłowego wykonania zleconych prac sprzątania i zmywania na trasach oczyszczania letniego bez jednoczesnego określenia zasad patrolowania rejonu oraz wewnętrznej kontroli oraz bez przewidzenia odrębnego wynagrodzenia z tytułu realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego, część I pkt 4 i pkt 5),
- e) w ramach utrzymania letniego Zamawiający wykluczył możliwość zastosowania zamiatarek elewatorowych, pomimo iż spełniają one wymagania obowiązujących norm,

- a jakość wykonanych nimi prac jest lepsza niż w przypadku zamiatarki kompaktowej (załącznik nr 3 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego, część III pkt 6);
- f) w ramach utrzymania zimowego przy użyciu kruszywa wymaga stosowania kruszywa przeznaczonego do uszorstnienia nawierzchni drogi, które powinno odpowiadać normie PN-EN 13043:2004, podczas gdy dla osiągnięcia celu określonego przez Zamawiającego wystarczającym jest stosowanie piasku (załącznik nr 2 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego przy użyciu kruszywa, część III);
- g) w załączniku nr 11 do umowy określili wymaganą liczbę sprzętu do realizacji zamówienia (ilości pługoposypywarek oraz zamiatarek) w sposób nieproporcjonalny do zakresu poszczególnych rejonów;
2. art. 353¹ oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie załącznika nr 4 do SIWZ wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia kar umownych (procentowego lub kwotowego) jakie wykonawca może być zobowiązany zapłacić zamawiającemu w okresie obowiązywania umowy.

Odwołujący Remondis wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ i załączników do SIWZ oraz do wzoru umowy przez:

1. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

- a) usunięcie w rozdziale XII pkt 1 ograniczenia % (procentowego) cen jednostkowych za jednostką sprzętową (posypywarę) (CZ1,7) uczestniczącą w akcjo ALFA 0; jednostkę sprzętową (posypywarę) (CZ1,8) uczestniczącą w akcji GAMMA 0; za doczyszczanie (CZ1,9), po sezonie zimowym 1 km jezdni ulicy oraz ograniczenia % (procentowego) łącznej wartości prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie);
- b) wprowadzenie w Kosztorysie i wykazie cen jednostkowych dla rejonu oprócz cen jednostkowych za zrealizowanie określonych elementów przedmiotu zamówienia w zakresie letniego oczyszczania i zimowego utrzymania odrębnej ceny jednostkowej za pozostawanie przez wykonawcę w gotowości do świadczenia usług;
- c) w ramach utrzymania zimowego określenie zasad patrolowania rejonu przez wykonawcę oraz wprowadzenie odrębnego wynagrodzenia z tytułu realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego, część II pkt 6);
- d) w ramach oczyszczania letniego - określenia zasad patrolowania rejonu oraz wewnętrznej kontroli, a także przewidzenia odrębnego wynagrodzenia z tytułu realizacji

- tego elementu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego, część I pkt pkt 4 i pkt 5), oraz w konsekwencji zmian z lit. c) i d) powyżej dodanie w kryterium oceny ofert aspekt środowiskowy - K jako kolejnego kryterium - zaoferowanie do realizacji zamówienia pojazdu patrolującego o napędzie elektrycznym i/lub zasilanym gazem ziemnym;
- e) dopuszczenie możliwości zastosowania zamiatarek elewatorowych, (załącznik nr 3 do umowy, szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego, część III pkt 6);
 - f) dopuszczenie możliwości stosowania piasku do uszorstnienia nawierzchni drogi (załącznik nr 2 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego przy użyciu kruszywa, część III);
 - g) określenie w załączniku nr 11 do umowy wymaganej liczby sprzętu do realizacji zamówienia (ilości pługoposypywarek oraz zamiatarek) w sposób proporcjonalny do zakresu (obszaru) poszczególnych rejonów (z wyłączeniem rejonu IX i X), tj. poprzez przyjęcie, że na jedną jednostkę sprzętową przypada w przypadku pługoposypywarki: 14,5 km, a w przypadku zamiatarki: 51 km;
2. wprowadzenie w §7 załącznika nr 4 do SIWZ wzoru umowy ograniczenia kar umownych jakie wykonawca może być zobowiązany zapłacić zamawiającemu w okresie obowiązywania umowy w wysokości nie więcej niż 30% maksymalnego łącznego wynagrodzenia określonego w §5 ust. 1 wzoru umowy.

Odwołujący Remondis na posiedzeniu Izby w dniu 27 listopada 2020 r. wycofał odwołanie w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt III.1 c i III.1.d odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2145/20, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2145/20 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy Polsuper sp. z o.o. oraz Partner D. A. Wnieśli o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

KIO 2146/20

Odwołujący Partner sp. z o.o. sp. k. zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 14 Pzp przez nieuwzględnianie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim zamawiający:
 - a) przewidział cenę jednostkową posypywania/płuzenia (czynności wskazane w pkt 1-6 załącznika 1a do SIWZ oraz w odpowiednich kosztorysach dla poszczególnych regionów) 1 km pasa, bez względu na liczbę czynności posypywania/płuzenia jakie są wykonywane w ramach jednej akcji,
 - b) nie przewiduje dodatkowego wynagrodzenia za patrolowanie, gdzie SIWZ przewiduje konieczność takiego patrolowania,
 - c) nie przewiduje dodatkowego wynagrodzenia za gotowość świadczenia usługi w sezonie zimowym, nie gwarantując jednocześnie ani ilości ani częstotliwości zleconych prac, a jednocześnie wymagając od wykonawcy utrzymania gotowości świadczenia usług na określonym poziomie w określonym okresie, przez cały okres obowiązywania umowy bez jednoczesnego przewidzenia jakiegokolwiek wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w ofercie, co wiąże się z przerwaniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z przygotowaniem i utrzymaniem gotowości świadczenia usługi,
2. naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie w pkt XII ust. 1 lit. c SIWZ, że łączna wartość prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie) nie może przekroczyć maksymalnie 40 % łącznej wartości prac CX (tj. maksymalnej łącznej wartości prac) dla danego rejonu, a także zastrzeżenie:
 - a) w kosztorysie dla rejonu I, że łączna wartość prac sprzątania i zmywania (suma poz. 10 - 11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
 - b) w kosztorysie dla rejonu II, że łączna wartość prac sprzątania i zmywania (suma poz. 10 - 11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
 - c) w kosztorysie dla rejonu III, że łączna wartość prac sprzątania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
 - d) w kosztorysie dla rejonu IV, że łączna wartość prac sprzątania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
 - e) w kosztorysie dla rejonu V, że łączna wartość prac sprzątania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
 - f) w kosztorysie dla rejonu VI, że łączna wartość prac sprzątania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,

- g) w kosztorysie dla rejonu VII, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- h) w kosztorysie dla rejonu VIII, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- i) w kosztorysie dla rejonu IX, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- j) w kosztorysie dla rejonu X, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- k) w kosztorysie dla rejonu XI, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- l) w kosztorysie dla rejonu XII, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- m) w kosztorysie dla rejonu XIII, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- n) w kosztorysie dla rejonu XIV, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,
- o) w kosztorysie dla rejonu XV, że łączna wartość prac sprzątanania i zmywania (suma poz. 10-11) może wynosić max. do 40 % maksymalnej łącznej wartości prac,

które to zastrzeżenia uniemożliwiają wykonawcy rzetelne oszacowanie ceny ofertowej i skalkulowanie cen jednostkowych w ww. pozycjach, gdyż wymusza zachowanie przewidzianych przez zamawiającego proporcji zamiast uwzględnienia rzeczywistych kosztów realizacji usługi, a przy tym przewidziane przez zamawiającego proporcje cen jednostkowych pozostają w całkowitym oderwaniu od realiów gospodarczych.

3. naruszenie art. 29 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 139 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 5 oraz art. 353¹ KC poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:
- a) zmiana okresu świadczenia prac w ramach akcji letniej czy zimowej nastąpić może, w drodze jednostronnej decyzji zamawiającego (§2 ust. 3 załącznika nr 4 do SIWZ),
 - b) zamawiający może sporządzić jednostronny protokół (§6 ust. 4 załącznika nr 4 do SIWZ),
 - c) zamawiający zastrzegł kary umowne rażąco wygórowane i nie przystające do charakteru naruszeń, odnośnie których je przewidziano (§7 załącznika nr 4 do SIWZ),
 - d) opisanie kar umownych nastąpiło w sposób niejednoznaczny, w zakresie, w jakim zamawiający odwołuje się do „opóźnienia” w wykonaniu usług (§7 ust. 1 pkt 3), pkt

6), pkt 7) oraz ust. 2 pkt 1) lit. c), oraz ust. 6 pkt 1) i 2) Załącznika nr 4 do SIWZ „wzór umowy”),

- e) opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i nieookreślony oraz w sposób wewnętrznie sprzeczny (§7 załącznika nr 4 do SIWZ).

Odwołujący Partner sp. z o.o. sp. k. wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. dokonanie odpowiednich zmian SIWZ, tj.:
 - a) Zamawiający doprecyzuje w załączniku nr 1a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu oraz kosztorysach dla poszczególnych rejonów) że ceny wskazane w pkt 1 -6 Wykazu dotyczą każdorazowo jednokrotnego posypywania 1 km pasa w ramach danej akcji,
 - b) Zamawiający doda w załączniku nr 1 a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu oraz kosztorysach dla poszczególnych rejonów) dodatkową pozycję polegającą na patrolowaniu,
 - c) Zamawiający dokona zmodyfikowania zasad wypłaty wynagrodzenia poprzez określenie, że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego, płaconego w okresach miesięcznych przez okresy zimowe, przez cały okres obowiązywania umowy, za gotowość świadczenia usług, w szczególności poprzez dodanie w załączniku nr 1a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu) dodatkowej pozycji obejmującej ryczałtowe miesięczne wynagrodzenie za gotowość świadczenia usługi oraz zmianę §5 ust. 3 i 4 Załącznik 4 do SIWZ (Wzór umowy) na następujący:
 3. *Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe za gotowość oraz za zlecone i odebrane przez Zamawiającego prace według cen jednostkowych określonych w załączniku nr 10, na zasadach określonych w załączniku nr 1, 2, 3 do umowy.*
 4. *Wykonawca za wynagrodzenie ryczałtowe za gotowość oraz za prawidłowo wykonane i odebrane prace wystawiać będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami faktury VAT, z uwzględnieniem łącznego zakresu prac wykonanych w kilometrach, gdzie wskazać należy:*
 - a) *Nabywcę:*
Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa NIP: 525-22-48-481
 - b) *Odbiorcę i płatnika:*
Zarząd Oczyszczania Miasta Al Jerozolimskie 11/19 00-508 Warszawa
 - c) *Numer i datę zawarcia umowy*
 - d) *Numer rachunku bankowego przeznaczonego do obsługi płatności z zastosowaniem mechanizmu podzielonej płatności w rozumieniu art. 108a ustawy o podatku od towarów i usług (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 106 z późn. zm.) - w przypadku Wykonawcy będącego zarejestrowanym czynnym podatnikiem VAT oraz będzie zobowiązany dostarczyć ją na*

adres: Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa lub elektronicznie wyłącznie za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania (PEF). Faktury za prace wykonane w listopadzie Wykonawca złoży w siedzibie Zamawiającego najpóźniej do 10 grudnia. W grudniu każdego roku, za zgodą Zamawiającego, dopuszcza się częstsze wystawianie faktur.

- d) wykreślenie przez Zamawiającego pkt XII ust. 1 lit. c SIWZ dotyczącego tego, że łączna wartość prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie) nie może przekroczyć maksymalnie 40 % łącznej wartości prac CX (tj. maksymalnej łącznej wartości prac) dla danego rejonu, a także analogicznych zastrzeżeń umiejscowionych w kosztorysach dla poszczególnych rejonów.
- e) wykreślenie § 2 ust. 3 załącznika nr 4 do SIWZ, lub wydłuży okresy wyprzedzenia zlecenia poszczególnych akcji, tak aby było możliwe przygotowanie do wykonywania umowy poza wskazanymi w niej terminami,
- f) doprecyzowanie § 6 ust. 4 załącznika nr 4 do SIWZ poprzez wprowadzenie procedury umożliwiającej weryfikację ustaleń zawartych w takim protokole jednostronnym, z jednoczesnym dodaniem zapisu, że tak sporządzone protokoły jednostronne mogą być podstawą obniżenia wynagrodzenia, o ile zostały przekazane wykonawcy w terminie maksymalnie 3 dni licząc od daty kontroli,
- g) zmianę treści § 7 ust. 1-10 załącznika nr 4 do SIWZ poprzez zmniejszenie w inny sposób przewidzianych kar umownych, dostosowując ich wielkość do wartości umowy oraz rozmiarów negatywnych skutków sytuacji przewidzianych w tym paragrafie,
- h) zmianę § 7 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 4 do SIWZ poprzez wskazanie, że kara umowna w przypadkach określonych w par. 7 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) umowy, gdy wykonawca nie poprawi nieprawidłowości to wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia jedynie za część trasy na której stwierdzono nieprawidłowości,
- i) Zamawiający doprecyzuje § 7 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 4 do SIWZ poprzez wskazanie, że zamawiający będzie miał maksymalnie 30 min od momentu zgłoszenia zakończenia akcji na żądanie usunięcia nieprawidłowości,
- j) Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 1 pkt 4) załącznika nr 4 do SIWZ w taki sposób, aby kara umowna naliczana była jedynie za ten odcinek trasy zimowego utrzymania, na którym nie zostało posypane 90% szerokości jezdni, a nie za całą trasę,
- k) Zamawiający doprecyzuje § 7 ust. 1 pkt 5) załącznika nr 4 do SIWZ poprzez wskazanie, że zamawiający będzie miał maksymalnie 30 min od momentu zgłoszenia zakończenia akcji na żądanie usunięcia nieprawidłowości,
- l) Zamawiający wykreśli § 7 ust. 1 pkt 7) i 8) załącznika nr 4 do SIWZ,
- m) Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 1 pkt 9) załącznika nr 4 do SIWZ w taki sposób, aby kara umowna naliczana była proporcjonalnie do wielkości (masy/objętości) środków do

zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej niezgodnych z wymaganiami określonymi w części IV ust. 1 załącznika nr 1 (w przypadku kruszywa dodatkowo załącznika nr 2 w części III ust. 1 pkt 1) lub do wielkości (masy/objętości) środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej niezgodnych z wydaną przez Zamawiającego dyspozycją/technologią,

- n) Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 1 pkt 10) załącznika nr 4 do SIWZ w taki sposób, aby kara umowna naliczana była proporcjonalnie do stwierdzonej różnicy pomiędzy wymaganym do umowy zapasem środków do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej a stwierdzonym stanem rzeczywistym,
 - o) Zamawiający usunie treść § 7 ust. 1 pkt 11) i 12) wzoru umowy,
 - p) Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna naliczana była proporcjonalnie do długości trasy objętej nieprawidłowością,
 - q) Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 6-10 w taki sposób, aby kara umowna nie była naliczana w przypadku uprzedniego zgłoszenia przez wykonawcę faktu istnienia stanu niezgodnego ze stanem faktycznym opisanym w tych punktach, a to z przyczyn obiektywnych, nieleżących po stronie wykonawcy, z jednoczesnym wskazaniem terminu (nie dłuższego niż 7 dni) na usunięcie tego stanu niezgodnego ze stanem faktycznym,
3. nakazanie Zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych, koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania Zamawiającego w związku z ww. orzeczeniem,

Odwołujący Partner sp. z o.o. sp. k. na posiedzeniu Izby w dniu 27 listopada 2020 r. wycofał odwołanie w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt I.1.b odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2146/20, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2146/20 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy Polsuper sp. z o.o., Fagus sp. z o.o. i Remondis sp. z o.o. Wnieśli o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

KIO 2148/20

Odwołujący Suez zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 353¹ i art. 5 KC, art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp przez ustanowienie we wzorze umowy (§ 5 ust. 3) oraz w formularzu oferty (zał. nr 1) i kosztorysach ofertowych (zał. nr Ia, 1/I-1/XV) wynagrodzenia wyłącznie za zlecone i odebrane przez zamawiającego prace, podczas gdy realizacja przedmiotu zamówienia polega również na pozostawaniu wykonawcy w gotowości do realizacji zamówienia, co stanowi naruszenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa i prowadzi do nadużycia własnego prawa podmiotowego przez zamawiającego, a także uniemożliwia wykonawcy prawidłową ocenę ryzyk kontraktowych a w efekcie prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art 139 ustawy Pzp przez zaniechanie ustanowienia wynagrodzenia ryczałtowego za utrzymanie przez wykonawcę gotowości do realizacji zamówienia, co stanowi nadużycie pozycji zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje na przekroczenie przez zamawiającego granicy swobody umów oraz uniemożliwia wykonawcy prawidłową ocenę ryzyk kontraktowych a w efekcie prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej;
- 3) art. 91 ust. 2 i 2d w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez ukształtowanie relacji elementów ceny za utrzymanie zimowe i letnie w sposób nieproporcjonalny do faktycznej relacji wartości tych części tj. wskazanie, że wartość prac w ramach oczyszczania letniego nie może przekroczyć 40% ceny danej części zamówienia;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie postanowień wzoru Umowy i SIWZ wskazanych w odwołaniu w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności przewidzianego wynagrodzenia do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Suez wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany § 5 ust. 3 wzoru umowy w następujący sposób:
„Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za zlecone i odebrane przez Zamawiającego prace według cen jednostkowych określonych w załączniku nr 10, na zasadach określonych w załączniku nr 1, 2, 3 do umowy oraz miesięczne wynagrodzenie w wysokości wypłacane w okresie od 15 października do 14 kwietnia” i w konsekwencji wprowadzenie odpowiednich zmian do Formularza oferty, wykazu cen jednostkowych i kosztorysów oraz załącznikach nr 1, 2 i 3 do wzoru Umowy.
alternatywnie:
wprowadzenie do mechanizmu płatności za usługę zimowego oczyszczania ulic innej formy wyliczania należności, która będzie niezależna od ilości zleconych akcji (np. zagwarantowanie płatności za minimalną ilość akcji, bez względu na ich faktyczną realizację lub wprowadzenie jednorazowej opłaty za przygotowanie do sezonu).

