

Sygn. akt: KIO/UZP 569/08

WYROK
z dnia 24 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe CZYŚCIOCH Sp. z o.o., ul. Kleeberga 20, 15-691 Białystok** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Białystok reprezentowaną przez Prezydent Miasta Białegostoku, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** protestu z dnia 23 maja 2008 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ w określonym w uzasadnieniu zakresie**

- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Białystok reprezentowaną przez Prezydent Miasta Białegostoku, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok 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 uiszczzonego przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe CZYŚCIOCH Sp. z o.o., ul. Kleeberga 20, 15-691 Białystok;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Białystok reprezentowaną przez Prezydent Miasta Białegostoku, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowego CZYŚCIOCH Sp. z o.o., ul. Kleberga 20, 15-691 Białystok**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty kosztów postępowania zaliczonej z kwoty wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX 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 **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe CZYŚCIOCH Sp. z o.o., ul. Kleberga 20, 15-691 Białystok**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe oczyszczanie ulic na terenie miasta Białegostoku”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe CZYŚCIOCH Sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 14 maja 2008 r. (nr ogłoszenia 2008/S 92-125768). Postępowanie to prowadzi Prezydent Miasta Białegostoku, zwany dalej: „*Zamawiającym*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”.

Na treść postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „*SIWZ*”) w piśmie z dnia 23 maja 2008 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 28 maja 2008 r., *Odwołujący* złożył protest. W proteście tym podniesiono następujące zarzuty:

- naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy,
- naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy,
- naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy,
- naruszenia art. 5 Kodeksy cywilnego w związku z art. 14 ustawy.

Jednocześnie *Odwołujący* w proteście wniósł o wprowadzenie przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ, co do postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia,

sposobu realizacji zamówienia, postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zmianę warunków udziału w postępowaniu. Szczegółowe wnioski w tym przedmiocie dotyczyły:

1. wprowadzenie jednoznacznych zapisów do SIWZ wskazujących decydenta wyjazdów do prac związanych z akcją czynną i akcją czynną ciągłą;
2. rozszerzenie załączników nr 1 do 6 tak, aby pozostawały w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia rozdz. I ust. 2 pkt 1 SIWZ o zapis pozostałe parkingi na terenach gminnych z podaniem i doliczeniem ich powierzchni oraz wyszczególnieniem parkingów leżących w pasach drogowych;
3. zmianę zapisu dotyczącego czasu, po którym należy wykonywać zmiatanie ulic przez zastąpienie zapisu: „po okresie doby, w której występują temperatury dodatnie lub w ciągu nocy niewielkie temperatury ujemne, które wpływają na możliwość prowadzenia robót oczyszczania jezdnii w ciągu dnia” (złą. Nr 8 pkt 5.2.2) zapisem „po okresie wystąpienia warunków pogodowych umożliwiającym prowadzenie robót oczyszczania jezdnii polegających na ustąpieniu zmarzliny zmiatanych nieczystości”;
4. zmianę zapisu tabeli nr 2 zał. nr 8 w opisie standardów utrzymania dróg przez zastąpienie zapisu „jezdni odśnieżona na całej szerokości” zapisem „jezdni odśnieżona na całej szerokości z miejscem na jej obrzeżu przeznaczonym na zgarniany śnieg w formie wału”, o którym mowa powyżej w pkt 3.6.1;
5. wykreślenie zapisu „wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie dwa zadania (rozd. II SIWZ) z jednoczesną odpowiedzią korektą postanowień SIWZ odnoszących się do tego elementu;
6. ujęcie w zał. nr 9 (formularz ofertowy) w tabeli nr 1 i 2 zapłaty za sezon przed i zimowy w związku z zapisem rozdz. V ust. 1 i 3 i rozdz. 2 ust. 2.1 i rozdz. 3 ust. 3.2 zał. Nr 8 nie tylko za odśnieżanie i/lub usuwanie śliskości, ale również za pozostawanie w gotowości wykonywania tych czynności;
7. wykreślenie z rozdz. VI ust. 2 lit. a słów „lub letnim” oraz „chodników”;
8. usunięcie z rozdz. VI ust. 1 pkt 2b SIWZ dotyczącego posiadania równiarki;
9. zmianę zapisów z rozdz. XVII ust. 3 w zakresie dostarczenia zamawiającemu kserokopii dowodów rejestracyjnych środków transportu i sprzętu, którym wykonawca dysponuje przez wprowadzenie obowiązku

