

**Sygn. akt KIO/2376/10**

**WYROK**  
**z dnia 16 listopada 2010 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie 10 listopada 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego 2 listopada 2010 roku przez Wykonawcę

**SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Zawodzie 5, 02 – 981 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest

**Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie przy ulicy Senatorskiej 37, 00 – 099 Warszawa**

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

oraz

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Obozowej 43, 01-161 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie.**
- 2. Nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie uwzględnionych zarzutów zgodnie z uzasadnieniem niniejszego wyroku.**
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie przy ulicy Senatorskiej 37, 00 – 099 Warszawa** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Wykonawcę SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Zawodzie 5, 02 – 981 Warszawa stanowiący koszty postępowania odwoławczego;**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie przy ulicy Senatorskiej 37, 00 – 099 Warszawa na rzecz Wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Zawodzie 5, 02 – 981 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz kosztów poniesionych z tytułu zastępstwa prawnego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający **Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie przy ulicy Senatorskiej 37, 00 – 099 Warszawa** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „**Utrzymanie w czystości przystanków lokalnego transportu zbiorowego w Warszawie będących we władaniu Zarządu Transportu Miejskiego**” opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 października 2010 roku pod numerem ogłoszenia 2010/S 206-314712.

2 listopada 2010 roku Odwołujący - **SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Zawodzie 5, 02 – 981 Warszawa** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec Treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- ~ art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji,
- ~ art. 29 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący z użyciem niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających i mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- ~ art. 5 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 PZP poprzez rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przyznania zamawiającemu prawa do jednostronnej i niczym nie ograniczonej zmiany zakresu lub częstotliwości wykonywanych usług, do jednostronnej kontroli umowy, do potrącania przez zamawiającego z należności wykonawcy swoich roszczeń bez należytego ich wykazania,
- ~ art. 25 ust. 1 i 2 PZP w zw. z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. 2009, Nr 226, poz. 1817) poprzez żądanie od wykonawcy przedłożenia dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz nie są wymienione w ww. rozporządzeniu.

Powyżej zarzucane przez Odwołującego naruszenia przejawiają się w następujących regulacjach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

1. pkt VII 1 lit. „e” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 1 lit. „e” załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim postanowienia te nie precyzują standardów oczyszczania dachów wiat przystankowych,
2. pkt VII 2 lit. „f” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 2 lit. „f” załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim postanowienia te nie precyzują co należy rozumieć przez „wzmożone opady śniegu” i w jakim postanowienia te nie określają sposobu postępowania gdy opady śniegu nie są „wzmożone”,
3. pkt VII 2 lit. „g” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 2 lit. „g” załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim postanowienia te nie precyzują co należy rozumieć przez „obfite opady śniegu” i w jakim postanowienia te nie określają gdzie należy przyznawać (składować) śnieg przy obfitych opadach śniegu w sytuacji gdy zamawiający nie zleci wywozu śniegu,
4. pkt VII 7 lit. „a”-„e” SIWZ w zakresie w jakim zamawiający zastrzega sobie dowolne i niczym nieograniczone prawo do jednostronnego ustalania harmonogramu usuwania nieczystości z koszy dla poszczególnych lokalizacji, w tym również do zmniejszania i zwiększania częstotliwości,
5. pkt XIV 2 SIWZ w zakresie w jakim zamawiający ustalił dla czynności sprzątnięcia powierzchni przystanku (C2), sprzątnięcia pętli (C3), skoszenia powierzchni zieleni (C5) ceny jednostkowe dla  $\text{Im}^2$ ,
6. pkt VI 3 lit. „l” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 8 lit. „c” załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim postanowienie to nie określa kto decyduje o ustawieniach lub przestawieniach koszy i w jakim postanowienie to nie wskazuje maksymalnej ilości tych czynności w określonej jednostce czasowej (np. 100 razy w miesiącu),
7. pkt VI 3 lit. „n” SIWZ w zakresie w jakim postanowienie to nie określa częstotliwości czynności mycia koszy,
8. pkt VI 3 lit. „p” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 8 lit. „g” załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim postanowienie to nie wskazuje maksymalnej ilości tych czynności w określonej jednostce czasowej (np. 100 razy w miesiącu),
9. pkt VI 4 SIWZ i korespondujący z nim § 2 załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim na zamawiającego przechodzi własność zakupionych koszy bez dodatkowych opłat i to niezależnie od terminu lub sposobu rozwiązania lub wygaśnięcia umowy,
10. § 1 ust. 4 załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim zamawiający zastrzega sobie dowolne i niczym nieograniczone prawo do jednostronnego dokonywania zmian ilości powierzchni sprzątanym przystanków i pętli, ilości mytych wiat, ilości opróżnianych