- 2) wykreślenie ograniczeń określonych w Rozdziale XII pkt 1 lit. a-b wraz z ograniczeniem wskazanym pod tabelami i analogiczne usunięcie ww. ograniczeń z załączników do SIWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2148/20, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2148/20 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy Polsuper sp. z o.o., Partner D. A. i Remondis sp. z o.o. Wnieśli o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

KIO 2152/20

Odwołujący Byś zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 j.t. ze zm.), dalej „k.c.”, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji zamówienia, w szczególności w zakresie, w jakim zamawiający przewidział, że wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie wyłącznie za zlecone i odebrane przez zamawiającego prace według cen jednostkowych na zasadach określonych w załączniku nr 1, 2, 3 do umowy, bez wskazywania minimalnej ilości lub częstotliwości prac, jakie zamawiający zleci wykonawcy do wykonania (ilość gwarantowana), przy jednoczesnym wymaganiu od wykonawcy, aby pozostawał przez cały okres realizacji umowy w gotowości do świadczenia usług na zasadach określonych w SIWZ. Dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia wykonawcy prawidłowe oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i skalkulowanie ich w cenie ofertowej i powoduje, że wynagrodzenie wykonawcy będzie nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, czego skutkiem będzie niemożność porównania ofert, jakie złożone zostaną w postępowaniu. Taki opis przedmiotu zamówienia dodatkowo przerzuca na wykonawców całość ryzyka związanego z warunkami pogodowymi, jakie będą panowały w poszczególnych sezonach zimowych, co stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego;

- 2) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie uwzględnił pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia, tj. pojazdów patrolowych i pojazdów do dowozu brygad wykonujących prace ręcznie, co uniemożliwia wykonawcy uwzględnienie tych pojazdów przy wyliczaniu udziału pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie w pkt XII ppkt 1 SIWZ ograniczenia procentowego dla wartości prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie), co powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co dodatkowo uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej i w konsekwencji narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności poprzez nieuprawnioną i nieuzasadnioną ingerencję w sposób kalkulacji ceny oferty przez wykonawców;
- 4) art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz nieodpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia zaniechanie dopuszczenia w pkt XIII ppkt 1.2 lit. a) SIWZ możliwości zaoferowania do realizacji zamówienia podwozi zamiatarek spełniających normę emisji spalin EURO 6 i uzyskania w związku z tym dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, co w sposób nieuprawniony stawia w gorszej sytuacji wykonawców, którzy w celu realizacji celów środowiskowych zainwestowali w nowoczesne rozwiązania techniczne w zakresie zamiatarek.

Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert i braku proporcjonalności i przejrzystości, a więc narusza także art. 7 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zagwarantowanie wykonawcy minimalnego zakresu świadczeń, jakie będą realizowane przez niego w sezonie zimowym poprzez wskazanie, że minimalna liczba akcji ALFA w każdym sezonie zimowym wyniesienie po 15 dla każdej z Części (rejonu), ewentualnie poprzez:
- 2) zmiany w SIWZ, jak następuje:

- a) wyodrębnienie w formularzu oferty i kosztorysach dla poszczególnych Części (rejonów) odrębnej pozycji rozliczeniowej - miesięczne wynagrodzenie za pozostawanie w gotowości do świadczenia usług w ramach utrzymania zimowego (z wyłączeniem doczyszczania tras utrzymania zimowego po zakończeniu „sezonu zimowego”),
- b) zmiany § 5 ust. 3 wzoru umowy przez nadanie następującego brzmienia:
„3. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za zlecone i odebrane przez Zamawiającego prace według cen jednostkowych określonych w załączniku nr 10, na zasadach określonych w załączniku nr 1, 2, 3 do umowy z zastrzeżeniem ust. 3a poniżej”,
- c) dodanie w §5, po ust. 3, ustępu 3a, w następującym brzmieniu:
„3a. Z uwagi na niemożność oszacowania zakresu i ilości zakresu prac wykonywanych przez wykonawcę w sezonie zimowym i konieczność utrzymania przez Wykonawcę w tym okresie niezbędnych środków i sprzętu w stałej gotowości, Wykonawcy, niezależnie od wynagrodzenia wyliczonego zgodnie z ust. 3 powyżej, przysługiwać będzie miesięczne wynagrodzenie w kwocie ... zł brutto za pozostawanie w gotowości do świadczenia usług wynikających z umowy (z wyłączeniem doczyszczania tras utrzymania zimowego po zakończeniu sezonu zimowego);
- 3) zmiany zał. 11 do wzoru umowy „Wymagana liczba sprzętu do realizacji zamówienia” przez wskazanie wśród wymaganego sprzętu pojazdu patrolowego i innego pojazdu przeznaczanego do dowozu na rejon brygad sprzątających, co winno skutkować stosowną modyfikacją załącznika nr 12 do wzoru umowy;
- 4) zmiany SIWZ przez usunięcie z pkt XII ppkt 1 SIWZ następującego zdania: *„Łączna wartość prac w ramach oczyszczania letniego (sprzątanie, zmywanie) nie może przekroczyć maksymalnie 40% łącznej wartości prac CX dla danego rejonu”* i dokonanie w ślad za tym stosownych korekt pozostałych zapisów SIWZ, w tym Załącznika nr 1 do SIWZ (Kosztorysów dla poszczególnych rejonów),
- 5) zmiany pkt XIII ust. 2 SIWZ przez wprowadzenie do tabeli w lp. 2a dodatkowego kryterium oceny ofert: *„lub zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi zamiatarek spełniających normę emisji spalin EURO6”*,
co skutkować winno stosowną modyfikacją wagi poszczególnych kryteriów i wprowadzenia dodatkowego wzoru do wyliczenia punktacji.

Odwołujący Byś w trakcie rozprawy w dniu 16 grudnia 2020 r. wycofał odwołanie w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt 4) odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2152/20, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2152/20 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy Polsuper sp. z o.o., Partner D. A. i Remondis sp. z o.o. Wnieśli o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili 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), modyfikacje SIWZ, załączniki do pism procesowych stron i uczestników postępowania, 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:

Strony i uczestnicy w trakcie rozprawy złożyli następujące dowody (grupy dowodów):

I. Pochodzące od odwołującego Remondis w sprawie KIO 2145/20:

1 - zestawienie własne w zakresie kosztów świadczenia usługi związanej z utrzymaniem gotowości zimowej (dowód nr 1 - D1);

2 - zestawienie własne dotyczące ilości km przypadających na pługopiaskarkę i zamiatarkę (dowód nr 2 - D2);

II. Pochodzące od odwołującego AgComplex w sprawie KIO 2137/20 rozpoznawanej łącznie, na które powoływały się strony i uczestnicy w sprawach KIO 2128/20, KIO 2145/20, KIO 2146/20, KIO 2148/20, KIO 2152/20:

3 – zestawienie własne uwzględniające wyliczenie kosztów wynagrodzenia za gotowość (dowód nr 3 - D3);

III. Pochodzące od odwołującego Suez w sprawie KIO 2148/20:

8 – kalkulacje kosztów gotowości wraz z załącznikami obejmującymi oferty na niektóre elementy sprzętu (uczestnikom postępowania został przekazany odpis bez części dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa SUEZ) (dowód nr 8 - D8);

9 – zestawienie zapisów z SIWZ dotyczących płatności za gotowość w wybranych miastach Polski (dowód nr 9 - D9);

IV. Pochodzące od Zamawiającego:

- 10 – tabelę nr 1 zatytułowaną „Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie ulic miasta stołecznego Warszawy w latach 2018-2020” wraz z załącznikami (dowód nr 10 - D10);
- 11 – tabelę nr 2 zatytułowaną „Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie ulic miasta stołecznego Warszawy w latach 2014-2017” z załącznikami (dowód nr 11 - D11);
- 12 – tabelę nr 3 zatytułowaną „Szacunek przyjęty do kalkulacji kosztów przez Zamawiającego – organizacja letniego mechanicznego oczyszczania m. st. Warszawy” wraz z załącznikami (dowód nr 12 - D12);
- 13 – tabelę nr 4 zatytułowaną „Trend wzrostu cen jednostkowych w ramach letniego mechanicznego oczyszczania ulic m. st. Warszawy” (dowód nr 13 - D13);
- 14 – tabelę nr 5 zatytułowaną „Trend wzrostu kosztów w ramach letniego mechanicznego oczyszczania ulic m. st. Warszawy” (dowód nr 14 - D14);
- 15 – tabelę nr 6 zatytułowaną „Szacunkowe koszty dodatkowych 6 cykli sprzątnięcia w ramach zimowego mechanicznego oczyszczania w latach 2021-2024” (dowód nr 15 - D15);
- 16 – tabelę nr 7 zatytułowaną „wzrost kosztów pozimowego doczyszczania ulic m.st. Warszawy” (dowód nr 16 - D16);

V. Pochodzące od odwołującego Partner sp. z o.o. sp. k. w sprawie KIO 2146/20:

- 17 – zestawienie ilości dni w poszczególnych latach ze średnią temperaturą poniżej 0, z minimalną temperaturą poniżej 0 oraz dni z opadami śniegu (dowód nr 17 - D17);
- 18 – zestawienie własne obejmujące ilość akcji z podziałem na akcje alfa 0 i gamma 0 (dowód nr 18 - D18);

VI. Pochodzące od odwołującego Byś w sprawie KIO 2152/20:

- 19 – symulacje oparte na modyfikacji SIWZ z 25.09.2020 r. wraz z załącznikiem (dowód nr 19 - D19);
- 20 – zestawienie zatytułowane „Koszty minimalne utrzymania zimowego” objęty tajemnicą przedsiębiorstwa (odpis przekazany uczestnikom w formie zanonimizowanej) (dowód nr 20 - D20);
- 21 – zestawienie ilości akcji letniego oczyszczania zleconych przez Zamawiającego w sezonie zimowym 2019-2020 na przykładzie umowy 21/18/ZM-LM/ZOM-262W z 20.03.2018 r. (dowód nr 21 - D21);
- 22 – zestawienie zatytułowane „koszty zakupu środków do zapobiegania i likwidowania śliskości” wraz z ofertami objęty tajemnicą przedsiębiorstwa (odpis przekazany uczestnikom w formie zanonimizowanej) (dowód nr 22 - D22);
- 23 – zestawienie czasu dojazdu pojazdu do zimowego oczyszczania od otrzymania dyspozycji rozpoczęcia akcji od Zamawiającego do dojazdu w strefę (dowód nr 23 - D23);
- 24 – zestawienie obejmujące wyegzekwowane i naliczone kary umowne z tytułu niedostosowania się do czasu dojazdu (dowód nr 24 - D24);
- 25 – zestawienie „łączna ilość akcji w sezonach zimowych” (dowód nr 25 - D25);

26 – zestawienie wybranych tras przejazdu pojazdów patrolowych i brygadowych oraz pługoposypywarek / zamiatarek podczas realizacji usługi letniego bądź zimowego oczyszczania dróg (dowód nr 26 - D26);

27 – fotografie zaparkowanych samochodów wskazując na części jezdni wymagające ręcznego sprzątnięcia przez brygadę (dowód nr 27 - D27);

28 – specyfikacje z postępowań na utrzymanie dróg w różnych miastach Polski i postępowań Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad przewidujące wynagrodzenie za „gotowość” w sezonie zimowym (dowód nr 28 - D28);

VII. Pochodzące od odwołującego AgComplex w sprawie KIO 2137/20 rozpoznawanej łącznie, na które powoływały się strony i uczestnicy w sprawach KIO 2128/20, KIO 2145/20, KIO 2146/20, KIO 2148/20, KIO 2152/20

29 - zestawienie dokumentów związanych z zakupami samochodów, umowa leasingu i oferty oraz mapą z wrysem mający potwierdzać dane opisane w dowodzie nr 3 (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa i odpis przekazany tylko Zamawiającemu) (dowód nr 29 - D29);

VIII. Pochodzące od przystępującego Polsuper:

30 - zestawienie zatytułowane „Kalkulacja kosztów ryczałtu miesięcznego w okresie zimowym z podziałem na centra kosztów dla rejonu III” (dowód objęty częściowo zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) (dowód nr 30 - D30);

31 – zestawienie zatytułowane „kosztorys dla rejonu III” (dowód nr 31 - D31);

IX. Pochodzące od Zamawiającego:

32 – zestawienie zatytułowane „Potencjalny przychód wykonawców – Zamówienie 2021-2024” i zestawienie „koszty stałe wykonawców na organizację akcji Zima oraz Letnie sprzątnięcie” (odpis przekazany stronom i uczestnikom z wyłączeniem danych oznaczonych na żółto, obejmujących tajemnice przedsiębiorstw wykonawców) (dowód nr 32 - D32);

33 – zestawienie obejmujące strukturę kosztów w odniesieniu do realizacji kontraktu 2014-2017 (dowód nr 33 - D33);

34 – mapa z przykładową trasą realizacji akcji zima (dowód nr 34 - D34);

X. Pochodzące od odwołującego Partner sp. z o.o. sp. k.:

35 – wydruki z systemu GPS z 10.12 (dowód nr 35 - D35);

XI. Pochodzące od Zamawiającego:

36 – Fotografie zamiatarek (dowód nr 36 – D36).

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć:

a) postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2128/20 w części dotyczącej zarzutów nr I.1.3 oraz I.1.7 odwołania,

- b) postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2145/20 w części dotyczącej zarzutów nr III. 1. c i III. 1 d odwołania,
- c) postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2146/20 w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt I.1.b odwołania,
- d) postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2152/20 w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt 4) odwołania.