- dostarczenia zamawiającemu kserokopii dowodów rejestracyjnych środków transportu oraz dokumentów potwierdzających tytuł prawny wykonawcy do dysponowania sprzętem oraz sprawdzenia sprawności środków transportu i sprzętu nie na podstawie dokumentów, a w oparciu o weryfikację (oględziny) stanu faktycznego;
10. zmianę wysokości współczynnika zastosowanego przy sposobie obliczania ceny akcji biernej z 0,15 na 0,8 w tabeli nr 1 i 2 w zał. Nr 9 SIWZ;
 11. usunięcie błędu (wzór umowy) w § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 są identycznej treści z różną wartością procentową;
 12. usunięcie błędu (wzór umowy) w § 9 ust. 1 pkt 3 i 4 są identycznej treści z różną wartością procentową;
 13. zrównanie kar umownych za odstąpienie od umowy (wzór umowy) w § 9 ust. 2 i w § 9 ust. 4 pkt 1;
 14. uwzględnienie w § 11 (wzór umowy) zapisu dotyczącego odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn od niego niezależnych;
 15. dostosowanie zał. Nr 8 do zasad i technologii wykonania prac w warunkach miejskich oraz doprowadzenie treści tego załącznika do zgodności z zapisami SIWZ polegające na:
 - 15a. przeniesieniu z akcji biernej zapisów „zapobieganie i zwalczanie śliskości na mostach, wiaduktach, estakadach oraz zjazdach i podjazdach” do akcji czynnej z jednoczesnym wyjaśnieniem co należy rozumieć przez zjazdy i podjazdy;
 - 15b. zaliczenie do akcji czynnej ciągłej, czynności rozpoczętych w jednej, a zakończonych w następnej dobie, jeżeli spełniają one wymogi akcji czynnej ciągłej;
 - 15c. dostosowanie sprzętu do odśnieżania wymienionego w rozdz. 3 ust. 3.2 i ust. 3.3 do sprzętu wymienionego w rozdz. VI ust. 1 pkt 2b SIWZ;
 - 15d. dodaniu zapisu dotyczącego pojemności skrzyni ładunkowej posypywarek i pojemności zbiorników na solankę w rozdz. 4 ust. 4.6;
 - 15e. dostosowaniu zapisów w rozdz. 4 ust. 4.5 do zapisów w rozdz. VI ust. 1 pkt 2b SIWZ w zakresie dysponowania sprzętem zastępczym;
 - 15f. sprecyzowaniu w rozdz. 3 ust. 3.5 kwalifikacji kierowcy w zakresie obsługi sprzętu do pracy przy zimowym utrzymaniu dróg;
 - 15g. sprecyzowaniu w rozdz. 3 ust. 3.6 pkt 3.6.1 pojęć „Prawe i lewe pobocze”, na które należy usuwać śnieg podczas odśnieżania w odniesieniu do jezdni graniczących bezpośrednio z chodnikami;

- 15h wykreśleniu w rozdz. 3 ust. 3.6 pkt 3.6.2 zapisu „poza bariery ochronne”;
- 15i wykreśleniu w rozdz. 4 ust. 4.5 zapisu „maszyny zastępcze np. rozrzutniki rolnicze wapna i nawozów, pracujące w zamian rozsypywarek, z uwagi na sprzeczność z ust. 4.6 dotyczącym parametrów technicznych;
- 15j wykreśleniu zdania „w przypadku rażących zaniedbań zamawiający będzie miał prawo wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym.” gdyż nie odnosi się ono do zasad technologii wykonania prac.

