

**WYROK**  
**z dnia 31 marca 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie:** **Ryszard Tetzlaff**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Edyta Skowrońska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie w dniu/~~w dniach~~ 31 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jasielska 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Poznaniu, ul. Wilczak 16** protestu ~~protestów~~ z dnia 20 lutego 2008r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx – po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie :**

- a) określenia minimalnych gwarantowanych zakresów rzeczowych, które Zamawiający zobowiązuje się zlecić w formie zleceń uzupełniających w ramach umowy dla każdego z zadań z uwzględnieniem równomiernego rozłożenia zleceń przy uwzględnieniu ich sezonowości oraz obszaru Rejonu w ramach którego realizowane jest zlecenie,**

**b) wprowadzenie do pkt III.1.6. SIWZ definicji cyklu,**

**c) modyfikację pkt III.2.5 poprzez zmianę terminu realizacji interwencyjnego opróżniania koszy z 2 do 6 godzin.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Poznaniu, ul. Wilczak 16** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jasielska 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Poznaniu, ul. Wilczak 16** na rzecz **Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jasielska 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xx. gr (słownie: xxxx ) przez xxxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jasielska 7**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na letnie oczyszczanie pasów drogowych miasta Poznania w 2008r. – sprzątanie jezdni, chodników i placów miejskich, przejść podziemnych i kładek, opróżnianie koszy ulicznych, koszenie i usuwanie zanieczyszczeń z poboczy i terenów zielonych zostało wszczęte przez Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Poznaniu, ul. Wilczak 16, zwanego dalej Zamawiającym, ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji WE nr 2008/S 30-040659 w dniu 13 lutego 2008r.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (w skrócie SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego [www.zdm.poznan.pl](http://www.zdm.poznan.pl) w dniu 13 lutego 2008r.

Na treść tej SIWZ wniósł w dniu 20 lutego 2008r. bezpośrednio do Zamawiającego, protest Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański sp. j. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jasielska 7, zwany dalej Odwołującym. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt. 6 i 7 poprzez wprowadzenie do wzoru umowy § 4 ust. 2, który stanowi wymuszenie akceptacji warunku dotyczącego sposobu ustalania cen w przypadku realizacji zamówień uzupełniających. Zamawiający oczekiwał bezprawnie, że wykonawcy będą rozliczać zamówienia uzupełniające według cen wynikających z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. A zamówień uzupełniających udziela się w trybie zamówienia z wolnej ręki i zawiera się odrębną umowę i wcześniejszym wynegocjowaniu warunków realizacji z jednym wykonawcą. Ponadto Zamawiający przewidział zlecenia interwencyjne, które nie są znane ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 nr 223 poz. 1655) – zwanej dalej ustawą. Dla tych zleceń przewidział w umowie stawki M3, F, Z3, Z4, P, R określając jednocześnie, że są to zamówienia uzupełniające. Odwołujący uważał, że tak nie jest, a udzielanie zamówień, które wykraczają poza obszar ilościowy zamówienia może być dokonywane jedynie w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 6 i 7 ustawy. Odwołujący podał wykładnię językową słowa „interwencja”. Podniósł także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 2 pkt. 13 ustawy wskazując, że cena za interwencyjne opróżnianie koszy nie została wydzielona z ceny „K”, jak miało to miejsce w przypadku cen M3, Z, Z3, Z4. Włączenie ceny za interwencyjne opróżnianie koszy w ilości stanowiącej 15% ich ogólnej liczby w rejonie nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty, z uwagi na nieznaną rzeczywistą ilość zleceń tego rodzaju. Podkreślił, że Zamawiający nie otrzyma ofert porównywalnych, bo oferty mogą być przez wykonawców kalkulowane w przedziale 0% - 15% ogólnej liczby opróżniania koszy w danym rejonie. Zamawiający nadto wymagał, aby poza cyklami 7, 14, 28 dniowymi wykonawca sprzątał na bieżąco w dniach pomiędzy cyklami, mimo nie przewidzenia możliwości skalkulowania ceny za tego rodzaju czynności. Sprzątanie pomiędzy cyklami jest niezależne od sprzątania zasadniczego i stanowi ewidentną część przedmiotu zamówienia. Takie rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego narusza zasadę odpłatności umów o zamówienie publiczne.