Odwołujący Polsuper, Remondis i Partner sp. z o.o. sp.k. w trakcie posiedzenia Izby w dniu 27 listopada 2020 r., zaś odwołujący Byś - w trakcie rozprawy w dniu 16 grudnia 2020 r. oświadczyli, że cofają odwołania w ww. częściach. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczyli, że nie popierają już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tych częściach podlegały umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.*

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 i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

1. **Zarzuty dotyczące wskazanych przez zamawiającego limitów procentowych cen** (sygn. akt KIO 2128/20, 2145/20, 2146/20, 2148/20, 2152/20)

Ustalono, że zamawiający w pkt XII SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) wskazał, co następuje:

1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) ceny ofertowej brutto przeniesionej z poz. „Łącznie wartość prac CX*3 sezony=cena ofertowa” kolumna „Wartość brutto„ z załącznika nr 1/I – 1/XV do SIWZ.

Wartość prac nie może przekroczyć maksymalnego % łącznej wartości prac CX dla danego rejonu tj.;

- a) cena za jednostkę sprzętową (posypywarękę) (CZ1,7) uczestniczącą w akcji ALFA 0

Część/rejon	Maksymalny % łącznej wartości prac CX
I	1,00%
II	0,95%
III	0,95%
IV	0,85%
V	1,05%
VI	0,95%
VII	1,15%
VIII	1,15%
IX	2,35%
X	2,55%
XI	1,00%
XII	1,05%
XIII	0,90%
XIV	1,10 %
XV	0,95%

- b) cena za jednostkę sprzętową (posypywarękę) (CZ1,8) uczestniczącą w akcji GAMMA 0.

Część/rejon	Maksymalny % łącznej wartości prac CX
I	0,20%
II	0,15%
III	0,15%
IV	0,20%
V	0,05%
VI	0,30%
VII	0,10%
VIII	0,30%
IX	0,85%
X	0,70%
XI	0,30%
XII	0,15%
XIII	0,25%
XIV	0,30 %
XV	0,20%

- e) cena za doczyszczanie (CZ1,9), po sezonie zimowym 1 km jezdni ulicy.

Część/rejon	Maksymalny % łącznej wartości prac CX
I	5,25%

II	5,10%
III	5,25%
IV	5,25%
V	5,00%
VI	5,05%
VII	5,55%
VIII	4,80%
IX	4,55%
X	4,45%
XI	5,30%
XII	5,15%
XIII	5,00%
XIV	5,00%
XV	5,60%

Łączna wartość prac w ramach oczyszczania letniego (sprząatanie, zmywanie), nie może przekroczyć maksymalnie 40% łącznej wartości prac CX dla danego rejonu.

Ustalono także, że w dniu 25 września 2020 r. zamawiający dokonał modyfikacji w rozdziale XII ust. 1 SIWZ w ten sposób, że zapis „Łączna wartość prac w ramach oczyszczania letniego (sprząatanie, zmywanie), nie może przekroczyć maksymalnie 40 % łącznej wartości prac CX dla danego rejonu” otrzymał brzmienie:

„Łączna wartość prac w ramach oczyszczania letniego (sprząatanie, zmywanie), nie może przekroczyć maksymalnie 50 % łącznej wartości prac CX dla danego rejonu.”

Ustalono również, że w dniu 29 września 2020 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że:

1. w rozdziale XII SIWZ ust. 1 skreślono pkt a),
2. w rozdziale XII SIWZ ust. 1 skreślono pkt b),
3. w rozdziale XII SIWZ ust. 1 pkt c) otrzymał brzmienie:

c) cena za doczyszczanie (CZ1,9), po sezonie zimowym 1 km jezdni ulicy.

Część/rejon	Maksymalny % łącznej wartości prac CX
I	6%
II	6%
III	6%
IV	6%
V	6%
VI	6%
VII	6%
VIII	6%
IX	6%
X	6%
XI	6%
XII	6%
XIII	6%

XIV	6%
XV	6%

Art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis sposobu obliczenia ceny.*

Zarzuty okazały się zasadne.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że oszacowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia jest uprawieniem wykonawców, którzy mają w tym zakresie swobodę kształtowania oczekiwanego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym również swobodę w kształtowaniu cen jednostkowych

Skoro jest to zasada, to zamawiający który decyduje się arbitralnie ingerować w wysokość ceny, a zwłaszcza, tak jak w analizowanej sprawie, narzucając wzajemne proporcje czy limity, powinien udowodnić, że zabieg ten jest z jakichś względów uzasadniony a także, że nie spowoduje, iż kształtowane w ten sposób ceny nie będą oderwane od rzeczywistości.

Jeśli chodzi o cel wprowadzenia kwestionowanych limitów, to zamawiający wskazał w odpowiedziach na odwołanie istnienie dwóch odrębnych budżetów letniego i zimowego oraz obserwowane przez siebie zjawisko nieproporcjonalnego wzrostu cen jednostkowych usługi letniego utrzymania dróg. Zamawiający wyjaśniał także, że jego zdaniem wykonawcy przeliczają koszty zimowego utrzymania dróg do cen jednostkowych za letnie utrzymanie, czemu chciał zapobiec.

Odnosząc się do tak artykułowanych powodów wprowadzenia limitów Izba stwierdziła, że zamawiający w toku rozprawy popadał wielokrotnie w sprzeczność. Z jednej strony odnosząc się do zarzutów odwołujących dotyczących limitów uważał, że niedopuszczalne jest przenoszenie kosztów utrzymania zimowego dróg do cen za letnie utrzymanie. Z drugiej zaś strony, przy rozpatrywaniu zarzutów dotyczących braku ustanowienia wynagrodzenia ryczałtowego za gotowość do świadczenia usługi utrzymania zimowego wskazywał, że ewentualnie niedobory z powodu nieosiągnięcia spodziewanych przychodów z tego tytułu wykonawcy mogą pokryć z zysku w ramach letniego utrzymania dróg. Przy omawianiu zarzutów dotyczących braku ustanowienia wynagrodzenia ryczałtowego za gotowość do świadczenia usługi utrzymania zimowego zamawiający wielokrotnie wskazywał na argument, że usługa będąca przedmiotem zamówienia ma charakter kompleksowy, wieloletni i co za tym idzie nieosiągnięcie spodziewanych przychodów z utrzymania zimowego może być rekompensowane zyskami z pozostałej

części realizowanej usługi. Powyższe oznaczało, że zamawiający dopuszcza, a co najmniej akceptuje, taki mechanizm. W konsekwencji należało stwierdzić, że artykułowany przez zamawiającego cel wprowadzenia limitów okazał się niewiarygodny.

Dostrzeżenia wymagało również, że zamawiający dysponuje uprawnieniem do kontroli poprawności cen jednostkowych przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Manipulacja cenami jednostkowymi w oderwaniu od kosztów świadczenia usług, może być bowiem uznana za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie jest więc bezbronny w sytuacji, gdy dostrzeże nieprawidłowości w kształtowaniu cen jednostkowych przez wykonawców.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że niezależnie od nieprzekonującego wyjaśnienia powodów wprowadzenia spornych limitów, zamawiający nie sprostął konieczności udowodnienia ustanowienia limitów na poziomie wskazanym w SIWZ i konieczności wykazania, że tak ustalony poziom nie jest poziomem fikcyjnym.

Jak wynikało ze sporządzonych przez zamawiającego dowodów nr 10 i 11, zamawiający starając się uzasadnić limity wyciągnął średnią wydatków zima i lato na utrzymanie dróg z wydatków zima i lato dla poszczególnych rejonów w latach odpowiednio 2018-2020 (dowód 10) i latach 2014-2017 (dowód nr 11). Dostrzeżenia wymagało jednak, że na poszczególnych rejonach, co również wynikało z tych dowodów, występowały różne zależności stosunku wydatku lato i zima. Tymczasem zamawiający przewidział składanie ofert częściowych na poszczególne rejony. Takie rozwiązanie oznaczało, że wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub kilka części zamówienia, z których każda stanowi de facto odrębny byt. Uśredniona wartość wydatku na utrzymanie dróg latem i zimą dla poszczególnych rejonów nie potwierdzała więc prawidłowości stanowiska zamawiającego.

Zamawiający przedstawił także dowód nr 12 - szacunek przyjęty do kalkulacji kosztów przez zamawiającego dla organizacji letniego mechanicznego oczyszczania m.st. Warszawy. Dostrzeżenia wymagało, że dowód ten dotyczył tylko prognozowanych kosztów letniego oczyszczania i nie został poparty żadnym materiałem źródłowym uzasadniającym wysokość prognozowanych kosztów, za wyjątkiem załączonego cennika zagospodarowania odpadów z PUK Ciechanów z 1 lipca 2020 r. i decyzji Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej z 24 kwietnia 2018 r. o zatwierdzeniu taryfy zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie m.st. Warszawy, których nie można uznać za wystarczające i miarodajne dla kalkulacji przedstawionej przez zamawiającego.

W dalszej kolejności zamawiający uzasadniając swe stanowisko powołał się na dowód nr 33. W zestawieniu własnym, stanowiącym dowód nr 33, zamawiający przedstawił wartości kontraktu w poszczególnych rejonach w latach 2014-2017, wydatki zamawiającego w tym okresie w poszczególnych rejonach, procent realizacji kontraktu, wynikający z

porównania wartości kontraktu i wydatków, a także procent „wydatku zima” do „wydatku lato”. Odnosząc się do ww. dowodu Izba stwierdziła, że być może podawane przez zamawiającego wartości liczbowe odpowiadały rzeczywistości, ale zamawiający z wartości tych wyciągnął zbyt daleko idące wnioski. Zdaniem Izby zamawiający błędnie utożsamiał przedstawiane przez siebie kwoty historycznych kontraktów, opartych na stawkach cenotwórczych z 2014 r., oraz stopień wydatkowania tych kontraktów, z realnymi kosztami wykonawców, jakie ci będą musieli ponieść w latach 2021 i następnych, kiedy będą realizowali zamówienie. Zamawiający dokonał zestawienia wydatków a nie realnych kosztów, jakie powinny być przewidziane przez wykonawców, przy prawidłowej kalkulacji ceny oferty. Na uwagę zasługiwał fakt, że zadaniem wykonawców w 2021 r. jest realnie wycenić usługę utrzymania dróg o oparciu o zakładane koszty, jakie poniosą świadcząc usługę w latach 2021 i następnych. Zamawiającemu powinny być znane faktycznie wycenione koszty realizacji usługi w latach minionych, gdyż był stroną zawartych umów, jednakże informacji tych nie użył. Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że z dowodu nr 33 wynikało również, iż proporcja „wydatku zima” do „wydatku lato” w poszczególnych rejonach różniła się od wskazywanego przez zamawiającego w SIWZ stosunku 50 % do 50 %.

Zdaniem Izby nieprzekonujący okazał się również złożony przez zamawiającego dowód 32. Dowód ten obejmował zestawienie własne stanowiące de facto swoistą prognozę zamawiającego co do przychodów wykonawców w trakcie realizacji zamówienia w latach 2021-2024. Następnie ten potencjalny przychód wykonawców zamawiający zestawiał ponownie ze swymi wydatkami. Dostrzeżenia wymagało, że sporządzając dowód nr 32 zamawiający uwzględnił sześć dodatkowych cykli sprzątnia w okresie zimowym. Podkreślenia wymagało, że 6 gwarantowanych cykli sprzątnia w okresie zimowym zostało wprowadzone przez zamawiającego do SIWZ dopiero w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 25 września 2020 r. Powyższe oznaczało, że zamawiający kształtując wysokość zaskarżonych limitów (nawet uwzględniając fakt, że limity te zostały skorygowane również w modyfikacji SIWZ z września 2020 r.), z pewnością nie mógł uwzględnić sześciu dodatkowych cykli sprzątnia w okresie zimowym. Powyższe prowadziło do wniosku, że przedstawione przez zamawiającego obliczenia zostały poczynione dopiero na potrzeby postępowania odwoławczego, a nie na etapie kształtowania SIWZ.

Zdaniem Izby omawiany dowód nr 32 budził również poważne wątpliwości co do zawartych tam danych liczbowych. Przykładowo dla rejonu I, w kolumnie 5 (oczyszczanie letnie) znajdowała się kwota 2.545.434 zł, mająca stanowić prognozowany przychód wykonawcy za 1 sezon za letnie czyszczenie. Z kolei w kolumnie 9 wskazano, że koszty wykonania prac, o których mowa w kolumnie 5, wynoszą 505 228 zł. Z porównania obu wartości należało wnioskować, że zdaniem zamawiającego wykonawca miał osiągnąć zysk

na poziomie 80%. Izba podzieliła stanowisko odwołującego Remondis, że jest to poziom abstrakcyjny i nierealny.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty wykonawców zasługują na uwzględnienie.

2. **Zarzuty dotyczące braku wynagrodzenia ryczałtowego za „gotowość”** (sygn. akt KIO 2145/20, 2146/20, 2148/20, 2152/20)

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowego mechanicznego oczyszczania jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie letnim i zimowym w latach 2021-2024.

Nie było sporne między stronami, że zamawiający wymagał od wykonawców utrzymywania określonych elementów niezbędnych do realizacji zamówienia przykładowo:

1. dysponowania całodobową łącznością z Zamawiającym za pośrednictwem sieci Internet, Platformy Spedio, telefonu oraz poczty elektronicznej (pkt 1, część II załącznika nr 1 do umowy Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego),
2. posiadania i utrzymywania stałego zapasu środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wystarczającego na zapewnienie ciągłości działań w sezonie zimowym (pkt 2, część II załącznika nr 1),
3. dysponowania liczbą jednostek sprzętowych zgodnie z załącznikiem 11 do umowy (pkt 3, część II załącznika nr 1 do umowy Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego oraz pkt 1 ppkt 2) części III Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego).

Ustalono ponadto, że zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) *Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za zleczone i odebrane przez Zamawiającego prace według cen jednostkowych określonych w załączniku nr 10, na zasadach określonych w załączniku nr 1, 2, 3 do umowy.*

Ustalono również, że w załączniku nr 10 do wzoru umowy (wykaz cen jednostkowych dla rejonu) zamawiający przewidział ceny jednostkowe za realizację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia np. za 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu, za 1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia, za 1km płużenia, za zmywanie 1 km jedni ulicy itp.

Ustalono również, że zamawiający nie przewidział odrębnej pozycji na wynagrodzenie za utrzymywanie przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług (okoliczność bezsporna).

Ustalono także, że zamawiający w dniu 25 września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób w załączniku nr 1 do umowy, w części I, dodał zapis, że *Wykonawca zapewni*

środki techniczne wymienione w części II oraz organizację prac pozwalającą na ich realizację w wymaganych normach czasowych i standardzie. Zamawiający nie wymaga aby personel oraz jednostki sprzętowe przeznaczone były jedynie na potrzeby Zamawiającego. Wykonawca w zależności od przyjętej organizacji prac ma prawo przeznaczyć swój potencjał do wykonywania zadań na rzecz innych podmiotów.

Ustalono ponadto, że zamawiający w dniu 25 września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że załącznik nr 1 do umowy część III ust. 1 pkt 2 otrzymał brzmienie:

„2) W przypadku wystąpienia odpowiednich warunków atmosferycznych, sprzątanie całej szerokości jezdni ulicy, wraz z powierzchniami wymienionymi w części III ust. 4 pkt 3, wg tras oczyszczania letniego.

Zamawiający zleci nie mniej niż 6 akcji sprzątanania, a w przypadku wystąpienia warunków zimowych, zamiast sprzątanania akcje zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej. Łączna wartość prac gwarantowanych w każdym sezonie zimowym jest nie niższa, niż równowartość 6 akcji sprzątanania.”.

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. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.*

Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

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.*

Zarzuty okazały się bezzasadne.

Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ odrębnej pozycji formularza i kosztorysu obejmującej wynagrodzenie za pozostawanie w gotowości do świadczenia usług utrzymania dróg w okresie zimowym.