koszy oraz częstotliwości wykonywania poszczególnych prac,

11. § 1 ust. 5 załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim zamawiający zastrzega sobie dowolne i niczym nieograniczone prawo do jednostronnego ustalania i zmian harmonogramów wykonywania umowy,
12. § 4 ust. 8 lit. „h”, „i” SIWZ w zakresie w jakim postanowienia te nie precyzują kto jest wytwórcą odpadów, jak często wystawiane mają być Karty Przekazania Odpadu, jakiego typu oraz na czyją rzecz ma być prowadzona sprawozdawczość,
13. § 7 ust. 1 załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim wykonawca zobowiązany jest do powtórnego wykonania czynności opisanych w tym postanowieniu bez odrębnego wynagrodzenia,
14. § 13 ust. 2 załącznika nr 3 do umowy w zakresie w jakim postanowienie to określa, że kontrole przeprowadzane są jedynie przez przedstawicieli zamawiającego bez udziału przedstawicieli wykonawcy,
15. § 15 ust. 5 i 7 załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim postanowienia te upoważniają zamawiającego do pobrania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub potrącenia z faktur wystawionych przez wykonawcę „należności, odszkodować i kar umownych” bez należytego udowodnienia, że „należności, odszkodowania lub kary umowne” są uzasadnione i wymagalne,
16. załącznika nr 5 do SIWZ w zakresie w jakim określa ono zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia przez wykonawców dowodów rejestracyjnych samochodów oraz dźwigu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w taki sposób, aby:

1. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z użyciem dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności:
  - 1) w pkt VII Hit. „e” SIWZ i korespondującym z nim § 4 ust. 1 lit. „e” załącznika nr 3 do SIWZ poprzez jednoznaczne określenie standardów oczyszczania dachów wiat przystankowych,
  - 2) w pkt VII 2 lit. „f” SIWZ i korespondującym z nim § 4 ust. 2 lit. „f” załącznika nr 3 do SIWZ poprzez zdefiniowanie co należy rozumieć przez „wzmózone opady śniegu” (np. poprzez określenie, że wzmózone opady śniegu to takie gdy w ciągu 1 h opad wynosi 2 cm) i poprzez określenie sposobu postępowania gdy opady