Zamawiający w dniu 22 lutego 2008r. (data przesłania faksów) wezwał pozostałych wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Do postępowania przyłączyli się :

1. SITA Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Nowotarska 27 w dniu 25 lutego 2008r., żądając uwzględnienia protestu Odwołującego,

2. Astra Usługi Wielobranżowe, Handel Aldona Wesołowska z siedzibą w Poznaniu, ul. Ścibora 88 w dniu 26 lutego 2008r., żądając rozstrzygnięcia protestu na korzyść Odwołującego,
3. Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Górecka 104 w dniu 26 lutego 2008r. także żądając uwzględnienia protestu.

Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu 6 marca 2008r. uwzględniając protest częściowo poprzez deklarację modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie ust. 2 z § 4 wzoru umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

W pozostałym zakresie Zamawiający protest oddalił podając, że Zamawiający zamawia działania kompleksowe w zakresie utrzymania czystości ulic, co obejmuje zarówno zadania realizowane obligatoryjnie (gwarantowane) jak i zadania nazwane interwencyjnymi, których nie można ściśle zaplanować co do czasu i miejsca realizacji, przez co mają charakter fakultatywny (niegwarantowany). Nie można utożsamiać zleceń uzupełniających w ramach umowy z zamówieniami uzupełniającymi. Jeżeli pakiet zadań interwencyjnych zostałby usunięty z SIWZ, to nie mógłby później być objęty zamówieniem uzupełniającym, a gdyby pozostał w opisie przedmiotu zamówienia, a nie był objęty żadną ceną składową, to umowa tak zawarta byłaby nieważna. Zadanie interwencyjne inicjuje interwencja Straży Miejskiej, Rady Osiedla, mieszkańca bądź dyżurnego patrolowego monitorującego ulice Poznania, wskazującego na pilną potrzebę podjęcia prac czystościowych w danym miejscu i czasie z uwagi na duży stopień zabrudzenia lub reprezentacyjny charakter miasta. Taka zasada jest stosowana w mieście Poznań od wielu lat. Zamawiający zobowiązał się do modyfikacji SIWZ poprzez informację, jakie minimalne gwarantowane zakresy rzeczowe zobowiązuje się zlecić w formie zleceń uzupełniających w ramach umowy dla każdego z zadań.

Odnosnie interwencyjnego opróżniania koszy, to Zamawiający wskazał, że takie opróżnianie jest niezbędne dla zapewnienia właściwej estetyki centrum miasta oraz warunków sanitarno-epidemiologicznych na osiedlach peryferyjnych. Kosze zapełniają się nierównomiernie i nie można z góry określić miejsca i czasu interwencji. Nie ma realnej możliwości rokowania wówczas z wykonawcami, bo opróżnianie musi nastąpić w ciągu 2 h od przesłania zgłoszenia faksem. Zamawiający wymaga, aby cena K zawierała w sobie dodatkowo koszt interwencyjnego opróżniania miesięcznie w ilości 15% ogólnej liczby koszy. Ponadto podnosi, że nieracjonalne jest oczekiwanie Odwołującego, żeby Zamawiający uruchamiał „zlecenie uzupełniające w ramach umowy” na całościowe oczyszczenie jezdni z pojedynczego zabrudzenia, skoro była niedawno oczyszczana. Dlatego Zamawiający kazał uwzględnić w cenach F7, F14 i F28 koszt jednokrotnego całościowego oczyszczenia grupy jezdni maszynami czyszczącymi oraz doczyszczczenia ręcznego i kosztu zbierania zabrudzeń w okresie od dnia poprzedniego cyklu do dnia danego oczyszczenia, będącego przedmiotem odbioru.