Zdaniem Izby nie zostało wykazane, że brak odrębnej pozycji w formularzu i kosztorysie obejmującej wynagrodzenie ryczałtowe za gotowość świadczenia usługi utrzymania zimowego stanowi naruszenie wskazywanych przez odwołujących przepisów ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymagało, że wynagrodzenie kosztorysowe stanowi jeden z możliwych i legalnych sposobów wynagradzania wykonawcy za wykonanie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy wykonawca w przedstawianym wzorze formularza (kosztorysu) nie odnajduje pozycji, w której jego zdaniem powinien kalkulować koszty danej usługi, to ma prawo i obowiązek skalkulować te koszty w innych, przewidzianych przez zamawiającego pozycjach formularza ofertowego (kosztorysu).

Przy wyrokowaniu Izba wzięła również od uwagę charakter przedmiotowego zamówienia. Usługa będąca przedmiotem zamówienia miała charakter kompleksowy, kilkuletni, obejmujący zarówno letnie jak i zimowe utrzymania dróg. Nie było zatem obaw, jak to miałyby przykładowo miejsce w przypadku gdyby przedmiotem zamówienia było świadczenie usług wyłącznie w jednym okresie zimowym, że wskutek braku zleczonych akcji zimowych wykonawca mógłby nie odzyskać kosztów zapewnienia gotowości świadczenia usługi w okresie zimowym. W związku z powyższym nie uznano za potwierdzające zarzutów odwołujących składanych dowodów obejmujących postanowienia SIWZ w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających, których przedmiotem było tylko zimowe utrzymanie dróg (por. częściowo dowód nr 9, dowód nr 28).

Wzięto również pod uwagę, że okoliczność, iż niektórzy inni zamawiający faktycznie stosują mechanizm ryczałtowego wynagradzania wykonawców za usługę pozostawania w gotowości w okresie zimowym przy zlecaniu usługi całorocznej (por. częściowo dowód nr 9), nie oznaczało jeszcze, że mechanizm przewidziany w SIWZ jest nielegalny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że można było uznać za udowodnione przez odwołujących, że liczba akcji zimowych Alfa i Gamma rzeczywiście zleczanych przez zamawiającego różniła się w poszczególnych latach a także, że liczba ta zależy wprost od panujących warunków atmosferycznych i z tego powodu jest trudno przewidywalna. Przykładowo w sezonie 2018/2019 zamawiający zlecił odwołującemu Byś 24 akcje alfa i 18 akcji gamma, zaś w sezonie 2019/2020 – jedynie 8 akcji alfa i 4 akcje gamma. Powyższe wynikało z dowodu nr 25 złożonego przez odwołującego Byś. Wreszcie to, że warunki atmosferyczne, a także liczba dni ze średnią temperaturą poniżej 0 °C i dni z opadami śniegu różniła się w ciągu ostatnich 10 lat wynikało z dowodu nr 17 złożonego przez odwołującego Partner. Jednakże, tak jak wskazano wcześniej, niepewność z tego tytułu jest łagodzona

przez wieloletni i kompleksowy charakter usługi, obejmujący też sezony letnie, które są bardziej przewidywalne.

Wzięto również pod uwagę, że nie zostało wykazane przez żadnego z odwołujących, iż usługa świadczona na rzecz zamawiającego jest jedynym źródłem przychodów przedsiębiorstw odwołujących. W związku z powyższym należy przyjąć, że wykonawcy posiadają możliwość przeznaczenia swych zasobów kadrowych, sprzętowych i materiałów do realizacji usług równolegle świadczonych na rzecz innych zleceniodawców z sektora publicznego czy prywatnego. Zamawiający nigdzie w postanowieniach SIWZ nie wskazał, że cały potencjał sprzętowy i kadrowy wykonawcy musi być przeznaczony wyłącznie do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wręcz przeciwnie, zamawiający w pkt 9 modyfikacji SIWZ z dnia 25 września 2020 r. wyraźnie przesądził, że wykonawca może po zapewnieniu środków wymaganych przez zamawiającego na potrzeby tego zamówienia, kierować w elastyczny sposób swoje zasoby kadrowe, sprzętowe i materiałowe do realizacji innych przedsięwzięć. Zamawiający w przywoływanej modyfikacji wskazał bowiem wyraźnie, że *Wykonawca zapewni środki techniczne wymienione w części II oraz organizację prac pozwalającą na ich realizację w wymaganych normach czasowych i standardzie. Zamawiający nie wymaga aby personel oraz jednostki sprzętowe przeznaczone były jedynie na potrzeby Zamawiającego. Wykonawca w zależności od przyjętej organizacji prac ma prawo przeznaczyć swój potencjał do wykonywania zadań na rzecz innych podmiotów.* Wobec powyższego nie ulegało wątpliwości, że to do wykonawców należało zapewnienie właściwej organizacji sposobu świadczenia usług uwzględniającej tę możliwość. Okoliczność, że możliwość wykorzystania potencjału do realizacji innych, równolegle obsługiwanych zamówień mogła być uwzględniana przez wykonawców wynikało nawet z dowodu nr 8 - kalkulacji kosztów złożonej przez odwołującego SUEZ. Na str. 2 ww. dowodu wykonawca założył, iż jego pracownicy mogą być wykorzystani do innych zadań i wskazał nawet o jaki procent koszty z tego tytułu mogą być obniżone.

Na marginesie należało stwierdzić, że to iż jeden z wykonawców obsługujących rejon I wykorzystuje sprzęt do realizacji równolegle świadczonych kontraktów nie wynikało jednak z dowodu nr 34 złożonego przez zamawiającego. Dowód obejmował jedynie zestawienie własne zamawiającego obejmujące mapę rejonu I z wyrysowaną trasą pokonaną przez nie wiadomo jaki pojazd i nie wiadomo kiedy się poruszający. Dowód ten nie potwierdzał zatem tezy zamawiającego.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że zagrożenie braku zlecenia akcji zimowych w razie wystąpienia łagodnych zim zostało dostrzeżone przez zamawiającego. W pkt 12 modyfikacji SIWZ z dnia 25 września 2020 r. zamawiający przewidział, że w okresie zimowym, w przypadku wystąpienia odpowiednich warunków atmosferycznych, będzie zlecał sprzątnięcie całej szerokości jezdni ulicy, wg tras

oczyszczania letniego. Dzięki zastosowaniu omawianego mechanizmu sezon zimowy nie będzie nigdy sezonem martwym dla wykonawców. Co więcej zamawiający wprowadził także mechanizm gwarancyjny określając gwarantowaną liczbę sześciu akcji sprzątnięcia lub zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej. O tym, iż na gruncie obecnie realizowanego zamówienia była już taka praktyka świadczyły dowody złożone w trakcie rozprawy. Z dowodu nr 21 złożonego przez odwołującego Byś wynikało, że w sezonie zimowym 2019/2020 zamawiający zlecił 7 akcji letniego sprzątnięcia. Nie ulegało wątpliwości, że gwarantowanie przez zamawiającego 6 cykli sprzątnięcia w ramach zimowego mechanicznego oczyszczania oznacza pewien gwarantowany poziom przychodu. Powyższe wynikało z dowodu nr 15 złożonego przez zamawiającego, gdzie zaprezentowano potencjalne przychody z tego tytułu.

Błędne jest przy tym stanowisko niektórych odwołujących, którzy zdawali się uważać, że wynagrodzenie za omawiane 6 gwarantowanych akcji sprzątnięcia musi niejako pokrywać wszelkie koszty świadczenia usługi utrzymania gotowości w okresie zimowym, wynikające ze złożonych przez odwołujących dowodów. Jest to zaledwie jeden z wielu możliwych i omówionych już wcześniej mechanizmów, w jaki sposób te koszty mogą być ujęte w formularzu ofertowym (kosztorysie) dotyczącym wieloletniej i kompleksowej usługi, obejmującej zarówno utrzymanie letnie jak i zimowe. Z związku z powyższym nie potwierdzał zarzutów odwołujących dowód nr 19 złożony przez odwołującego Byś, w którym wykonawca ten prezentował właśnie takie podejście, usiłując niejako wszystkie koszty usługi utrzymania gotowości porównywać wyłącznie do owych gwarantowanych 6 cykli sprzątnięcia.

W tej sytuacji nie potwierdziły zasadności zarzutów odwołujących złożone przez nich dowody obejmujące zestawienie szacowanych przez nich kosztów świadczenia usługi, w tym zapewnienia gotowości utrzymania zimowego dróg wraz z częścią materiałów źródłowych (por. dowód nr 3 i nr 29 złożone przez odwołującego Ag Complex w łącznie rozpoznawanej sprawie KIO 2137/20, na które powoływali się odwołujący Remondis, przystępujący partner i odwołujący SUEZ, dowód nr 8 złożony przez odwołującego Suez, dowody nr 20, 22, 23, 24 złożone przez odwołującego Byś, dowód nr 30 i 31 złożone przez przystępującego Polsuper, dowód nr 18). Z dowodów tych wynikało, że wykonawcy rzeczywiście ponoszą określone koszty, w tym również koszty usługi pozostawiania w gotowości utrzymania zimowego. Jednakże, nie wszystkie te koszty muszą zostać pokryte z wynagrodzenia otrzymywanego przez zamawiającego, skoro wskutek możliwości użycia personelu i sprzętu oraz materiałów do innych zadań, ponoszone są także, lub mogą być ponoszone, w związku z realizacją tych innych zamówień, które może realizować wykonawca. Po drugie, nie wszystkie koszty z zestawień zostały poparte materiałem źródłowym, usprawiedliwiającym przyjęcie kosztów na poziomie wskazywanym w kalkulacjach. Po trzecie, z dowodów tych nie wynikało, że omawianych kosztów wykonawcy nie mogą ująć w pozycjach kosztorysu, jakie zostały przewidziane przez zamawiającego w tym postępowaniu przy braku odrębnej pozycji

„wynagrodzenia za gotowość świadczenia utrzymania zimowego”. Taka możliwość istniała w tym postępowaniu z powodów omówionych wcześniej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzuty odwołujących nie zasługują na uwzględnienie.

3. **Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ** (sygn. akt KIO 2128/20)

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowego mechanicznego oczyszczania jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie letnim i zimowym w latach 2021-2024.

Ustalono ponadto, że w rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Zamawiający wskazał, że *Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka Województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn.zm.) w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01).*

Ustalono ponadto, że w dniu 25 września 2020 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że w rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ wpisał, iż *Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka Województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn.zm.) w zakresie transportu odpadów z czyszczenia ulic i placów (kod 20 03 03).*

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. 1a 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.*

Zarzut okazał się bezzasadny.

Odwołujący Polsuper domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w rozdziale V (Warunki udziału w postępowaniu), ust. 1 pkt 2) SIWZ oraz Sekcji III.1.1) pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, aby otrzymał on brzmienie: *„Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka Województwa, o którym mowa w art. 49 ust 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn. zm.) w zakresie wytwarzania i transportu odpadów z czyszczenia ulic i placów (kod 20 03 03)”*.

Izba stwierdziła, że w części, w jakiej odwołujący Polsuper domagał się zmiany kodu odpadów, żądanie odwołującego zostało spełnione przez zamawiającego w modyfikacji SIWZ z dnia 25 września 2020 r. Zarzut w omawianym zakresie podlegał więc oddaleniu, gdyż w tej części, na moment wyrokowania w sprawie, brak było substratu zaskarżenia w postaci kwestionowanego postanowienia SIWZ.

Jeśli chodzi o dalsze żądanie zmiany warunku, to - jak wynikało z wniosku odwołującego Polsuper - zmierzał on do zaostrożenia, podwyższenia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe wynikało jednoznacznie z porównania warunku skarżonego i warunku proponowanego. W spornym postanowieniu SIWZ zamawiający uznawał, że aby przystąpić do przetargu wystarczy legitymowanie się wykonawcy wpisem do właściwego rejestru w zakresie transportu odpadów z czyszczenia ulic i placów. Z kolei odwołujący Polsuper wnioskował aby był to wpis do odpowiedniego rejestru w zakresie wytwarzania i transportu odpadów z czyszczenia ulic i placów.

Uszło uwadze odwołującego Polsuper, że na gruncie ustawy Pzp zamawiający nie mają obowiązku formułowania jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu. Skoro zamawiający może mniej, czyli w ogóle nie formułować warunku, to może i więcej. Jeżeli zamawiający kształtuje warunek udziału w postępowaniu, to ma prawo opisać go na takim poziomie, który uznaje za wystarczający do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Dostrzeżenia wymagało również, że warunek nigdy nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia a jedynie do niego „proporcjonalny”, czyli „pozostający w pewnej proporcji”. Powyższe wynika z art. 22a ust. 1a ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, *zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności*.

Rozstrzygnięcie Izby nie oznacza, że usługę objętą przedmiotem zamówienia będzie mógł realizować podmiot, nieposiadający wymaganych zezwoleń ustawowych. Uszło

uwadze odwołującego, że skarżył warunek udziału w postępowaniu, czyli wymogi, których spełnienie umożliwia przystąpienie wykonawcy do złożenia oferty a nie zapisy dotyczące uprawnień niezbędnych do rozpoczęcia realizacji umowy. Jeśli rzeczywiście w trakcie realizacji umowy, z uwagi na charakter czy warunki świadczonej usługi konieczne będzie posiadanie wpisu do rejestru w zakresie wytwarzania i transportu odpadów z czyszczenia ulic i placów, to wykonawca realizujący usługę będzie zobowiązany posiadać taki wpis zgodnie z właściwymi przepisami.

W związku z powyższym, za niepotwierdzające zasadności zarzutu uznano dowody z załącznika nr 1 i nr 2 do pisma procesowego odwołującego Polsuper z dnia 8 października 2020 r. Przywołane załączniki obejmowały wydruk wpisu odwołującego Polsuper do działu XII rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami jak również przykładowe karty przekazania odpadów wygenerowane z systemu BDO. Dowody te mogły świadczyć co najwyżej o tym, że do wykonania przedmiotu zamówienia konieczne jest posiadanie przez wykonawcę wpisu do właściwego rejestru w zakresie wytwarzania odpadów. Nie dowodziły jednak, że posiadanie tego wpisu musiało być przedmiotem warunku udziału w postępowaniu, z przyczyn wskazanych wcześniej.

Wobec powyższego zarzut i towarzyszące mu żądanie nie zasługiwały na uwzględnienie.

4. **Zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert - aspekt środowiskowy w zakresie nieprzewidzenia punktowania zamiatarek spełniających normę Euro 6 i niezapewnienia równorzędności punktacji dla zamiatarek i pługoposypywarek**
(sygn. akt KIO 2128/20)

Ustalono, że w rozdziale XIII SIWZ (*opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert*) zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest aspekt środowiskowy (K):

- a) *zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi zamiatarek o napędzie elektrycznym i/lub zasilanych gazem ziemnym- K1/1 lub K1/2 (w zależności od rejonu),*
- b) *zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi zmywarek o napędzie elektrycznym i/lub zasilanych gazem ziemnym - K2 lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 – K3,*
- c) *zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi pługoposypywarek o napędzie elektrycznym i/lub zasilanych gazem ziemnym – K4/1 lub K4/2 (w zależności od rejonu) lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 – K5/1 lub K5/2 (w zależności od rejonu).*

Ustalono, iż w załączniku nr 3 do umowy (*szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego*), w części III, zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował zmiataarkami samojezdnymi kompaktowymi, których podwozia spełniają normę emisji spalin min. EURO 6.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 1 do umowy (*szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego*), w części II zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania pługoposypywarkami, których podwozia spełniają normę emisji spalin min. EURO 5.

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. 91 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że *Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:*

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;*
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;*
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
- 4) aspekty innowacyjne;*
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;*
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.*

Zarzuty okazały się bezzasadne.