śniegu nie są „wzmózone”,

- 3) w pkt VII 2 lit. „g” SIWZ i korespondującym z nim § 4 ust. 2 lit. „g” załącznika nr 3 do SIWZ poprzez zdefiniowanie co należy rozumieć przez „obfite opady śniegu” (np. poprzez określenie, że obfite opady śniegu to takie gdy w ciągu 1 h opad wynosi 2 cm) i poprzez określenie gdzie należy przyznawać (składować) śnieg przy obfitych opadach śniegu w sytuacji gdy zamawiający nie zleci wywozu śniegu,
- 4) w pkt VII 7 lit. „a”-„e” SIWZ poprzez usunięcie postanowień w zakresie w jakim zamawiający zastrzega sobie dowolne i niczym nieograniczone prawo do jednostronnego ustalania harmonogramu usuwania nieczystości z koszy dla poszczególnych lokalizacji, w tym również do zmniejszania i zwiększania częstotliwości, względnie poprzez określenie odpowiedniego terminu uprzedzenia wykonawcy o zmianach (np. 60 dniowego) i zakreślenie maksymalnej ilości możliwości zmniejszenia lub zwiększenia częstotliwości (np. nie więcej niż o 20 % w stosunku do pierwotnego zakresu),
- 5) w pkt XIV 2 SIWZ poprzez określenie w zakresie w jakim zamawiający ustalił dla czynności sprzątnięcia powierzchni przystanku (C2), sprzątnięcia pętli (C3), skoszenia powierzchni zieleni (C5) ceny jednostkowych w odniesieniu do 100 m<sup>2</sup>,
- 6) w pkt VI 3 lit. „l” SIWZ i korespondującym z nim § 4 ust. 8 lit. „c” załącznika nr 3 do SIWZ poprzez określa kto decyduje o ustawieniach lub przestawieniach koszy i poprzez wskazanie maksymalnej ilości tych czynności w określonej jednostce czasowej (np. 100 razy w miesiącu),
- 7) w pkt VI 3 lit. „n” SIWZ poprzez określenie częstotliwości czynności mycia koszy,
- 8) w pkt VI 3 lit. „p” SIWZ i korespondującym z nim § 4 ust. 8 lit. „g” załącznika nr 3 do SIWZ poprzez określenie maksymalnej ilości tych czynności w określonej jednostce czasowej (np. 100 razy w miesiącu),
- 9) w pkt VI 4 SIWZ i korespondującym z nim § 2 załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie w jakim na zamawiającego przechodzi własność zakupionych koszy bez dodatkowych opłat i to niezależnie od terminu lub sposobu rozwiązania lub wygaśnięcia umowy, poprzez jego usunięcie, względnie możliwość domagania się przez wykonawcę zwrotu odpowiedniej do czasu trwania umowy wartości koszy w przypadku wcześniejszego rozwiązania lub wygaśnięcia umowy,
- 10) w § 1 ust. 4 załącznika nr 3 do SIWZ poprzez usunięcie postanowień uprawniających zamawiającego do dowolnego i niczym nieograniczonego prawa do jednostronnego dokonywania zmian ilości powierzchni sprzątniętych przystanków

i pętli, ilości mytych wiat, ilości opróżnianych koszy oraz częstotliwości wykonywania poszczególnych prac, względnie poprzez wprowadzenie do tego zapisu odpowiedniej procedury wprowadzania tych zmian z uwzględnieniem odpowiedniego czasu na powiadomienie wykonawcy (np. co najmniej 60 dni) oraz określeniem maksymalnej ilości tych zmian (np. nie więcej niż 20 % w stosunku do pierwotnego zakresu),

- 11) w § 1 ust. 5 załącznika nr 3 do SIWZ poprzez usunięcie postanowień jakie uprawniają zamawiającego do dowolnego i niczym nieograniczonego prawa do jednostronnego ustalania i zmian harmonogramów wykonywania umowy, względnie poprzez określenie odpowiedniego terminu uprzedzenia wykonawcy o zmianach (np. 60 dniowego) i zakreślenie maksymalnej ilości możliwości zmniejszenia lub zwiększenia częstotliwości (np. nie więcej niż o 20 % w stosunku do pierwotnego zakresu),
  - 12) w § 4 ust. 8 lit. „h”, „i” SIWZ poprzez sprecyzowanie w tych postanowieniach kto jest wytwórcą odpadów, jak często wystawiane mają być Karty Przekazania Odpadu, jakiego typu oraz na czyją rzecz ma być prowadzona sprawozdawczość,
  - 13) w § 7 ust. 1 załącznika nr 3 do SIWZ poprzez jego usunięcie.
2. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby nie naruszać zasady równości stron stosunku cywilnego oraz zasad współżycia społecznego i zasady swobody umów poprzez dokonanie zmian:
- 1) w § 13 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ poprzez określenie, że wrywkowe kontrole, o których mowa w tym postanowieniu dokonywane będą z udziałem przedstawiciela wykonawcy,
  - 2) w § 15 ust. 5 i 7 załącznika nr 3 do SIWZ poprzez określenie, że zamawiający jest upoważniony do pobrania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub potrącenia z faktur wystawionych przez wykonawcę „należności, odszkodowań i kar umownych” tylko w przypadku jednoznacznego udowodnienia, że „należności, odszkodowania lub kary umowne” są uzasadnione i wymagalne,
3. Zamawiający usunął z załącznika nr 5 do SIWZ postanowienia w zakresie w jakim zakreśla ono zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia wykonawców dowodów rejestracyjnych samochodów oraz dźwigu.

Działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, bowiem naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych uniemożliwia SITA Polska sp. z o.o. złożenie należytej wycenionej oferty. Naruszenia przepisów prowadzi do tego,

iż Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż uniemożliwiając mu złożenie oferty powoduje niemożliwość osiągnięcia dochodu, a utracone dochody także stanowią szkodę.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Ad 1)

Punkt VII Hit. „e” i korespondujący z nim § 4 ust. 1 lit. „e” załącznika nr 3 do SIWZ nie precyzują standardów oczyszczania dachów wiat przystankowych. Oczywiście jest przy tym, że każdy wykonawca może wycenić ofertę tylko wówczas gdy z góry zna standardy wykonania danej usługi, albowiem w zależności od ustalonego standardu różny jest koszt usługi (im wyższy standard tym jego spełnienie wymaga większych środków rzeczowych i osobowych, a co się w z tym wiąże wyższy jest koszt całej usługi). Także tylko wówczas gdy z góry określa się standardy usług można porównywać oferty różnych wykonawców, albowiem wtedy wiadomo, że każdy uwzględnił jednakowe koszty świadczenia usług.

Ad 2)

Punkt VII 2 lit. „f” siwz i korespondujący z nim § 4 ust. 2 lit. „f” załącznika nr 3 do SIWZ nie precyzują co należy rozumieć przez „wzmożone opady śniegu”. Korzystanie z takich nieostrych i niejednoznacznych określeń uniemożliwia wykonawcy należy sporządzenie oferty, albowiem dla zamawiającego pojęcie to może być skrajnie różne, a przecież od wystąpienia tego zjawiska zależy szereg zobowiązań wykonawcy (a ich realizacja jest znacznie kosztotwórcza). Ponadto tego rodzaju niedookreślone postanowienie stwarza znaczną trudność w porównywaniu ofert, albowiem także inni wykonawcy mogą inaczej rozumieć to pojęcie. Co więcej tego typu zapis może powodować niepotrzebne konflikty w toku realizacji zamówienia, albowiem każda ze stron może inaczej rozumieć to pojęcie i tym samym wykonywać lub nie związane z tym obowiązki. W związku z tym zamawiający może bez najmniejszego problemu zdefiniować to pojęcie poprzez określenie, że „wzmożone opady śniegu” to takie gdy spadnie np. ponad 2 cm śniegu przez godzinę.

Ponadto ww. postanowienie te nie określają sposobu postępowania gdy opady śniegu nie są „wzmożone”, a to także uniemożliwia wycenę, albowiem wykonawca nie znając oczekiwań zamawiającego nie może wycenić swoich czynności.

Ad 3)

Punkt VII 2 lit. „g” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 2 lit. „g” załącznika nr 3 do SIWZ nie precyzują co należy rozumieć przez „obfite opady śniegu”. W związku z tym uwagi zawarte powyżej należy odnieść także tych postanowień, przy czym uwzględniając użycie kolejnego nieostrego terminu tym bardziej należy zwrócić na trudność



wyceny oferty. Skoro bowiem zamawiający używa dwóch różnych sformułowań („wzmożone opady śniegu” i „obfite opady śniegu”), przyjąć należy, iż zamierza nadać im różne znaczenia. W konsekwencji całkowicie niemożliwie jest z punktu widzenia wykonawcy ustalenie różnicy pomiędzy tymi dwoma wyrażeniami, a nadto pomiędzy nimi a „zwykłymi” opadami śniegu.

Postanowienia powyższe nie określają gdzie należy przyznawać (składować) śnieg przy obfitych opadach śniegu w sytuacji gdy zamawiający nie zleci wywozu śniegu (a przecież taka sytuacja jest jak najbardziej możliwa, skoro wywożenie tego śniegu nie ma odbywać się automatycznie). Nie wiadomo zatem jak wycenić usługę skoro nie określono co robić z zebrany śniegiem.