Z rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący i w dniu 11 marca 2008r. listem poleconym wniósł odwołanie. W tym samym dniu kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu bezpośrednio. Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski z wyjątkiem uwzględnionej części odwołania. W zakresie zleceń interwencyjnych wskazał, że oczekuje modyfikacji SIWZ poprzez podanie uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o wskazanie miejsc, gdzie mają być wykonywane zlecenia interwencyjne i włączenie ich do zadania podstawowego, albo wyłączenie z zakresu i zlecenie jako zamówienia uzupełniające. Odwołujący wskazał, że dla zleceń interwencyjnych nie może dokonać wizji lokalnej i określić wszystkich czynników mających wpływ na kalkulację ceny. Na ukształtowanie ceny ma wpływ ukształtowanie terenów, możliwość dojazdu, czy teren był sprzątny czy wykaszany. Z dotychczasowych doświadczeń Odwołującego wynika, że Zamawiający w ramach zleceń interwencyjnych zlecał do oczyszczania lub wykaszania miejsca i tereny zaniedbane od wielu lat, gdzie nakład pracy był wysoki, tak też było z oczyszczaniem ulic. Odwołujący wskazał, że to co Zamawiający przykładowo wskazuje jako przykład zlecenia interwencyjnego nie różni się niczym, od tego co przykładowo podaje jako zamówienie uzupełniające. Zamawiający oczekiwał także nierealnego wobec braku informacji w SIWZ terminu realizacji tych zleceń od 2-72 h. Odwołujący podał, że pojęcie „zlecenie” jest określeniem tożsamym z „zamówieniem” wedle wykładni językowej. Ponadto w SIWZ Zamawiający używa nieczytelnych i niezrozumiałych zapisów „zamówienia uzupełniające”, „prace interwencyjne”, „zlecenia uzupełniające”, co wprowadzało w błąd wykonawców. Odnośnie skalkulowania ceny za codzienne sprzątanie jezdni pomiędzy ustalonymi cyklami, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zrozumiał zarzutu. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego czynność sprzątania pomiędzy cyklami mechanicznego zmiatania wcale nie musi dotyczyć pojedynczych zabrudzeń, a przede wszystkim, żeby te pojedyncze zabrudzenia lokalizować to trzeba wprowadzić monitoring. Skoro Zamawiający płaci za stałe sprzątanie innych miejsc pasa drogowego, to nie rozumie Odwołujący, dlaczego nie chce zapłacić za sprzątanie jezdni. Ceny F7, F14 i F 28 dotyczą cykli i nie mogą obejmować jednocześnie kosztów sprzątania jezdni codziennie przez 27 dni. Odwołujący przywołał zapis SIWZ str. 9, gdzie Zamawiający oczekiwał mechanicznego oczyszczania, a ręczne mogło dotyczyć tylko tych miejsc, gdzie mechaniczne nie jest możliwe, ten zapis należy odnieść także do czyszczenia między cyklami. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu Modyfikacji SIWZ poprzez wyodrębnienie pozycji cenowej za wielokrotne w ciągu miesiąca sprzątanie pomiędzy ustalonymi cyklami. W zakresie zarzutu dotyczącego interwencyjnego opróżniania koszy Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ poprzez przewidzenie stawki cenowej za jednokrotne dodatkowe opróżnianie kosza ulicznego.

Izba dopuściła jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: SIWZ wraz z załącznikami, protokół wraz z załącznikami, wezwania skierowane do wykonawców w związku z wniesieniem protestu i odwołania.

***Izba ustaliła i zważyła, co następuje :***

Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy :

Definicje pojęć w pkt. III.1.6. :

1. **zadania (prace) interwencyjne** – rozumie się przez to zadania, których podjęcie wymaga uzupełniającego pisemnego zlecenia; przesyłane będą one drogą faksową z wyszczególnionym zakresem prac oraz terminem realizacji,
2. **zadania (prace) planowe** – rozumie się przez to zadania wykonywane wg zatwierdzonego przez Zamawiającego i stanowiącego załącznik do umowy harmonogramu, w którym określony jest czas (cykl) podejmowanych działań.