Odwołujący Polsuper domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji wagi, liczby punktów i sposobu oceny według wzoru, przewidzianych dla kryteriów odnoszących się do aspektu środowiskowego i dotyczących zmiatarek oraz pługoposypywarek (pozycje 2a i 2c w rozdziale XIII, ust. 2 SIWZ) poprzez dodanie nowego punktowanego kryterium dla podwozi zmiatarek spełniających normę emisji spalin EURO 6, jak również poprzez modyfikację wzorów oceny kryteriów w sposób zapewniający równorzędność punktacji dla zmiatarek oraz pługoposypywarek.

Izba stwierdziła, że żądanie dodania nowego punktowanego kryterium dla podwozi zmiatarek spełniających normę emisji spalin EURO 6 okazało się bezzasadne. Jak wynikało z załącznika nr 3 do umowy (*szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe*

oczyszczania letniego), w części III, zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował zmiataarkami samojezdnymi kompaktowymi, których podwozia spełniają normę emisji spalin min. EURO 6. W tej sytuacji, skoro dysponowanie zmiataarkami spełniającymi normę Euro 6 było wymogiem zamawiającego, to nie można było tego uznać za kryterium oceny ofert. Pozacenowe kryteria oceny ofert siłą rzeczy odnoszą się do elementów przedmiotu zamówienia, które mają stanowić pewne ulepszenie w stosunku do wymogów minimalnych, które muszą spełnić wszyscy wykonawcy.

Przy wyrokowaniu wzięto także pod uwagę, że znakomita większość zmiatarek stosowanych przez wykonawców w trakcie realizacji obecnego kontaktu na rzecz zamawiającego posiada już normę Euro 6. Jak wynikało z oświadczenia zamawiającego, czemu odwołujący nie przeczył, normę tę spełniało 17 z 20 zmiatarek wykorzystywanych przez wykonawców w trakcie realizacji obecnego zamówienia. W tej sytuacji obniżenie wymagania dla poziomu emisji spalin zmiatarek do Euro 5 i uczynienie ze spełnienia normy Euro 6 jedynie kryterium oceny ofert należało uznać za bezzasadne.

Chybione okazało się również żądanie modyfikacji wzorów kryteriów oceny ofert w sposób zapewniający równorzędność punktacji dla zmiatarek oraz pługoposypywarek. Odwołujący Polsuper nie przedstawił w odwołaniu żadnego proponowanego wzoru, którego zastosowanie miałyby doprowadzić do zapewnienia równoważności punktacji zmiatarek i pługoposypywarek. Zdaniem Izby próby przedstawiania takich propozycji w piśmie procesowym z dnia 8 października 2020 r. należało w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp uznać za spóźnione. Przepis ten stanowi, że *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. W sprawach dotyczących odwołań wobec postanowień SIWZ żądania, zawierające proponowane przez odwołującego postanowienia SIWZ, które mają zastąpić zapisy skarżone, pozostają ściśle związane z zarzutami.

Ponadto nie wiadomo, w jakim aspekcie odwołujący Polsuper oczekiwał postulowanej przez siebie równoważności, czy np. w aspekcie spełniania normy Euro 6 lub innym. Argumentacji tego rodzaju próżno było szukać w odwołaniu. Odwołujący Polsuper nie odniósł się w odwołaniu także do tego, w jaki sposób mają być zmodyfikowane wagi, liczby a w konsekwencji sposób oceny wzoru, który zdaniem odwołującego Polsuper zapewniłby równoważność punktacji.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie wyjaśnił dlaczego uważa, że sprzeczne z prawem miało być niezapewnienie owej równoważności. Dostrzeżenia wymaga, że siła kryterium nigdy nie będzie taka sama, gdyż przy realizacji zamówienia, w różnych rejonach, używane są różne liczby i rodzaje pojazdów.

Według Izby dostatecznym powodem uzasadniającym różnicowanie norm emisji spalin dla zmiatarek i pługoposypywarek, co znalazło odzwierciedlenie w kryteriach, jest także fakt, że w trakcie realizacji kontraktu wykorzystywanych jest więcej pługoposypywarek niż

zamiatarek, co nie było sporne. Z tego powodu proces wymiany przez wykonawców floty pługoposypywarek na pojazdy spełniające nowe wymagania może być jeszcze odłożony w czasie, co zamawiający miał prawo wziąć pod uwagę.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba uznała zarzuty za chybione.

5. **Zarzuty dotyczące zmiany okresu świadczenia w sezonie letnim i zimowym** (sygn. akt KIO 2128/20 i KIO 2146/20)

Ustalono, że w § 2 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) [Czas obowiązywania] zamawiający przewidział, co następuje:

1. *Prace będące przedmiotem umowy będą realizowane od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 01.05.2021 r. do dnia 30.04.2024 r.*
2. *Terminy realizacji prac:*
 - 1) *sezon zimowy od 15 października do 14 kwietnia z wyjątkiem doczyszczania po sezonie zimowym, które w przypadku wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, będzie mogło być wykonane przez Wykonawcę do 30 kwietnia.*
 - 2) *sezon letni od 15 kwietnia do 14 października.*
3. *W przypadku zmiany warunków atmosferycznych Zamawiający zastrzega sobie prawo do możliwości ogłoszenia zlecenia akcji poza terminami określonymi w ust. 2:*
 - 1) *z 24 godzinnym wyprzedzeniem, Zamawiający poinformuje Wykonawcę, o możliwości zlecenia akcji GAMMA;*
 - 2) *z 48 godzinnym wyprzedzeniem, Zamawiający poinformuje Wykonawcę, o możliwości zlecenia akcji ALFA,*
 - 3) *z 24 godzinnym wyprzedzeniem lub krótszym w uzgodnieniu z Wykonawcą, Zamawiający poinformuje Wykonawcę o zleceniu sprzątnięcia lub zmywania tras oczyszczania letniego lub części trasy oczyszczania letniego.*

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.*

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.*

Art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej termin wykonania zamówienia.*

Zarzuty okazały się bezzasadne.

Odwołujący Polsuper domagał się nakazania zamawiającemu *usunięcia § 2 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), ewentualnie modyfikacji tego postanowienia przez wprowadzenie w nim maksymalnego terminu, np. 1 tygodnia od dnia rozpoczęcia i zakończenia terminów realizacji prac zimowego i letniego oczyszczania przewidzianych w § 2 ust. 2 Wzoru umowy, w którym to terminie Zamawiający miałby prawo zlecić wykonawcy prace.*

Odwołujący Partner domagał się zaś nakazania zamawiającemu wykreślenia § 2 ust. 3 załącznika nr 4 do SIWZ lub wydłużenia okresu wyprzedzenia zlecenia poszczególnych akcji, tak aby było możliwe przygotowanie do wykonywania umowy poza wskazanymi w niej terminami.

Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że z charakteru usługi, która ma być wykonana w trybie § 2 ust. 3 wzoru umowy, wynika, że nie może być ona realizowana za tydzień. Potrzeba wykonania akcji Alfa czy Gamma wystąpi bowiem szybko, w ciągu 24 czy 48 h, a nie za tydzień. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że najbardziej wiarygodne są krótkoterminowe prognozy pogody, zaś pogoda może się szybko zmieniać, a i reakcja na zaistniałe warunki atmosferyczne musi być co najmniej niezwłoczna.

Dostrzeżenia wymagał również fakt, że czasy wyprzedzenia poinformowania o akcji, odpowiednio 24 h i 48 h, są dłuższe niż standardowe czasy reakcji w sezonie zimowym. Odwołujący Partner w czasie rozprawy wprost przyznał także, że terminy wyprzedzenia odpowiednio 24 i 48 godzinne są wystarczające aby załadować pojazd. Argumentował jedynie, że wykonawca może po sezonie nie dysponować już środkami do likwidacji śliskości.

Według Izby argument o braku środków do likwidacji śliskości nie zasługiwał na uwzględnienie. Skoro zapis o możliwości zlecenia akcji Alfa i Gamma poza sezonem znajduje się we wzorze umowy, to wykonawcy powinni pozostawić pewien zapas środków po sezonie na wypadek skorzystania przez zamawiającego z mechanizmu z § 2 ust. 3 wzoru umowy. Ponadto, biorąc pod uwagę ostatnie łagodne zimy, na którą to okoliczność zgodnie wskazywały strony i uczestnicy postępowania, można spodziewać się raczej iż wykonawcom pozostaną po sezonie niewykorzystane środki do usuwania śliskości niż zostaną one zużyte w całości. Ponadto, jak wynikało z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, środki do usuwania śliskości, jak np. chlorek wapnia, czy sól wypadowa, jeśli są prawidłowo

przechowywane, mogą być używane dłużej niż w jednym sezonie (por. str. 4 i strona ostatnia dowodu nr 22).

Przy wyrokowaniu Izba wzięła też pod uwagę fakt, że zamawiający stosował sporne uprawnienie incydentalnie, co nie było kwestionowane przez jego przeciwników procesowych. Jak bowiem wyjaśnił zamawiający, do tej pory tylko raz skorzystał z mechanizmu z § 2 ust. 3 wzoru umowy i miało to miejsce w maju 2011r., przy likwidacji śliskości na jednym z utrzymywanych mostów.

Zdaniem Izby alternatywne żądanie, aby ograniczyć zamawiającemu możliwość skorzystania z uprawnienia do zlecenia akcji Alfa i Gamma do 1 tygodnia od dnia rozpoczęcia i zakończenia terminów realizacji prac utrzymania zimowego i letniego jest bezzasadne. Sytuacja, w której może wystąpić potrzeba skorzystania z uprawnienia może się zdarzyć po proponowanym okresie, np. pod koniec maja, tak jak to miało miejsce w 2011 r.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba uznała zarzuty za chybione.

6. **Zarzuty dotyczące kar umownych za brak sygnału satelitarne systemu lokalizacji i kontroli pracy GPS z jednostek sprzętowych oraz w przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji GPS z każdej jednostki sprzętowej** (sygn. akt KIO 2128/20)

Ustalono, że w § 7 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający przewidział następujące kary umowne:

4. *Za brak sygnału z satelitarne systemu lokalizacji i kontroli pracy GPS z jednostek sprzętowych podczas realizacji zleconych prac, jeżeli dane nie zostaną uzupełnione o dane z wewnętrznego urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin od powiadomienia, Zamawiający naliczy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 300 zł, za każdy stwierdzony przypadek.*
5. *W przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS) z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych prac, o ile będzie ona dłuższa niż 10 minut, a dane nie zostaną uzupełnione o dane z urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 150 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przekazuje wymaganych informacji GPS.*

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. 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. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.*

Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

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).*

Zarzuty okazały się bezzasadne.

Odwołujący Polsuper domagał się nakazania zamawiającemu usunięcia postanowienia § 7 ust. 4 i 5 wzoru umowy.

Odwołujący Polsuper zarzucił, że ewentualne przerwy w przekazie informacji GPS są niezależne od wykonawcy i mogą uniemożliwić uzupełnienie danych z zewnętrznego urządzenia. Argumentował, że wykonawca nie ma także wpływu na brak sygnału z satelitarne systemu lokalizacji i kontroli prac GPS.

Zdaniem Izby argumentacja odwołującego Polsuper jest chybiona. Odwołujący Polsuper w uzasadnieniu zarzutu całkowicie pominął fakt, że w świetle skarżonych postanowień § 7 ust. 4 i 5 wzoru umowy, kary umowne będą naliczane dopiero w sytuacji gdy brakujące dane, wskutek zaniku sygnału GPS, czy przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS), nie zostaną uzupełnione przez wykonawcę o dane z urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin. W związku z powyższym,

wykonawca nie będzie karany za sam zanik sygnału GPS, czy przerwę w przekazie danych, ale za nieuzupełnienie tych informacji. Ponadto uzupełnienie to nie musi następować niezwłocznie, gdyż na spełnienie tego obowiązku wykonawcy przyznano 24 godziny.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę okoliczność, że w przypadku kary umownej dotyczącej nieuzupełnienia danych wskutek przerw w przekazie wymaganych informacji (GPS), zamawiający wprowadził ograniczenie, zgodnie z którym nie chodzi o jakąkolwiek przerwę, ale przerwę dłuższą niż 10 minut. Wykonawca nie będzie zatem karany za nieuzupełnienie danych dotyczących krótszych przerw.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

7. Zarzut dotyczący wymogu emisji spalin Euro 6 w odniesieniu do zmiatarek samojezdnych kompaktowych (sygn. akt KIO 2128/20)

Ustalono, iż w załączniku nr 3 do umowy (*szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego*), w części III, zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował zmiatarkami samojezdnymi kompaktowymi, których podwozia spełniają normę emisji spalin min. EURO 6.

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.*

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.*

Stosownie do art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, *zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia:*

- 1) *bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy;*
- 2) *młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego;*

3) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych;

4) innych osób niż określone w pkt 1, 2 lub 3, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 217 i 730) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zarzut okazał się bezzasadny.

Odwołujący Polsuper domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji przewidzianego w części III ust. 1 ppkt 2) załącznika nr 1 do wzoru umowy wymogu, aby podwozia zamiatarek samojezdnych kompaktowych spełniały normę emisji spalin EURO 6, przez wprowadzenie wymogu aby podwozia zamiatarek samojezdnych kompaktowych spełniały normę emisji spalin EURO 5.

Odwołujący Polsuper zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, 2, i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza żądania odwołującego Polsuper prowadziła do wniosku, że de facto zmierzał on do obniżenia wymagania zamawiającego co do normy emisji spalin dla zamiatarek samojezdnych z Euro 6 na Euro 5.

Zdaniem Izby zamawiający nie naruszył przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wymóg stosowania zamiatarek z normą Euro 6 jest jednoznaczny i wyczerpujący. Zamawiający nie naruszył także art. 29 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma prawo określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia obejmujące m.in. aspekty środowiskowe, do których zalicza się też norma emisji spalin Euro 6.

Odwołujący Polsuper nie wykazał również, aby kwestionowany wymóg mógł ograniczać uczciwą konkurencję. Wzięto pod uwagę, że - jak wyjaśnił zamawiający, a czemu odwołujący Polsuper nie zaprzeczał - norma Euro 6 nie jest normą nową i obowiązuje od 2015 r. Zdaniem Izby przez 5 lat, jakie upłynęły od wejścia w życie normy, wykonawcy dysponowali wystarczającą ilością czasu, aby zaopatrzyć się w zamiatarki spełniające nową normę. Ponadto, jak wyjaśnił zamawiający, w trakcie realizacji obecnego kontraktu wykonawcy w znakomitej większości wykorzystują zamiatarki spełniające już wymogi normy Euro 6. Jak wynikało z oświadczeń zamawiającego, czemu jego przeciwnicy procesowi nie zaprzeczali, normę tę spełniało 17 z 20 wykorzystywanych zamiatarek. Skoro tak, to wprowadzenie spornego wymogu okazało się dopuszczalne i nie ograniczało konkurencji, gdyż wymóg spełniało 90% zamiatarek dotychczas używanych przez wykonawców.

Zdaniem Izby bez znaczenia okazała się okoliczność, że w przypadku pługoposypywarek zamawiający poprzestał na wymaganiu normy emisji spalin Euro 5, decydując się jedynie na punktowanie pojazdów z normą emisji spalin Euro 6. Dostrzeżenia wymagało, że z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynikało, aby zamawiający musiał wymagać stosowania tej samej normy emisji spalin do pojazdów różnego typu i przeznaczenia. Ponadto wzięto pod uwagę, że w trakcie realizacji zamówienia będzie używanych więcej pługoposypywarek niż zamiatarek, co nie było sporne między stronami. W tej sytuacji wymiana przez wykonawców floty na spełniającą nowe wymagania może być odłożona w czasie i jest to dostateczne uzasadnienie różnicowania norm dla omawianych dwóch kategorii pojazdów.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała zarzut za niezasadny.