Zamawiający w piśmie z dnia 6 czerwca 2008 r. doręczonym Odwoływającemu w dniu 10 czerwca 2008 r. dokonał rozstrzygnięcia protestu uwzględniając go w części dotyczącej żądań określonych w pkt:

1 określenie decydenta wyjazdów do akcji czynnych i akcji czynnych ciągłych (czynności będzie podejmował wykonawca, a następnie zamawiający będzie definiował tę akcję w oparciu o informacje o faktycznych zjawiskach atmosferycznych w ciągu minionej doby przekazane przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej w Białymstoku)

9 wymóg co do dostarczenia dowodów rejestracyjnych środków transportu i sprzętu (rezygnacja z tego wymogu wobec tego, że nie na każdy wymagany sprzęt wystawiane są dowody rejestracyjne);

13 w zakresie zrównania kar umownych za odstąpienia od umowy (wobec tego, że zapisy te naruszają zasadę równości stron Zamawiający uwzględnił ten zarzut);

15a w zakresie wyjaśniania pojęcia „zjazdu i podjazdu” (Zamawiający zdefiniował te pojęcia)

15e dostosowanie zapisów co do dysponowania sprzętem zastępczym (Zamawiający wykreślił zapis z pkt 4.4.5 „maszyny zastępcze (...), pracujące w zamian rozsypywarek)

15g w zakresie sprecyzowania pojęć „prawe i lewe pobocze” (Zamawiający doprecyzował te pojęcia)

15h i 15i w zakresie wykreślenia zapisów: „poza bariery ochronne” i „maszyny zastępcze”

15j z „Zasad i technologii prowadzenia prac” wykreślono zapis dotyczący wypowiedzenia umowy z uwagi na określenie w treści wzoru umowy systemu kar.

Zamawiający w pozostałym zakresie złożony protest oddalił, wskazując min., że:

- co do wniosku o ujęcie w formularzu ofertowym wyceny za sezon przed i pozimowy za odśnieżane i / lub usuwanie śliskości, jak również w zakresie pozostawiania w gotowości do wykonania tych czynności.

Zamawiający wskazał tu, że na przykładzie ubiegłych lat czynności akcji przedzimowej podejmowane były 1-2 razy, wykonawca otrzymywał tutaj wynagrodzenie za faktycznie wykonane czynności, a Zamawiający każdorazowo zlecał termin wykonania tych czynności, natomiast czynności akcji pozimowe w ogóle nie były podejmowane.

- co do warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem zawartym w proteście, że dopuszczone doświadczenie również w zakresie letniego oczyszczania chodników nie jest wystarczające. Wskazał, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi: odśnieżanie oraz usuwanie śliskości nawierzchni ulic, skrzyżowań, zatok, pętli autobusowych, przejazdów kolejowych, parkingów, a w przypadku braku opadów śniegu i śliskości: zmiatanie ulic z piasku wraz z opaskami przykrawężnikowymi, powierzchniami zatok autobusowych i parkingów. Uwzględniając powyższe Zamawiający stawiając wskazany warunek udziału w postępowaniu działał w oparciu o przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, odnosząc go do przedmiotu zamówienia.

- co do zmiany wysokości współczynnika zastosowanego przy obliczaniu ceny akcji biernej z 0,15 na 0,8

Zamawiający wskazał, że w proteście nie przedstawiono żadnej wiarygodnej argumentacji uzasadniającej zastosowanie współczynnika w wysokości 0,8, wskazując jedynie że powyższe jest nieopłacalne. Zamawiający podniósł, iż co najwyżej współczynnik ten może wynosić maksymalnie 0,4 wysokości wynagrodzenia za akcję czynną.

- co do zmiany sposobu określania akcji czynnej ciągłej.

Zamawiający wskazał, że w rozliczeniach pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą istotne znaczenie w tym przedmiocie ma doba (okres między godz. 24.00, a godz. 24.00 dnia następnego), dlatego też wniosek o zaliczenia akcji rozpoczętej w nocy jednej doby, a zakończonej dnia następnego nie może być zaliczane do akcji czynnej ciągłej.

- co do określenia parametrów pojemności skrzyni ładunkowej posypywarek oraz pojemności zbiorników na solankę.

Zamawiający wskazał, że nie widzi potrzeby określania parametrów wskazanego sprzętu z uwagi na to, że wymagał od wykonawców posiadania sprzętu o ładowności i parametrach, którym będzie w stanie właściwie zrealizować przedmiot zamówienia.

Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego złożył odwołanie w dacie 11 czerwca 2008 r. (data złożenia odwołania w placówce operatora publicznego). Kopia odwołania w dacie złożenia w placówce pocztowej została doręczona Zamawiającemu. W odwołaniu podtrzymał zarzuty naruszenia przepisów ustawy wskazanych w proteście. W szczegółowej argumentacji zawartej w odwołaniu podniósł natomiast następujące okoliczności:

- 1) Brak zdefiniowania w postanowieniach SIWZ, kto jest decydentem określenia rodzaju podejmowanych akcji – czy jest to akcja czynna, akcja czynna ciągła, czy akcja bierna. Powyższe – w ocenie Odwołującego ma istotne znaczenie dla wykonawców bowiem w zależności od rodzaju akcji odmiennie ustalone są stawki miesięczne wynagrodzenia przeliczane odpowiednim wskaźnikiem procentowym. Określenie w rozstrzygnięciu protestu, że wykonawca będzie podejmował działania w zależności od warunków pogodowych, a Zamawiający na podstawie informacji o zjawiskach atmosferycznych z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w Białymstoku będzie definiował daną akcję, jest niewystarczające bowiem te informacje mogą być rozbieżne od warunków rzeczywiście panujących w danej części miasta, a przekazywanie ich następować będzie po wykonaniu prac z dużym opóźnieniem. Powyższe – w ocenie Odwołującego – może prowadzić do powstawania sporów pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym na etapie realizacji umowy.
- 2) Wskazanie sposobu opisu doby – początek 24.00 i koniec 24.00, co nie kwalifikuje jako akcji ciągłej czynnej sytuacji, w której wykonawca rozpocznie akcję o godz. 22.00 jednego dnia, a zakończy o godz. 4.00 rano drugiego dnia.
- 3) Określenie dodatkowego czasu przed i po zimowego, przy czym brak ustalenia wynagrodzenia za ten okres w formularzu ofertowym.
- 4) Określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, który odnosi się również do letniego oczyszczania miasta. W ocenie Odwołującego, wykonawcy, którzy mają doświadczenie w zakresie letniego oczyszczania chodników lub dróg nie mają doświadczenia potrzebnego do realizacji usługi zimowego utrzymania dróg.
- 5) Brak określenia przy opisie wymagań sprzętowych pojemności skrzyni ładunkowej posypywarek i pojemności zbiornika na solankę.
- 6) Zastosowanie zbyt niskiego wskaźnika – 0,15 – przy akcji biernej, który nie pokrywa nawet kosztów osobowych, co w ocenie Odwołującego - jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Podnosząc wskazane zarzuty i argumenty Odwołujący wniósł o wprowadzenie odpowiednich zmian w SIWZ lub – alternatywnie – o unieważnienie postępowania gdyż w jego ocenie wskazane zmiany SIWZ w zakresie warunków umowy, jak i wymagań sprzętowych oraz warunków udziału w postępowaniu, naruszają zasadę wynikającą z art. 38 ust. 5 ustawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten, jako wykonawca zainteresowany zamówieniem i ubiegający się o nie, miał prawo do kwestionowania zapisów SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, czy postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, które - w jego ocenie – naruszały przepisy ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się dwóch z podnoszonych w odwołaniu zarzutów, tj. zarzutu w zakresie:

- braku określenia decydenta rodzaju podejmowanych czynności oraz
- sposobu opisu doby w zakresie kwalifikacji czynności do akcji czynnej ciągłej.

Co do pierwszego z podniesionych w odwołaniu zarzutów - braku zdefiniowania w postanowieniach SIWZ, kto jest decydem określa rodzaju podejmowanych akcji - skład orzekający ustalił, że zarzut ten potwierdził się.

Podniesiony w odwołaniu zarzut został przez Zamawiającego formalnie uwzględniony w ramach rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący wnosił w proteście o wskazanie, kto jest decydem określa rodzaju podejmowanych w ramach zimowego utrzymania ulic akcji. Zamawiający to uczynił - wskazał siebie jako podmiot decydujący o kwalifikacji akcji, jednocześnie dookreślając, że będzie się w tych decyzjach opierał na informacjach pogodowych niezależnego podmiotu tj. Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w Białymstoku. Czynności te będą podejmowane jednak dopiero po podjęciu akcji przez wykonawcę i wykonaniu tych czynności.