Zakresy fakultatywne Zamawiający przewidział w pkt III.2.1. SIWZ dotyczącym sprzątnia chodników, ścieżek rowerowych i placów miejskich, pkt III.2.5. SIWZ dotyczącym opróżniania i konserwacji koszy ulicznych, pkt III.2.6. SIWZ dotyczącym oczyszczania i koszenia poboczy bądź terenów zielonych, pkt III.2.7 SIWZ w przypadku jezdni, pkt III.2.9. SIWZ - Mycie ciśnieniowe cichych nawierzchni. Jednocześnie we wzorze umowy Zamawiający w § 3 ust. 1 określił, ceny składowe według jakich ma zostać obliczone wynagrodzenie.

Nadto w rozstrzygnięciu Zamawiający zobowiązał się do wykreślenia ust. 2 § 4 wzoru umowy oraz do podania informacji jakie minimalne zakresy rzeczowe zobowiązuje się zlecić w formie zleceń uzupełniających w ramach umowy.

Odwołujący w odwołaniu zaskarżył rozstrzygnięcie w zakresie oddalającym protest. Tym samym zarzut dotyczący naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy poprzez żądanie wskazania stałych cen dla zamówień uzupełniających został przez Zamawiającego uwzględniony w całości zgodnie z żądaniem Odwołującego i nie był przedmiotem postępowania odwoławczego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy poprzez objęcie przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszej sprawie zamówień uzupełniających, błędnie nazwanych przez Zamawiającego interwencyjnymi, obejmujących wykonanie usług sprzątnia chodników i ścieżek rowerowych oraz placów miejskich, oczyszczanie i koszenie poboczy bądź terenów zielonych, sprzątnie jezdni poza zakresem objętym pracami planowymi w innych miejscach niż wskazane przez Zamawiającego w zakresie rzeczowym zamówienia – załącznik nr 3 do SIWZ należy wskazać, że jest on uzasadniony o tyle, że Zamawiający nieprecyzyjnie opisał przedmiot zamówienia w zakresie zadań interwencyjnych, co powoduje, że wykonawca nie jest w stanie ich wycenić. Zamawiający co