8. **Zarzuty dotyczące zakazu stosowania zamiatarek elewatorowych** (sygn. akt KIO 2128/20, KIO 2145/20)

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do umowy (*szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe oczyszczania letniego*), w części III, w ust. 1 pkt 6 wskazał, że: *Zamawiający przy realizacji prac wymienionych w części II ust. 1, 3 nie dopuszcza sprzętu w postaci zamiatarek elewatorowych, ciągnionych np. typu BRODDWAY, holowanych przez ciężarówkę. W przypadku dużego stopnia zabrudzenia na poszczególnych trasach na wniosek Wykonawcy w uzasadnionych przypadkach za zgodą Zamawiającego możliwe jest odstępstwo od tej reguły.*

Ustalono ponadto, że w dniu 25 września 2020 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że załącznik nr 3 do umowy część III ust. 1 pkt 6 otrzymał brzmienie: *„Zamawiający przy realizacji prac wymienionych w części II ust. 1, 3 nie dopuszcza sprzętu w postaci zamiatarek elewatorowych, ciągnionych np. typu BRODDWAY, holowanych przez ciężarówkę.”*

Ustalono ponadto, że w dniu 25 września 2020 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że w załączniku nr 1 do umowy (szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego), w części III ust. 4 pkt 4, na końcu dodał zapis: *„Zamawiający przy realizacji prac dopuszcza użycie sprzętu w postaci zamiatarek elewatorowych, ciągnionych np. typu BRODDWAY, holowanych przez ciężarówkę.”*

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.*

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.

Stosownie do art. 29 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia:

- 1) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy;
- 2) młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego;
- 3) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych;
- 4) innych osób niż określone w pkt 1, 2 lub 3, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 217 i 730) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zarzuty okazały się bezzasadne.

Odwołujący Polsuper wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcia części III ust. 1 pkt 6) załącznika nr 3 do wzoru umowy.

Odwołujący Remondis wniósł o nakazanie zamawiającemu dopuszczenia możliwości zastosowania zamiatarek elewatorowych.

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołujących Polsuper i Remondis, zamawiający wprowadził zakaz nie ze względu na pylenie wskutek zbierania odpadów z jezdni przez zamiatarkę elewatorową, czemu rzeczywiście można zapobiec polewając jezdnię przed zebraniem odpadu. Jak wynikało z wyjaśnień zamawiającego, jego celem była chęć zapobieżenia unoszenia się już zebranych pyłów z naczepy otwartego pojazdu, na którą transmitowane są zmiotki zebrane przez zamiatarkę elewatorową.

Zdaniem Izby uzasadnione jest oczekiwanie przez zamawiającego, aby w warunkach miejskiej, ścisłej zabudowy oraz znacznego zagęszczenia ludności, wykonawcy stosowali zamiatarki kompaktowe, które w przeciwieństwie do zamiatarek elewatorowych

charakteryzują się tym, że odpady przenoszone są do szczelnej, zamkniętej części pojazdu i nie ma ryzyka ich wtórnego unoszenia. Nie ulegało wątpliwości, że zmiatarki samojezdne, kompaktowe, w przeciwieństwie do elewatorowych, są sprzętem hermetycznym. Na różnice w budowie obu rodzajów zmiatarek wskazywał dowód nr 36 złożony przez zamawiającego. Na przedstawionych przez zamawiającego fotografiach uwidoczniono bowiem, że przy użyciu zmiatarek elewatorowych następuje otwarta transmisja zmiotek na pojazd z otwartą naczepą. Zagrożenie to występuje również w przypadku zmiatarek Brodd Scandinavia 2w, które zamierzał stosować odwołujący Polsuper. Jak wynika z fotografii znajdujących się w załączniku nr 11 do pisma procesowego odwołującego Polsuper z dnia 8 października 2020 r., również te pojazdy posiadają konstrukcję wymuszającą pracę z pojazdem z otwartą naczepą, na który transmitowane są zmiotki. Okoliczność, iż zmiatarki spełniają normę EN 15429-3: 2015-05 i posiadają certyfikaty dotyczące emisji pyłów PM 2.5 i PM 10 (por. załączniki nr 12 i 13 do pisma procesowego odwołującego Polsuper z dnia 8 października 2020 r.) nie niweluje omawianego zagrożenia. Norma ta dotyczy bowiem działania samej zmiatarki, a nie pojazdu z otwartą naczepą, na jaki są transportowane zmiotki i z którego to pojazdu mogą być wznoszone pyły, stanowiące zagrożenie dla mieszkańców miasta.

Bezzasadne jest wskazywanie jako naruszonego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Skarżony przez odwołujących zakaz jest jednoznaczny, wyczerpujący i nie budzi wątpliwości. Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż skoro zakaz jest uzasadniony konkretną potrzebą zamawiającego, to wymogu nie można było uznać za utrudniającego uczciwą konkurencję.

Ponadto, zgodnie z art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający ma prawo określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować m.in. „aspekty środowiskowe”. Cel wprowadzenia zakazu niewątpliwie można zaś uznać za aspekt środowiskowy.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba uznała zarzuty za chybione.

9. **Zarzut dotyczący nakazu stosowania kruszywa** (sygn. akt KIO 2145/20)

Ustalono, że w części III załącznika nr 2 do umowy (*szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego przy użyciu kruszywa - dotyczy tylko rejonu I, V, VI, XII, XIV*), zamawiający wskazał, że wykonawca obowiązany jest wykorzystywać *Kruszywo naturalne lub sztuczne o uziarnieniu od 1 mm do 4 mm w dawce 150 g/m². Stosowane kruszywo przeznaczone do uszorstnienia nawierzchni drogi powinno odpowiadać normie PN EN 13043:2004.*

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.*

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 okazał się bezzasadny.

Odwołujący Remondis wniósł o nakazanie zamawiającemu dopuszczenia możliwości stosowania piasku do uszorstnienia nawierzchni drogi (załącznik nr 2 do umowy, Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego przy użyciu kruszywa).

Odwołujący Remondis zarzucił, że zamawiający w ramach utrzymania zimowego wymaga stosowania kruszywa przeznaczonego do uszorstnienia nawierzchni drogi, które powinno odpowiadać normie PN-EN 13043:2004, podczas gdy – zdaniem odwołującego - dla osiągnięcia celu określonego przez zamawiającego wystarczającym jest stosowanie piasku.

Izba wzięła pod uwagę, że – jak wyjaśnił zamawiający - kruszywo będzie używane na nieutwardzonych i nieodwodnionych nawierzchniach. Wskazał, że takich nawierzchni jest 17 km wobec 1.500 km dróg objętych kontraktem. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że na tego rodzaju nawierzchniach miękki piach w suche dni jest przewiewany, co może prowadzić do lodowicy. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają również, że w takich warunkach kruszywo lepiej się sprawdza, gdyż wbija się w oblodzenie i śnieg doprowadzając do uszorstnienia nawierzchni. W ocenie Izby bezpieczeństwo użytkowników dróg jest dostateczną potrzebą uzasadniającą wprowadzenie spornego nakazu.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła ponadto pod uwagę fakt, że nakaz stosowania kruszywa nie dotyczył wszystkich rejonów, a jedynie rejonu I, V, VI, XII, XIV. Nie będzie to więc nakaz powszechny, a jedynie ograniczony do kilku rejonów i specyficznych nawierzchni. Nakaz jest zatem także proporcjonalny do warunków świadczenia usługi.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała zarzuty za chybione.

10. **Zarzut dotyczący braku określenia górnej granicy kar umownych** (sygn. akt KIO 2145/20)

Ustalono, że zamawiający w postanowieniach wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) przewidział kary umowne, nie określając przy tym łącznej, górnej granicy tych kar (okoliczność bezsporna).

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. 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. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

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).

Art. 487 § 2 KC stanowi, że Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Zarzut okazał się bezzasadny.

Odwołujący Remondis kwestionując brak określenia górnej granicy kar umownych zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 353¹ oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia kar umownych (procentowego lub kwotowego) jakie wykonawca może być zobowiązany zapłacić zamawiającemu w okresie obowiązywania umowy.

Zdaniem Izby bezzasadne okazało się odwoływanie się odwołującego Remondis w trakcie rozprawy do przepisów nowej ustawy Pzp. W stanie prawnym, na podstawie którego zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie istniał obowiązek wprowadzenia postulowanego zapisu.

W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący Remondis nie wskazał, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego miałyby zostać naruszone przez brak określenia górnej granicy kar umownych.

Odwołujący Remondis nie wykazał również naruszenia wzajemności świadczeń ani nadużycia przez zamawiającego swojej pozycji. Zamawiający wyjaśnił, że łączna skala kar umownych nakładanych na wykonawców w poprzednim kontrakcie, kształtowała się na poziomie 0,2% wartości umów, czemu odwołujący nie zaprzeczał. Nie było sporne między stronami, że kary umowne przewidziane w obecnym kontrakcie są odpowiednikami kar z poprzedniego kontraktu. W tej sytuacji trudno było uznać, aby taka wartość nakładanych kar umownych miała świadczyć o nadużywaniu pozycji zamawiającego.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła ponadto pod uwagę, że przedstawione przez Remondis uzasadnienie zarzutu okazało się nad wyraz lakonicznie. W szczególności odwołujący Remondis nie zarzucił zamawiającemu naruszenia ani jednego bezwzględnie obowiązującego przepisu Kodeksu cywilnego, z którym niewprowadzenie limitu kar umownych miało być sprzeczne. W szczególności takim przepisem nie jest art. 487 § 2 KC, który zawiera jedynie definicję umowy wzajemnej. Odwołujący Remondis nie wykazał także, dlaczego przyjęty przez niego we wniosku poziom limitu kar umownych w wysokości 30% maksymalnego łącznego wynagrodzenia wykonawcy należałoby uznać za zasadny.

Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

11. **Zarzut dotyczący żądania zmiany zasad wynagradzania przez wprowadzenie ceny za posypywanie 1 km pasa jezdni zamiast wynagrodzenia za jedną kompleksową akcję** (sygn. akt KIO 2146/20)

Ustalono, że w załączniku nr 1a do SIWZ (*wykaz cen jednostkowych dla rejonu ...*) zamawiający przewidział konieczność podania przez wykonawców m.in. cen jednostkowych za:

- 1) za 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu,
- 2) za 1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia,
- 3) za 1 km pasa płuzenia,
- 4) za 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu w trakcie płuzenia,
- 5) za 1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia w trakcie płuzenia,
- 6) za 1 km pasa posypywania kruszywem.

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.*

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. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.*

Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

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.*

Zarzut okazał się bezzasadny.

Odwołujący Partner domagał się nakazania zamawiającemu doprecyzowania w załączniku nr 1a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu oraz kosztorysach dla poszczególnych rejonów), że ceny wskazane w pkt 1-6 wykazu dotyczą każdorazowo jednokrotnego posypywania 1 km pasa w ramach danej akcji.

Odwołujący Partner uzasadniając zarzut wywiódł, że z wykazu stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w pozycjach 1-6 tego wykazu 1 km nie wynika, czy czynności w nich opisane dotyczą jednokrotnego posypywania, czy też wielokrotnego w ramach danej akcji. Przy ciągłym opadzie wykonawca nie wie ile razy będzie musiał przejechać trasę, aby 1 km jezdni wyglądał tak jak tego chce zamawiający. Zdaniem odwołującego w razie intensywnego opadu wykonawca jest zmuszony do oczyszczania do skutku.

Jak wyjaśnił zamawiający i jak wynika z postanowień SIWZ, to do wykonawcy należy odpowiednie dobranie dawki środków do likwidacji śliskości, tak aby zapewnić oczekiwany w SIWZ efekt utrzymania jezdni. Również dobranie właściwej liczby przejazdów, tak aby osiągnąć skutek oczekiwany przez zamawiającego, zależy od sposobu realizacji prac przez wykonawców.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę, że proponowany przez odwołującego Partner model wynagradzania prowadzić mógł do sytuacji, w której wykonawcy będą jeździli niewspółmiernie do potrzeb. Wynikałoby to z tego, że zamawiający musiałby płacić za kilometrówkę a nie za stan jezdni. Zdaniem Izby taki mechanizm nie motywowałby wykonawców do prowadzenia sprawnej akcji utrzymania drogi, ale skłaniał do sztucznego mnożenia przejechanych kilometrów, aby otrzymać wyższe wynagrodzenie. W ocenie Izby zamawiający ma prawo płacić za oczekiwany przez siebie efekt (rezultat), a nie jedynie za starania wykonawcy.

Nie zasługiwał na uwzględnienie argument odwołującego Partner, że w razie intensywnych opadów wykonawcy będą zmuszeni jeździć non stop. Jak wyjaśnił zamawiający i co wynikało z SIWZ, w razie 3 godzin ciągłych opadów jest zlecona wykonawcom kolejna akcja, w związku z tym wykonawcy nie odświeżają bez końca w ramach jednej akcji (por. załącznik nr 1 do umowy, część III pkt 3 ppkt 1).

Nie potwierdzał zasadności zarzutu dowód nr 35 złożony przez odwołującego Partner sp. z o.o. sp. k. Z dowodu tego wynikało jedynie, że określone pojazdy w danym okresie pokonały więcej kilometrów niż kilometraż utrzymywanej trasy. To, że taka sytuacja może się zdarzać, bo wykonawca ma doprowadzić jezdnię do wymaganego standardu, a nie jedynie przejechać, nie było sporne między stronami.

W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

12. Zarzut dotyczący jednostronnego protokołu odbioru robót (sygn. akt KIO 2146/20)

Ustalono, że w § 6 ust. 4 wzoru umowy zamawiający przewidział, co następuje:
W przypadku niestawienia się do udziału w kontroli przedstawiciela Wykonawcy w ciągu jednej godziny od wezwania lub odmowy podpisania protokołu, sporządzony zostanie protokół jednostronny, który będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych. Kopia protokołu stwierdzającego nieprawidłowości zostanie wysłana e-mailem do Wykonawcy.

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.

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. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

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.

Zarzut okazał się bezzasadny.

Odwołujący Partner domagał się nakazania zamawiającemu doprecyzowania § 6 ust. 4 załącznika nr 4 do SIWZ poprzez wprowadzenie procedury umożliwiającej weryfikację ustaleń zawartych w takim protokole jednostronnym, z jednoczesnym dodaniem zapisu, że tak sporządzone protokoły jednostronne mogą być podstawą obniżenia wynagrodzenia, o ile zostały przekazane wykonawcy w terminie maksymalnie 3 dni licząc od daty kontroli.

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego Partner zamawiający zapewnił wykonawcom możliwość wypowiedzenia się co do stanu faktycznego, który jest przedmiotem ustaleń zawartych w protokole. Jak wynika ze skarżonego postanowienia § 6 ust. 4 wzoru umowy, protokół jednostronny sporządzany jest bowiem nie z zasady, ale wyjątkowo, tj. wyłącznie wtedy, gdy przedstawiciel wykonawcy nie stawia się do udziału w kontroli w ciągu jednej godziny od wezwania lub odmówi podpisania protokołu. Wobec powyższego decyzja o tym czy się stawić na miejsce kontroli i przedstawić swoje spostrzeżenia co do kontrolowanego obszaru, została pozostawiona wykonawcy. Ma on prawo się stawić w ciągu godziny od wezwania przez zamawiającego. Również odmowa podpisania protokołu jest własną decyzją wykonawcy. Wykonawca zamiast odmówienia podpisania protokołu dwustronnego, co otwiera drogę do sporządzenia protokołu jednostronnego, może wpisać do protokołu dwustronnego swoje uwagi.

Zdaniem Izby odwołujący Partner nie sprostował obowiązku wykazania, że wnioskowany przez niego termin 3 dniowy na przesłanie protokołu jednostronnego jest prawidłowy i wystarczający. W uzasadnieniu zarzutu odwołujący Partner ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że wprowadzenie takiego terminu pozwoli wykonawcy na sięgnięcie po dowody potwierdzające racje wykonawcy. Nie udowodniono jednak dlaczego po 3 dniach takie dowody miały być niemożliwe do pozyskania. Wzięto pod uwagę, że przy świadomości spornego postanowienia, wykonawca powinien się liczyć z koniecznością zachowania dowodów w nieco dłuższej perspektywie czasowej. Wskazywany przez odwołującego dynamizm pogody nie uzasadnia postulowanego terminu 3 dniowego. Wreszcie, jak wskazano wcześniej, powstaniu protokołu jednostronnego wykonawca może z łatwością zapobiec swymi działaniami.