Wykonawca w momencie podejmowania czynności, opierając się wyłącznie na własnym rozeznaniu nie ma pewności do jakiego rodzaju akcji owe czynności zostaną w efekcie zaliczone przez Zamawiającego. Brak wymiernych i jednoznacznych wyznaczników, którymi wykonawca ma się kierować przy podejmowaniu czynności, która następnie – ale już po wykonaniu zlecenia i nie wiadomo w jakim terminie - będzie przez Zamawiającego

weryfikowana, narusza słuszne prawa wykonawców w postępowaniu do określenia sposobu realizacji zamówienia jasno i precyzyjnie. Powyższe może prowadzić na etapie wykonania umowy do wielu niepotrzebnych sporów pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą, realizującym usługę. Zatem może być również niekorzystne z punktu widzenia samego Zamawiającego.

Zamawiający, przy podejmowaniu decyzji o podjęciu określonej akcji z uwagi na warunki pogodowe i stan utrzymania ulic w konkretnych rejonach, może oczywiście oprzeć się na informacjach od podmiotów niezależnych (np. Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w Białymstoku, czy innych komunikatach pogodowych), jednakże decyzja o konieczności wyjazdu do usuwania śniegu, śliskości itp. o określonej godzinie, w celu podjęcia konkretnych czynności, powinna być podjęta jednoznacznie w oparciu o konkretne informacje, czy parametry, przed rozpoczęciem realizacji tych czynności.

Zamawiający, ustalając w taki sposób, jak aktualnie w SIWZ, wykonanie umowy naraża wykonawcę wybranego do realizacji umowy, a tym samym również potencjalnie Odwołującego, na ponoszenie nieuzasadnionych kosztów i ewentualnych strat, związanych z nieprecyzyjnym określeniem w momencie podejmowania czynności charakteru tych czynności.

Należy podnieść, że argument Zamawiającego o konieczności zatrudnienia w takim przypadku dodatkowych osób w Urzędzie należy uznać za mało przekonujący. Na etapie realizacji umowy Zamawiający przecież będzie musiał również w jakiś sposób weryfikować prawidłowość wykonywania zamówienia przez wykonawcę w trakcie jego realizacji, w tym niejednokrotnie – w przypadku opadów – po godzinach pracy Zamawiającego. Z obowiązku tego nikt Zamawiającego nie jest w stanie zwolnić.

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy oraz art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy.

Co do drugiego z podniesionych w odwołaniu zarzutów - wskazania sposobu opisu doby przy czynnościach podejmowanych w ramach akcji czynnej ciągłej - skład orzekający ustalił, że zarzut ten potwierdził się.

Postanowienia SIWZ w zakresie definicji akcji czynnej ciągłej (str. 4 załącznika nr 8 do SIWZ - „Zasady i Technologia Wykonania Prac”) w efekcie pozwalają nie zaliczać do akcji czynnej ciągłej sytuacji, w której wykonawca podejmuje czynności przed północą jednego dnia, a kontynuuje je po północy następnej już doby. Powyższe w sposób nieuzasadniony – w ocenie składu orzekającego Izby – prowadzi do ukształtowania niekorzystnego dla wykonawcy stosunku cywilno-prawnego, jakim będzie umowa zawarta w sprawie zamówienia publicznego, stawiając w nierównej sytuacji wykonawców w stosunku do podmiotu zamawiającego. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, jak i rozprawie nie był w

stanie uzasadnić tak określonego przez siebie warunku wykonywania usługi. Sztynne przyjęcie do rozliczeń w ramach akcji czynnej ciągłej doby nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zamawiający w takim przypadku – jeżeli akcja podejmowana jest w godzinach nocnych przed północą, a kontynuowana przez wykonawcę po północy w jednym ciągu czasowym określonych w SIWZ 5 godzin – powinien uwzględnić ją jako faktycznie akcję czynną ciągłą, bo obiektywnie wypełnia ona charakter takiej akcji. Odmienne postanowienia SIWZ w tym zakresie naruszają interes wykonawców wykonujących zamówienie i prowadzą do uzyskania wynagrodzenia nieadekwatnego do wykonanych czynności, co narusza zasadę wynikającą z art. 5 Kc i prowadzi do nierówności stron stosunku cywilnoprawnego (umowa zawarta w sprawie zamówienia publicznego, stawia w sposób niczym nieuzasadniony w uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego).