Ad 4)

Punkt VII 7 lit. „a”-„e” SIWZ, że w praktyce jakim Zamawiający zastrzega sobie dowolne i niczym nieograniczone prawo do jednostronnego ustalania harmonogramu usuwania nieczystości z koszy dla poszczególnych lokalizacji, w tym również do zmniejszania i zwiększania częstotliwości. Tego rodzaju postanowienie w praktyce całkowicie uniemożliwia wycenę oferty. Oczywiście jest bowiem, że całkowicie inaczej wycenia się usługi świadczone przez np. 3 lata, a całkowicie inaczej te, które świadczone mają być np. tylko przez 3 miesiące. Tak samo odmienna jest wycena przy znacznej częstotliwości usługi, a inna przy jej okazym świadczeniu. Należy przy tym zauważyć, że odwołujący przygotowując się do wykonywania usług musi zainwestować spore środki w przygotowania zarówno osobowe jak i rzeczowe. Nie zna przy tym rzeczywistego okresu świadczenia usług oraz ich zakresu. Niemożliwe jest zatem obliczenie zwrotu zainwestowanego kapitału, skoro nie wiadomo na ile będzie on wykorzystany.

Zdumienie budzi także fakt, że zamawiający tak sformułował zaskarżone postanowienie, iż wykonawca w praktyce nie ma żadnej możliwości na przygotowanie się do tej zmiany, albowiem nie został określony żaden minimalny okres wcześniejszego powiadomienia o zmianach.

Wykonawca oczywiście zdaje sobie sprawę z tego, że zakres usług może być w pewnym zakresie zmienny, jednakże nie może być tak, iż zmiany te mogą być dokonywane bez żadnych ograniczeń czasowych i ilościowych, co w skrajnym przypadku może doprowadzić, że po miesiącu obowiązywania umowa zostanie ograniczona o 90 %. Z tego też powodu w kwestionowanych zapisach należy bezwzględnie ograniczyć możliwość zmian z góry ustalonym np. 20 % limitem. Limit taki uwzględni interesy zamawiającego, albowiem umożliwia mu płynne zmiany zakresu stosownie do jego rzeczywistych potrzeb, a z drugiej

strony umożliwiła wycenę oferty (albowiem taki limit można wliczyć w ryzyka i uwzględnić go w kosztorysie usługi).

Wskazać także należy, że tego rodzaju jednostronne uprawnienia jakie przyznaje sobie zamawiający w ww. postanowieniach stoją w oczywistej sprzeczności z treścią art. 5 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 PZP poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów i zasad współżycia społecznego.

Ad 5)

Punkt XIV 2 SIWZ ustala dla czynności sprzątnięcia powierzchni przystanku (C2), sprzątnięcia pętli (C3), skoszenia powierzchni zieleni (C5) ceny jednostkowe dla 1m<sup>2</sup>. Zdaniem odwołującego, uwzględniając niemożliwość podawania cen z ułamkowymi częściami grosza, uniemożliwia podanie prawidłowej ceny, albowiem koszty tych czynności liczone dla 1 m<sup>2</sup> powierzchni są tak niskie, że przeskok o 1 grosz może stanowić nawet do 20 % ceny. To znacznie utrudnia podanie rzeczywistej ceny oferty.

Ad 6)

Punkt VI 3 lit. „l” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 8 lit. „c” załącznika nr 3 do SIWZ nie określa kto decyduje o ustawieniach lub przestawieniach koszy. Taki zapis jest niedopuszczalny, albowiem wykonawca nie wie od kogo przyjmować, a od kogo nie przyjmować polecenia. Ponadto ww. postanowienia nie wskazują maksymalnej ilości czynności przestawienia koszy w określonej jednostce czasowej (np. 100 razy w miesiącu). To w praktyce powoduje, że teoretycznie czynności takich może być nawet kilkadziesiąt dziennie, a przecież każda tego typu czynność wymaga dojeżdżania na miejsce oraz zaangażowania osób. Zatem uwzględniając, że czynność ta nie stanowi odrębnej pozycji cenowej, zamawiający nie może wycenić tych czynności (uwzględniając jej koszt w innych pozycjach) skoro nie ma pojęcia ile ich będzie, choćby nawet w przybliżonej ilości.