prawda zadeklarował w rozstrzygnięciu protestu, że wprowadzi minimalny zakres rzeczowy przez niego gwarantowany w ramach zadań interwencyjnych, ale w tym zarzucie protest oddalił, a modyfikacji nie dokonał. Zadania interwencyjne nie są zamówieniami uzupełniającymi, gdyż są one przez Zamawiającego zaplanowane do realizacji w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest w stanie podać minimalny zakres rzeczowy tych zadań, choćby na podstawie analizy wcześniejszych Zamówień na te same usługi w poprzednich latach oraz mając rozeznanie w zakresie stanu dróg jakie ma w swoim zarządzie. Nie jest natomiast możliwe wskazanie w sposób jednoznaczny wszystkich sytuacji, w których konieczne jest wykonanie zadania interwencyjnego na obszarach nie wskazanych w wykazie załączniku nr 3 z podaniem miejsc, jak oczekuje tego Odwołujący. Zadania interwencyjne mogą być wynikiem poleceń wydawanych Zamawiającemu przez poszczególne służby do tego uprawnione, a nadto jak wyjaśniał na rozprawie Zamawiający część tego typu zadań wykonują Rady Osiedli, Zakłady Pracy, szkoły czy też inne instytucje społeczne, które nie mają obowiązku powiadamiania Zamawiającego ze znacznym wyprzedzeniem o podejmowanych inicjatywach. Jednakże Zamawiający musi przyjąć na siebie ryzyko zagwarantowania wykonawcom wynagrodzenia na takim poziomie, aby mogli oni wykonać zamówienie i osiągnąć zysk. W tej sytuacji konieczne jest zmodyfikowanie SIWZ poprzez podanie minimalnych gwarantowanych zakresów rzeczowych w ramach zadań interwencyjnych. Ponadto konieczne jest nakazanie Zamawiającemu określenia sposobu realizacji zadań interwencyjnych w taki sposób aby uwzględniał on możliwość wykonania zamówienia przez wykonawców, a więc równomiernego rozłożenia w czasie zadań interwencyjnych z uwzględnieniem sezonowości tych prac, tak aby wykonawcy mieli możliwość wykonania zadań interwencyjnych bez trudności w realizacji zadań planowych. Wykonawcy jednak także muszą zgodzić się przyjąć na siebie część ryzyka związanego z wykonaniem umowy, gdyż z charakteru zadań interwencyjnych wynika, iż nie jest możliwa precyzyjna lokalizacja ich wykonania. Potrzeba Zamawiającego może być spowodowana warunkami atmosferycznymi czy wzmożonym ruchem turystycznym czy transportowym. Nie są to okoliczności zależne od Zamawiającego, a utrzymanie stanu dróg w należytym stanie jest niezbędne. Dlatego wykonawcy powinni uwzględnić te okoliczności przy kalkulacji ceny. Mając to na uwadze Izba nakazuje Zamawiającemu określenie minimalnych gwarantowanych zakresów rzeczowych, które Zamawiający zobowiązuje się zlecić w formie zleceń uzupełniających w ramach umowy dla każdego z zadań z uwzględnieniem równomiernego rozłożenia zleceń przy uwzględnieniu ich sezonowości oraz obszaru Rejonu w ramach którego realizowane jest zlecenie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 13 ustawy poprzez nie wyodrębnienie przez Zamawiającego stawki cenowej za jednokrotne opróżnienie kosza w zakresie zadania interwencyjnego oraz nie wyodrębnienie pozycji cenowej za wielokrotne w ciągu miesiąca sprzątanie pomiędzy ustalonymi cyklami, Izba uwzględnia zarzut jedynie częściowo to jest poprzez nakazanie wprowadzenia definicji cyklu, gdyż z dotychczasowego brzmienia SIWZ nie można ustalić czy przez cykl należy rozumieć oczyszczanie ulic z piasku i innych zanieczyszczeń jednokrotnie w ramach cyklu, czy też systematycznie codziennie w ramach cyklu usuwanie zanieczyszczeń i w ostatnim dniu cyklu dokonywanie mechanicznego oczyszczenia jezdni i całych powierzchni skrzyżowań. Brak precyzji w określeniu tego zapisu SIWZ uniemożliwia wykonawcom skalkulowanie ceny za tę usługę. Zamawiający ma obowiązek określić przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący i precyzyjny, a brak definicji cyklu może rodzić wątpliwości interpretacyjne pomiędzy wykonawcami i w efekcie prowadzić do złożenia ofert nieporównywalnych. Jednocześnie biorąc pod uwagę, że Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że interwencyjne opróżnianie koszy w ilości przekraczającej 15% ogólnej liczby koszy w danym rejonie, nie będzie obciążało wykonawców, ale zostanie zlecone służbie – Pogotowie Czystości, Izba stoi na stanowisku, że żądana w tym zakresie modyfikacja SIWZ przez Odwołującego jest zbyt daleko idąca, gdyż znając zakres zwiększenia ilości opróżnianych koszy w miesiącu, wie o jaką kwotę należy podwyższyć swoje wynagrodzenie, aby skalkulować cenę na opłacalnym dla siebie poziomie. Jednakże Izba zauważa, że zakreślony termin interwencyjnego opróżniania kosza wskazany w SIWZ – 2 h, znacznie utrudnia prawidłową kalkulację ceny w tym zakresie, gdyż powoduje konieczność dodatkowego uruchomienia ludzi i sprzętu, której nie można powiązać z innymi czynnościami w ramach sprzątania. Izba nakazuje zatem modyfikację czasu interwencji z 2 do 6 h przy uwzględnieniu pory dziennej.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp nakazując Zamawiającemu pokryć Odwołującemu uzasadnione koszty zastępstwa przez pełnomocnika i wpisu.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....