Co do trzeciego z podniesionych w odwołaniu zarzutów – braku ustalenia wynagrodzenia za określony dodatkowy czas przed i po zimowym - skład orzekający ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający dostatecznie wykazał, że wynagrodzenie z tytułu przed i po zimowego utrzymania dróg nie będzie ujmowane w formularzu ofertowym odrębnie z racji jego marginalnego znaczenia przy faktycznej realizacji zamówienia (w ubiegłych latach czynności te realizowane były przez Zamawiającego – jak wskazał on w rozstrzygnięciu protestu – 1 do 2 razy). Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności tak w odwołaniu, jak i na rozprawie. Zamawiający formułując zasady wynagradzania za ten dodatkowy czas w ten sposób chciał się zabezpieczyć przed nieuzasadnionym wynagradzaniem wykonawcy za czynności, których nie wykonuje (za tzw. „gotowość”) skoro czynności te są faktycznie marginalne. Powyższe nie oznacza, że wykonawca nie otrzyma jednak wynagrodzenia za okres przed i po zimowym, bowiem wynagrodzenie to będzie płacone za faktycznie wykonane prace, jeżeli takowe się zdarzą, na podstawie ustalonych, jak dla akcji czynnej, cen jednostkowych. Skład orzekający Izby uznał za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego oparte na dokumentacji postępowania, że faktycznie Zamawiający nie stawiał w tym przypadku żadnych wymogów, co do konieczności dysponowania sprzętem i osobami do realizacji zamówienia, jak w przypadku akcji czynnej, prowadzonej w okresie właściwym (zimowym). Wykonawca składający ofertę w postępowaniu powinien skalkulować w swojej ofercie ryzyko konieczności podjęcia ewentualnych kilku akcji w okresie przed i po zimowym. W okresie tym, biorąc pod uwagę w szczególności: warunki atmosferyczne i pogodowe oraz klimatyczne regionu, w którym będzie wykonywana usługa, akcje takie faktycznie mogą być podejmowane niezwykle rzadko. Nie wydaje się zatem z punktu widzenia wykonawcy za celowe utrzymywanie całego taboru - osób i sprzętu w tym okresie, jak również z punktu

widzenia Zamawiającego - za celowe i słuszne wypłacanie wynagrodzenia wykonawcy za ten okres.

Co do czwartego z podniesionych w odwołaniu zarzutów - określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, który odnosi się również do letniego oczyszczania miasta - skład orzekający ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w SIWZ (rozdz. VI pkt 2 lit. a) określił w sposób następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia: *„należycie wykonali (lub wykonują) (...) przynajmniej 1 zamówienie polegające na zimowym lub letnim mechanicznym oczyszczaniu chodników, dróg publicznych, w tym: parkingów, zatok itp. o wartości minimum 500 000 PLN każde”*.

Jednocześnie też – jak wskazał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu – w zakres przedmiotu zamówienia – zgodnie z rozdz. I pkt 2.2) SIWZ – wchodzi: *„w sezonie zimowym w przypadku braku opadów śniegu i śliskości: zmiatanie ulic miasta z piasku wraz z opaskami przykrawężnikowymi, powierzchniami zatok autobusowych i parkingowych i tzw. pól martwych (...)”*.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, co umożliwia wykonanie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu – zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa – należy kształtować w sposób niedyskryminujący wykonawców i zapewniający uczciwą konkurencję, odnosząc je do przedmiotu zamówienia – jego zakresu i wartości. Uwzględniając przywołane postanowienia SIWZ, w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również usługi związane faktycznie z letnim utrzymaniem ulic, tj. usługi zmiatania ulic z piasku. Tym samym zatem wymóg odniesienia warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia został wypełniony.

Należy również zwrócić uwagę, że zarówno usługi zmiatania, jak i odśnieżania ulic mieszczą się w tej samej grupie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), co czyni te usługi podobnymi, a zatem daje również gwarancję, że wykonawca mający doświadczenie w jednym z rodzajów usług będzie w stanie realizować też drugą usługę.