W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

13. Zarzuty odwołującego Partner dotyczące kar umownych (sygn. akt KIO 2146/20)

Ustalono, że w § 7 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający opisał kary umowne następująco

Zamawiający zastosuje odliczenia oraz obciąży Wykonawcę karami umownymi w następujących przypadkach:

1. Kary umowne związane z utrzymaniem zimowym:

1) W przypadku, gdy Wykonawca w terminach określonych w załączniku nr 1, 2 (dotyczy akcji ALFA, BETA, BETA-S, INTERWENCJA, INTERWENCJA-BOCZNE JEZDNIE, INTERWENCJA-KRUSZYWO):

a) nie posypie co najmniej 90% szerokości jezdni ulicy zleconej trasy utrzymania zimowego lub zleconej części trasy utrzymania zimowego (w przypadku zlecenia dotyczącego części trasy);

b) nie odpłuży całej szerokości jezdni ulicy zleconej trasy utrzymania zimowego lub części zleconej trasy utrzymania zimowego (w przypadku zlecenia dotyczącego części trasy);

wynagrodzenie Wykonawcy ustalone w oparciu o ceny jednostkowe netto wskazane w załączniku nr 10, zostanie pomniejszone o 25% w odniesieniu do trasy utrzymania zimowego lub części zleconej trasy utrzymania zimowego (odcinka jezdni ulicy) na którym stwierdzono

ww. nieprawidłowości.

2) W przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, lit. a) i b) niniejszego paragrafu gdy Wykonawca nie poprawi (usunie) wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości, w ciągu 60 minut od zgłoszenia, Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za całą trasę utrzymania zimowego, na której stwierdzone zostały nieprawidłowości w wykonywanych pracach - wskazane w protokole kontroli.

Zamawiający dodatkowo naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną:

a) w wysokości 1 500 zł od każdej zakwestionowanej trasy utrzymania zimowego (dot. akcji ALFA, BETA, BETA-S, INTERWENCJA),

b) w wysokości 500 zł od każdego zakwestionowanego odcinka jezdni ulicy (dot. działań INTERWENCJA, INTERWENCJA-BOCZNE JEZDNIE, INTERWENCJA-KRUSZYWO w przypadku, gdy zlecony jest odcinek jezdni ulicy a nie cała trasa utrzymania zimowego),

c) w wysokości 500 zł od każdej zakwestionowanej trasy utrzymania zimowego w przypadku akcji, INTERWENCJA - BOCZNE JEZDNIE, INTERWENCJA - KRUSZYWO, gdy Zamawiający zleci całą trasę utrzymania zimowego.

3) Wyżej wymienione kary będą naliczane do czasu usunięcia nieprawidłowości, za każde rozpoczęte kolejne 60 min. opóźnienia, liczone od zgłoszenia Zamawiającego.

4) W przypadku, gdy Wykonawca w terminach określonych w załączniku nr 1, nie posypie co najmniej 90% szerokości jezdni ulicy trasy utrzymania zimowego - obejmującej niebezpieczne odcinki jezdni ulic (GAMMA) nie otrzyma wynagrodzenia za całą trasę utrzymania zimowego obejmującą niebezpieczne odcinki jezdni ulic, na której zgłoszone zostały nieprawidłowości w wykonywanych pracach, wskazane w protokole kontroli.

5) W przypadku określonym w ust. 1 pkt 4, gdy Wykonawca nie poprawi (usunie) wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości, w ciągu 30 minut od zgłoszenia, Zamawiający dodatkowo naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 1 500 zł od każdej zakwestionowanej trasy utrzymania zimowego obejmującej niebezpieczne odcinki jezdni ulic (GAMMA),

6) Wyżej wymienione kary będą naliczane do czasu usunięcia nieprawidłowości, za każde rozpoczęte kolejne 30 min. opóźnienia, liczone od zgłoszenia Zamawiającego.

7) Za opóźnienie w dojeździe w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO lub REJON w normach czasowych, o których mowa w cz. III ust. 3 załącznika nr 1 do umowy (z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń losowych zaistniałych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy), Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 150 zł za każde rozpoczęte 30 minut opóźnienia. Kara naliczana będzie w odniesieniu do każdej opóźnionej jednostki sprzętowej, a łączna kara za opóźnienia w odniesieniu do jednej zleconej akcji, dla jednej jednostki sprzętowej nie przekroczy 450 zł.

8) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł za zasypanie, w trakcie wykonywania zleconych prac, terenów przyległych (chodników, trawników, przystanków ZTM itp.):

- a) środkami do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej,
- b) spłuzonym śniegiem,
- c) błotem pośniegowym.

Kara będzie naliczana od każdej trasy utrzymania zimowego, lub części trasy utrzymania zimowego (w przypadku zlecenia dotyczącego części trasy), na której stwierdzono ww. zdarzenie.

9) Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 1 000 zł za każdy stwierdzony przypadek:

- a) dysponowania lub stosowania środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej przeznaczonych do realizacji umowy, niezgodnych z wymaganiami określonymi w części IV ust. 1 załącznika nr 1 (w przypadku kruszywa dodatkowo załącznika nr 2 w części III ust. 1 pkt. 1) do umowy,
- b) stosowania środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej niezgodnych z wydaną przez Zamawiającego dyspozycją/technologią za każde stwierdzone zdarzenie/jednostkę sprzętową, na której stwierdzono niewłaściwy środek. Poprawki w ramach zleconej akcji muszą być wykonywane środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej zgodnym z wydaną przez Zamawiającego dyspozycją,
- c) braku solanki w ramach zleconych działań środkiem NaCl w odniesieniu do każdej jednostki sprzętowej, na której stwierdzono powyższe nieprawidłowości.

10) Za stwierdzony mniejszy niż wymagany do umowy zapas środków do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną, w przypadku:

a) mniejszej ilości niż wymagany w załączniku nr 1 cz. II ust. 2 w wysokości 10 000 zł za zdarzenie;

b) mniejszej ilości niż wymagany w załączniku nr 2 cz. I (dotyczy kruszywa), w wysokości 1 000 zł za zdarzenie.

11) W przypadku niezapewnienia Zamawiającemu w dowolnym czasie dostępu do zaplecza technicznego, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5 000 zł za zdarzenie.

12) W przypadku niewykonania w terminie określonym w załączniku 1 cz. III ust. 2 pkt 10 (z wyjątkiem niesprzyjających warunków atmosferycznych lub innych przyczyn niezależnych od Wykonawcy), pozimowego doczyszczania tras utrzymania zimowego, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 2 500 zł za każdy dzień zwłoki.

13) W przypadku realizacji prac doczyszczania tras utrzymania zimowego bez włączonego i sprawnie działającego systemu zraszania w trakcie wykonywania robót, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł od każdego zaistniałego zdarzenia.

14) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł w przypadku stwierdzenia zanieczyszczenia na terenach przyległych do powierzchni oczyszczanych lub pozostawienia urobku na oczyszczanej trasie. Kara będzie naliczana od każdej trasy, na której stwierdzono ww. zdarzenia.

15) Niezależnie od nałożonych kar Wykonawca zobowiązany jest do bezzwłocznego usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości w ramach zleconych prac, na własny koszt i ryzyko. O usunięciu nieprawidłowości Wykonawca powiadomi Zamawiającego za pomocą Platformy Spedio lub/i e-mail. Prawidłowe wykonanie prac potwierdzone zostanie protokołem z rekontroli stwierdzającym usunięcie nieprawidłowości.

16) W przypadku niewykonania w wyznaczonym terminie prac sprzątnięcia jezdni ulic, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 500 zł. Kara będzie naliczana do momentu prawidłowego wykonania prac za każde rozpoczęte 24 godziny.

2. Kary umowne związane z oczyszczaniem letnim:

1) Za nieterminowe oczyszczenie określone w części IV ust. 1 pkt 5 w załączniku nr 3 tj. sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy oczyszczania letniego w Wariancie podstawowym lub oczyszczania w Wariancie rozszerzonym jeżeli Wykonawca w ofercie zadeklarował taki sposób realizacji prac, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o następujące kwoty:

a) 20% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy oczyszczania letniego – w przypadku usunięcia nieprawidłowości w ciągu 6 godzin od wyznaczonego terminu wykonania,

- b) 50% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy oczyszczania letniego - w przypadku usunięcia nieprawidłowości w czasie dłuższym niż 6 godziny lecz nie dłuższym niż 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy oczyszczania letniego,
- c) 100% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy oczyszczania letniego - w przypadku opóźnienia w usunięciu nieprawidłowości w czasie przekraczającym 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 500 zł w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy oczyszczania letniego.
- 2) Jeżeli Wykonawca zobowiązał się do realizacji Sprzątnięcia jezdni ulic w Wariancie rozszerzonym, w przypadku niewykonania zmywania jezdni w ramach Sprzątnięcia jezdni ulic w Wariancie rozszerzonym (określonym w części II ust. 3 w załączniku 3) w terminie, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 5 000 zł za jedno naruszenie, w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy oczyszczania letniego.
- 3) Wykonawca zobowiązuje się usunąć stwierdzone nieprawidłowości w ramach zleconych prac na własny koszt i ryzyko. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca powiadomi Zamawiającego za pomocą Platformy Spedio. Prawidłowe wykonanie prac potwierdzone zostanie protokołem z rekontroli stwierdzającym usunięcie nieprawidłowości.
- 4) W przypadku sprzątnięcia bez włączonego i sprawnie działającego systemu zraszania w trakcie wykonywania zleconych prac, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł od każdego zaistniałego zdarzenia.
- 5) Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł w przypadku stwierdzenia zanieczyszczenia na terenach przyległych do powierzchni oczyszczanych lub pozostawienia urobku na oczyszczanej trasie. Kara będzie naliczana od każdej trasy, na której stwierdzono ww. zdarzenie, po przekroczeniu terminu określonego w cz. IV ust. 1 pkt 5 załącznika 3.
3. Za brak raportu (dot. GPS) z wymaganymi informacjami określonymi w załączniku 4 ust. 8 i 9 Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 100 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przekazała tych danych.
4. Za brak sygnału z satelitarnego systemu lokalizacji i kontroli pracy GPS z jednostek sprzętowych podczas realizacji zleconych prac, jeżeli dane nie zostaną uzupełnione o dane z wewnętrznego urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin od powiadomienia, Zamawiający naliczy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 300 zł, za każdy stwierdzony przypadek.

5. *W przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS) z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych prac, o ile będzie ona dłuższa niż 10 minut, a dane nie zostaną uzupełnione o dane z urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 150 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przekazuje wymaganych informacji GPS.*
6. *Jeżeli w trakcie kontroli przeprowadzanej zgodnie z § 6 ust. 6 przed rozpoczęciem sezonu zimowego oraz letniego Wykonawca nie będzie dysponował jednostkami sprzętowymi określonymi w załączniku nr 11 Zamawiający:*
 - 1) *naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 2 000 zł w odniesieniu do każdej brakującej jednostki sprzętowej o której mowa w § 6 ust. 7 pkt. 3 lit. a.*

Jeżeli Wykonawca nadal nie usunie ww. nieprawidłowości po terminie określonym w §6 ust. 7 pkt 2, Zamawiający ostatecznie wezwie Wykonawcę i wyznaczy termin, który nie przekroczy 10 dni na spełnienie ww. warunku. Przez ten czas naliczana będzie Wykonawcy kara umowna w wysokości 1 000 zł w odniesieniu do każdej brakującej jednostki sprzętowej za każdy dzień opóźnienia;
 - 2) *naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 10 000 zł w odniesieniu do każdej brakującej jednostki sprzętowej, o której mowa w §6 ust. 7 pkt. 3 lit. b i lit c.*

Jeżeli Wykonawca nadal nie usunie ww. nieprawidłowości po terminie określonym w §6 ust. 7 pkt 2, Zamawiający ostatecznie wezwie Wykonawcę i wyznaczy termin, który nie przekroczy 10 dni na spełnienie ww. warunku. Przez ten czas naliczana będzie Wykonawcy kara umowna w wysokości 2 000 zł w odniesieniu, do każdej brakującej jednostki sprzętowej za każdy dzień opóźnienia.
7. *Jeżeli podczas kontroli realizacji prac, Zamawiający stwierdzi w strefie zdefiniowanego obszaru ZERO (dotyczy sezonu zimowego) lub REJON brak wymaganej liczby jednostek sprzętowych lub niespełnianie przez daną jednostkę kryteriów technicznych określonych w załączniku nr 1 cz. II ust. 3, pkt 1, 2, 3 oraz w załączniku nr 3 cz. III ust. 1, pkt 2, 3, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości:*
 - 1) *10 000 zł – za każdy brakujący lub niespełniający ww. kryteriów pojazd elektryczny lub pojazd zasilany gazem ziemnym wskazany w załączniku nr 11,*
 - 2) *5 000 zł – za każdy brakujący lub niespełniający ww. kryteriów pojazd spalinowy wskazany w załączniku nr 11.*
8. *W przypadku naruszenia przez Wykonawcę zobowiązania określonego w § 11 do wykonywania czynności z zakresu kluczowych elementów zamówienia tj.: akcji posypywania o kryptonimie ALFA, GAMMA, wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5 000 zł, z zastrzeżeniem postanowień ust. 11.*

9. *W stosunku do Wykonawcy, który na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ zobowiązał się do wykonywania czynności z zakresu kluczowych elementów zamówienia tj.: akcji posypywania o kryptonimie ALFA, GAMMA, INTERWENCJA, wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę za każdy kolejny przypadek naruszenia obowiązku zatrudnienia - w wysokości 10 000 zł.*
10. *Za stosowanie urządzeń wydmuchujących podczas realizacji prac określonych w umowie, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 4 000 zł za stwierdzone naruszenie. W przypadku powtórnego użycia urządzeń wydmuchujących Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni.*
11. *Zapłata kar umownych nie wyklucza prawa dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym, za szkodę rzeczywiście poniesioną i utracone korzyści.*

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. 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. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

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 współzycia 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 współzycia 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).*

Art. 487 § 2 KC stanowi, że *Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.*

Zarzuty okazały się bezzasadne.

Odwołujący Partner zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 139 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 5 oraz art. 353¹ KC przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:

- c) Zamawiający zastrzegł kary umowne rażąco wygórowane i nie przystające do charakteru naruszeń, odnośnie których je przewidziano (§7 załącznika nr 4 do SIWZ),
- d) opisanie kar umownych nastąpiło w sposób niejednoznaczny, w zakresie, w jakim Zamawiający odwołuje się do „opóźnienia” w wykonaniu usług (§7 ust. 1 pkt 3), pkt 6), pkt 7) oraz ust. 2 pkt 1) lit. c), oraz ust. 6 pkt 1) i 2) Załącznika nr 4 do SIWZ „Wzór umowy”),
- e) opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony oraz w sposób wewnętrznie sprzeczny (§7 załącznika nr 4 do SIWZ).