Niewątpliwie również w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający, dopuszczając możliwość spełnienia warunku doświadczenia przez wykonawców legitymujących się doświadczeniem w letnim utrzymaniu chodników i jezdni, poszerzył, a nie ograniczył krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie, jednocześnie odnosząc ten warunek do przedmiotu zamówienia (jednego z jego elementów). Tym samym nie można Zamawiającemu z tego tytułu stawiać zarzutu naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy.

Co do piątego z podniesionych w odwołaniu zarzutów - braku określenia przy opisie wymagań sprzętowych pojemności skrzyni ładunkowej posypywarek i pojemności zbiornika na solankę - skład orzekający ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

W ocenie Izby słusznym jest stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, a potwierdzone na rozprawie, że nie musi on stawiać w SIWZ szczegółowych wymogów i paramentów w zakresie pojemności skrzyni ładunkowej posypywarek i pojemności zbiornika na solankę, skoro postawił w tym zakresie generalny wymóg, aby sprzęt umożliwił realizację zamówienia. Wykonawcy zatem mają w tym zakresie pewną swobodę, jednakowoż ograniczoną innymi wymogami SIWZ dotyczącymi sposobu realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, w odwołaniu ani na rozprawie, jakiego rodzaju uszczerbek w jego interesie prawnym powoduje brak określenia szczegółowych parametrów wskazanego sprzętu.

Co do szóstego z podniesionych w odwołaniu zarzutów - zastosowanie zbyt niskiego wskaźnika, tj. 0,15 podniesionego w rozstrzygnięciu protestu do 0,4, przy akcji biernej - skład orzekający ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby uznał za słuszną argumentację Zamawiającego, że przy ustalaniu wskaźnika tego wynagrodzenia przyjął on kalkulację środków na realizację przedmiotowego zamówienia. I tak przy założeniu środków finansowych w ramach akcji czynnej w kwocie: 1 204 913 zł na akcję bierną pozostaje Zamawiającemu kwota: 486 000 zł. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający ustalił maksymalny możliwy wskaźnik wynagrodzenia przy akcji biernej na 0,4, ponieważ przyjęcie wyższego wskaźnika uniemożliwiłoby Zamawiającemu realizację zamówienia (wypłatę wynagrodzenia wykonawcy).

Ustalone przez Zamawiającego kwoty i argumentacja w tym zakresie nie była w żaden sposób kwestionowana przez Odwołującego. Ponadto Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik wynagrodzenia w ramach akcji biernej narusza jakieś przepisy prawa. Przedstawiona przez Odwołującego prywatna kalkulacja opiera się w zasadniczej części na kosztach wynagrodzenia pracowniczego dla osób wykonujących czynności na rzecz wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia. Podkreślić należy, że Zamawiający nie wymagał i – zgodnie z obowiązującym przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - nie mógł wymagać, aby wykonawcy zatrudniali w ramach stosunku pracy osoby wykonujące zamówienie. Nie jest bowiem wykluczone, że niektóre czynności będą mogły wykonywać również osoby na podstawie stosunku cywilnoprawnego, a ponadto wykonawcy mogą także korzystać z innych form dysponowania osobami do relacji zamówienia (np. praca więźniów, osób niepełnosprawnych). Wykonawca w okresie akcji

biernej (czas oczekiwania) nie jest zmuszony przez Zamawiającego do utrzymywania sprzętu – musi to być sprzęt potrzebny do ewentualnego prowadzenia akcji - i powinien w tym zakresie zrewidować i usprawnić swoje zasady funkcjonowania.

Tym samym – w ocenie Izby - nie został naruszony w tym zakresie ani przepis art. 29 ust. 1 i 2 oraz 7 ust. 1 ustawy, ani też przepis art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy.

Mając powyższe na uwadze i uwzględniając konieczność wprowadzenia dwóch wskazanych powyżej modyfikacji SIWZ, orzeczono jak w sentencji.

Skład orzekający Izby nie uznał za zasadne unieważnienie postępowania w związku z brakiem potwierdzenia się zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu. Nie przychylił się również w tym zakresie do stanowiska Odwołującego, iż każda istotna zmiana SIWZ w zakresie sposobu realizacji zamówienia prowadzi de facto do zmiany warunków udziału w postępowaniu szeroko rozumianych. Tym samym nie znajduje w tym miejscu zastosowania zasada wynikająca z art. 38 ust. 5 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*