Co do zarzutu, że kary umowne są rażąco wygórowane i nie przystające do charakteru naruszeń, odnośnie których je przewidziano, Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący Partner sp. z o.o. sp. k. nie przedstawił w odwołaniu jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego. Nie ulega wątpliwości, że kary umowne spełniają rolę odszkodowawczą i rolę odstraszającą (motywującą). Jeśli odwołujący Partner kwestionował wysokość kar umownych uważając, że są one wygórowane w sposób „rażący”, to powinien wykazać zasadność zarzutu. Wzięto pod uwagę, że w odwołaniu próżno było szukać jakichkolwiek wywodów co do porównania szkody grożącej zamawiającemu w wyniku naruszenia jakiegoś obowiązku umownego z wysokością kary umownej (element odszkodowawczy kary umownej). Odwołujący Partner nie przedstawił w odwołaniu także jakiegokolwiek wyводу na temat tego, jaka jest wysokość pozostałej, czyli motywującej części kary umownej. Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego ta część kary jest zbyt wysoka i to w sposób „rażący”. W odwołaniu zabrakło jakiegokolwiek argumentacji faktycznej w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że w odwołaniu próżno było szukać też jakiegokolwiek argumentacji o tym, która z kar umownych przewidzianych we wzorze umowy i dlaczego miałyby „nie

przystawać do charakteru naruszeń” odnośnie których je przewidziano. W §7 wymieniono wszystkie kary umowne. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Co do zarzutu, że opisanie kar umownych nastąpiło w sposób niejednoznaczny, w zakresie, w jakim zamawiający odwołuje się do „opóźnienia” w wykonaniu usług (§7 ust. 1 pkt 3), pkt 6), pkt 7) oraz ust. 2 pkt 1) lit. c), oraz ust. 6 pkt 1) i 2) załącznika nr 4 do SIWZ „Wzór umowy”), to tak opisany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący Partner kwestionował w tym fragmencie odwołania jedynie niejednoznaczność sformułowania „opóźnienie”. Zdaniem Izby sformułowanie „opóźnienie” jest jednoznaczne i oznacza po prostu uchybienie terminowi wykonania obowiązku umownego. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut, iż opisanie kar umownych nastąpiło w sposób niejednoznaczny i niedookreślony oraz w sposób wewnętrznie sprzeczny (§7 załącznika nr 4 do SIWZ) nie został w ogóle uzasadniony. Ponadto, w §7 wymieniono wszystkie kary umowne. Zarzut ten podlegał zatem oddaleniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący Partner argumentował ponadto, że zmiana § 7 ust. 1 pkt 3) i 5) wzoru umowy poprzez wskazanie wykonawcy 30 minut (liczone od momentu zgłoszenia zakończenia akcji) na żądanie usunięcia nieprawidłowości dawało będzie wykonawcy realną szansę na usunięcie tych nieprawidłowości w ciągu kolejnych 30 minut i tym samym uniknięcie dodatkowych kar umownych. Zdaniem odwołującego brak takiego ograniczenia czasowego i pozwolenie na występowanie z żądaniem po zakończeniu akcji, gdy pojazdy wykonawcy zjadą do bazy powoduje fizyczną niemożliwość usunięcia nieprawidłowości w ciągu tych 30 min.

Odnosząc się tak przedstawionego zarzutu Izba stwierdziła, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał aby w postulowanym przez niego terminie 30 minut było możliwe przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania kontrolnego stanu utrzymania dróg w całym obsługiwanym, obszernym nieraz rejonie. Przyjęcie stanowiska odwołującego oznaczałoby, że - biorąc pod uwagę rozległość rejonów - zamawiający musiałby de facto cały czas swymi pojazdami poruszać się za pojazdami wykonawcy i w ten sposób kontrolować sposób wykonania usługi, tak aby zmieścić się w owych postulowanych 30 minutach.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący Partner sp. z o.o. sp. k. podniósł ponadto, że kara przewidziana w § 7 ust. 1 pkt 4 załącznika nr 4 do SIWZ pozostaje bez jakiegokolwiek związku z zawinieniem wykonawcy. Według odwołującego brak posypania 90% jezdni na bardzo krótkim odcinku daje zamawiającemu prawo do odmowy wynagrodzenia za cały

odcinek. Sytuacja taka miała powodować, wg odwołującego, nieuzasadnione wzbogacenie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zamawiający w kwestionowanym postanowieniu §7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy przewidział, że *w przypadku, gdy Wykonawca w terminach określonych w załączniku nr 1, nie posypie co najmniej 90% szerokości jezdni ulicy trasy utrzymania zimowego - obejmującej niebezpieczne odcinki jezdni ulic (GAMMA) nie otrzyma wynagrodzenia za całą trasę utrzymania zimowego obejmującą niebezpieczne odcinki jezdni ulic, na której zgłoszone zostały nieprawidłowości w wykonywanych pracach, wskazane w protokole kontroli.*

Analiza spornego postanowienia wzoru umowy prowadziła do wniosku, czego odwołujący nie dostrzegł, że kara obejmuje nieposypanie 90% szerokości jezdni, ale obejmującej „niebezpieczne odcinki jezdni”. Kara nie dotyczyła więc wszystkich odcinków tras utrzymania zimowego, lecz tylko odcinków newralgicznych.

Co do argumentu odwołującego, że kwestionowana kara ma powodować nieuzasadnione wzbogacenie zamawiającego Izba stwierdziła, że mając na uwadze istotę tej kary, o czym mowa wyżej, nie sposób twierdzić, że gdy dojdzie do jej naliczenia za nieposypanie 90% niebezpiecznych odcinków jezdni, to dojdzie do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego. Zamawiający zidentyfikował te obszary jezdni, które wymagają szczególnej uwagi przy realizacji usługi, której efekt ma gwarantować bezpieczeństwo użytkowników, tym samym zasadne jest określenie kar umownych za brak należytej realizacji usługi w tych obszarach. Ponadto, na całym odcinku byłby problem z identyfikacją 90%, dlatego tylko newralgiczne miejsca zostały poddane tej identyfikacji. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Izba nie rozpoznawała zarzutu, że kara umowna zastrzeżona w postanowieniu §7 ust. 1 pkt 4 wzoru miała prowadzić do podwójnego karania wykonawcy, to jest przez brak wynagrodzenia wykonawcy i jednocześnie nałożenie kary. Wzięto pod uwagę, że zarzut ten odwołujący Partner przedstawił dopiero w trakcie rozprawy. Taki zarzut należało uznać za niedopuszczalny zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

W związku z powyższym zarzuty podlegały oddaleniu.

14. Zarzut dotyczący nieuwzględnienia pojazdów patrolowych i pojazdów do dowozu pracowników (sygn. akt KIO 2152/20)

Ustalono, że w § 3 ust. 9 wzoru umowy zamawiający wskazał, co następuje: *Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia, w ramach jednostek sprzętowych użytych do realizacji umowy, odpowiedniej liczby pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem*

ziemnym, określonej w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (dalej Ueipa) (Dz. U. z 2020 r. poz. 908 z późn. zm.). Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, począwszy od dnia 1 stycznia 2022 r. udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów zasilanych gazem ziemnym wnosi co najmniej 10% łącznej liczby pojazdów użytkowanych do realizacji zamówienia.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 11 i 12 do umowy zamawiający wymienił pojazdy do realizacji zamówienia, obejmujące następujące grupy: pługopospypywarki, pługi, zestawy płużąco-sypiące, zamiatarki, zmywarki.

W załączniku nr 11 i 12 do umowy nie wymieniono pojazdów patrolowych lub brygadowych (okoliczność bezsporna).

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.*

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.*

Art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych tj. z dnia 7 maja 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 908) stanowi, że *Jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r., wykonuje lub zleca wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotowi, którego udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%.*

Zarzut okazał się bezzasadny.

Odwołujący Byś domagał się w odwołaniu nakazania zamawiającemu zmiany załącznika nr 11 do wzoru umowy „Wymagana liczba sprzętu do realizacji zamówienia” przez wskazanie wśród wymaganego sprzętu pojazdu patrolowego i innego pojazdu przeznaczonego do dowozu na rejon brygad sprzętujących, co winno skutkować stosowną modyfikacją załącznika nr 12 do wzoru umowy.

Izba stwierdziła, że odwołujący Byś nie podał, jaka według niego jest wymagana liczba pojazdów patrolowych i brygadowych w poszczególnych rejonach. Nie wykazał zatem niezbędnej, minimalnej liczby takich pojazdów koniecznej do wykonania umowy. W związku z powyższym Izba nie mogła nakazać zmiany załącznika nr 11 i 12 do umowy.

Należało zgodzić się z odwołującym Byś, że w świetle art. 68 ustawy o elektromobilności zasadnym jest, aby udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów zasilanych gazem ziemnym wynosił co najmniej 10% łącznej liczby pojazdów użytkowanych do realizacji zamówienia. Przepis ten dotyczył więc łącznej liczby pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia.

Odwołujący Byś nie zdołał jednak wykazać, że sposób świadczenia przez niego usługi, to jest przy wykorzystaniu bliżej niesprecyzowanej liczby pojazdów brygadowych czy patrolowych, jest jedynym możliwym sposobem świadczenia usługi, który musi być tożsamy dla każdego z wykonawców. Odwołujący Byś wykazał jedynie, że niektóre części pasa jezdni będą wymagały ręcznego doczyszczenia. Powyższe wynikało z dowodu nr 27 obejmującego fotografię, na których zaprezentowano pojazdy stojące na terenie pasa jezdni, którego sprzątnięcie w tej sytuacji może wymagać ręcznego doczyszczenia. Powyższe nie jest jednak równoznaczne z bezwzględną koniecznością użycia pojazdów patrolowych i brygadowych do doczyszczenia takiego pasa. Możliwe są inne sposoby organizacji pracy wykonawców.

Zdaniem Izby niewiele wnosił do sprawy złożony przez odwołującego Byś dowód nr 26, który obejmował jedynie sporządzone przez samego wykonawcę zestawienie tras przejazdu pojazdów patrolowych i brygadowych na mapach. To, że na mapach rzeczywiście znajdują się trasy przejazdu pojazdów patrolowych i brygadowych nie wynikało z samego dowodu.

Przy wyrokowaniu Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji odwołującego Byś przedstawionej w piśmie z dnia 4 stycznia 2021 r. Pismo to wpłynęło do Izby 4 stycznia 2021 r. o g. 15.21, a więc po zamknięciu rozprawy, co nastąpiło 4 stycznia 2021 r. o g. 11.35. Ponadto, do pisma tego nie mogła się odnieść strona przeciwna.

W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

15. Zarzut dotyczący liczby sprzętu do realizacji zamówienia określonej w załączniku nr 11 do umowy (sygn. akt KIO 2145/20)

Ustalono, że w załączniku nr 11 do umowy zamawiający określił wymaganą liczbę sprzętu do realizacji zamówienia, wymieniając m.in. następujący sprzęt:

I. UTRZYMANIE ZIMOWE

Rejon/część	Pługoposypywarki		Pługoposypywarki EURO6	Pojazd elektryczny lub zasilany gazem	Pługi	Zestaw pługosypiący
	Liczba (szt.)					
	„ALFA” min.	w tym „GAMMA”				
I.	15	3			6	1
II.	11	2			6	1
III.	11	2			6	1
IV.	8	2			3	1
V.	11	1			4	1
VI.	12	4			7	1
VII.	8	1			5	1
VIII.	10	3			9	1
IX.	16	6			10	1
X.	14	4			7	1
XI.	9	3			4	1
XII.	11	2			3	1
XIII.	9	3			5	1
XIV.	13	4			8	1
XV.	9	2			5	1

II. OCZYSZCZANIE LETNIE

Rejon/część	Zamiatarki	Zamiatarki elektryczne lub zasilane gazem ziemnym
	Liczba	Liczba
	(w szt.)	(w szt.)
I.	1	
II.	1	
III.	2	

IV.	1	
V.	1	
VI.	2	
VII.	1	
VIII.	1	
IX.	2	
X.	1	
XI.	1	
XII.	1	
XIII.	1	
XIV.	2	
XV.	1	

Zarzut okazał się bezzasadny.

Odwołujący Remondis zarzucił, że zamawiający w załączniku nr 11 do umowy określił wymaganą liczbę sprzętu do realizacji zamówienia (ilości pługoposypywarek oraz zamiatarek) w sposób nieproporcjonalny do zakresu poszczególnych rejonów. Domagał się nakazania zamawiającemu określenia w załączniku nr 11 do umowy wymaganej liczby sprzętu do realizacji zamówienia (ilości pługoposypywarek oraz zamiatarek) w sposób proporcjonalny do zakresu (obszaru) poszczególnych rejonów (z wyłączeniem rejonu IX i X), tj. poprzez przyjęcie, że na jedną jednostkę sprzętową przypada w przypadku pługoposypywarki: 14,5 km, a w przypadku zamiatarki: 51 km.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący Remondis nie wykazał, dlaczego akurat przyjęcie na jedną jednostkę sprzętową w przypadku pługoposypywarki 14,5 km, a w przypadku zamiatarki - 51 km, miało być właściwe. Odwołujący Remondis przez dowód nr 2 zdołał jedynie wykazać, że pomiędzy rejonami występują rozbieżności w liczbie km przypadających na 1 pługoposypywarkę i 1 zamiatarkę.

Odwołujący Remondis nie wykazał jednak, że tylko długość jezdni utrzymywanych w ramach danego rejonu musi być jedynym czynnikiem decydującym o ustaleniu liczby pojazdów niezbędnych do obsłużenia rejonu. Zdaniem Izby zamawiający miał również prawo uwzględnić czas wykonania danych prac oraz specyfikę układu komunikacyjnego w danym rejonie. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że czasochłonność utrzymania tras o tym samym kilometrażu może się znacznie różnić. Przykładowo relatywnie krótkie mosty ze względu na swą specyfikację muszą być utrzymywane przy użyciu większej

liczby sprzętu. Analogiczna sytuacja dotyczy tras przyspieszonego ruchu z dużą liczbą zjazdów z estakad, co powoduje, że konieczne jest częste zjeżdżanie i wjeżdżanie w innym miejscu utrzymywanej trasy. Utrzymanie 1 km takiej trasy wymaga większego zaangażowania niż utrzymanie 1 km prostej, liniowej jezdni z jednopoziomowymi skrzyżowaniami.

W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

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, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 14 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4, 7, 12, 15, 17, 18, 19, 20 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, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 14 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4, 7, 12, 15, 17, 18, 19, 20 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 art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na wadliwym opisanu sposobu obliczenia ceny w postaci limitów cen jednostkowych, 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, 5, 8, 10, 13 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2, 5, 8, 10, 13 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3, 6, 9, 11, 14 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, 6, 9, 11, 14 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.*

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 R. S. 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 2128/20 Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 8 zarzutów rozpoznawanych merytorycznie zasadny okazał jeden zarzut, zaś bezzasadne – 7 zarzutów. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/8 do 7/8. Odpowiedzialność za wynik 7/8 całości postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Polsuper, zaś za 1/8 – zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2128/20 składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący Polsuper 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 16.275 zł (18.600 zł x 7/8). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 2.325 zł

(18.600 zł – 16.275 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie KIO 2145/20 Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 6 zarzutów rozpoznawanych merytorycznie zasadny okazał jeden zarzut, zaś bezzasadne – 5 zarzutów. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/6 do 5/6. Odpowiedzialność za wynik 5/6 całości postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Remondis, zaś za 1/6 – zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2145/20 składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący Remondis 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 15.500 zł (18.600 zł x 5/6). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3.100 zł (18.600 zł – 15.500 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie KIO 2146/20 Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 6 zarzutów rozpoznawanych merytorycznie zasadny okazał jeden zarzut, zaś bezzasadne – 5 zarzutów. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/6 do 5/6. Odpowiedzialność za wynik 5/6 całości postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Partner, zaś za 1/6 – zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2146/20 składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący Partner 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 15.500 zł (18.600 zł x 5/6). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3.100 zł (18.600 zł – 15.500 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie KIO 2148/20 Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 2 rozpoznawanych zarzutów zasadny okazał jeden zarzut, zaś bezzasadny – jeden zarzut. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2. Odpowiedzialność za połowę kosztów

postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Suez, zaś za drugą połowę – zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2148/20 składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący Suez 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 9.300 zł (18.600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 zł – 9.300 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie KIO 2152/20 Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 3 rozpoznawanych zarzutów zasadny okazał jeden zarzut, zaś bezzasadne – dwa zarzuty. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/3 do 2/3. Odpowiedzialność za wynik 2/3 całości postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Byś, zaś za 1/3 – zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2152/20 składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący Byś 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 12.400 zł (18.600 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 6.200 zł (18.600 zł – 12.400 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 postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 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:

.....