Ad 7)

Punkt VI 3 lit. „n” SIWZ nie określa częstotliwości czynności mycia koszy, a oczywiste jest że częstotliwość danej czynności wpływa na jej wycenę. Inaczej bowiem wycenia się czynności wielokrotnie powtarzalne, a inaczej czynności okazjnie wykonywane i tym bardziej, że czynność ta nie stanowi odrębnej pozycji rozliczeniowej i musi być rozliczona w kosztach innych prac.

Ad 8)

Punkt VI 3 lit. „p” SIWZ i korespondujący z nim § 4 ust. 8 lit. „g” załącznika nr 3 do SIWZ nie wskazują maksymalnej ilości czynności przestawiania koszy w określonej jednostce

czasowej (np. 100 razy w miesiącu). Oznacza to, że w skrajnych wypadkach zamawiający może wydawać nawet kilkadziesiąt tego rodzaju postanowień dziennie. W związku z tym do ww. postanowienia w pełni odnoszą się uwagi zawarte w pkt ad 1.6).

Ad 9)

Punkt VI 2 SIWZ i korespondujący z nim § 2 załącznika nr 3 do SIWZ określa, że na zamawiającego przechodzi własność zakupionych koszy bez dodatkowych opłat i to niezależnie od terminu lub sposobu rozwiązania lub wygaśnięcia umowy. W ocenie odwołującego tego rodzaju zapis uniemożliwia wycenę i złożenie oferty. W świetle bowiem innych zapisów siwz umożliwiających zamawiającemu na znaczne ograniczenie zakresu czynności wykonywanych przez wykonawcę (a tym samym znaczne obniżenie uzyskanych przez niego przychodów ze świadczonych usług), wykonawca nie jest w stanie określić, choćby nawet w przybliżeniu, w jakim stopniu nabyte przez niego kosze zwrócą się, a dodatkowo jeszcze ich własność ma przejść na zamawiającego. Ponadto szereg zapisów umowy umożliwia zamawiającemu wcześniejsze rozwiązanie umowy i niezależnie od tego kiedy to będzie miało miejsce kosze te przejdą na własność zamawiającego bez żadnego odszkodowania. W ocenie wykonawcy kwestionowane zapisy powinny zostać wykreślone w całości, względnie powinny uwzględniać możliwość żądania przez wykonawcę zwrotu kosztów ich zakupu, choćby jeżeli nie w pełnej wysokości to w wysokości odpowiedniej do czasu trwania umowy.

Ad 10)

Paragraf 1 ust. 4 załącznika nr 3 do SIWZ uprawnia zamawiającego do dowolnego i niczym nieograniczonego prawa do jednostronnego dokonywania zmian ilości powierzchni sprzątaných przystanków i pętli, ilości mytych wiat, ilości opróżnianych koszy oraz częstotliwości wykonywania poszczególnych prac. W związku z tym należy stwierdzić, że w zakresie ww. postanowień pełne zastosowanie znajdzie uzasadnienie przywołane w pkt ad 1.4, które odwołujący czyni integralną częścią niniejszego punktu.

Ad 11)

Paragraf 1 ust. 5 załącznika nr 3 do SIWZ zastrzega zamawiającemu dowolne i niczym nieograniczone prawo do jednostronnego ustalania i zmian harmonogramów wykonywania umowy. W związku z tym należy stwierdzić, że w zakresie ww. postanowienia pełne zastosowanie znajdzie uzasadnienie przywołane w pkt ad 1.4, które odwołujący czyni integralną częścią niniejszego punktu.

Ad 12)

Postanowienia § 4 ust. 8 lit. „h”, „i” SIWZ nie precyzują kto jest wytwórcą odpadów, jak często wystawiane mają być Karty Przekazania Odpadu, jakiego typu oraz na czyją rzecz ma być prowadzona sprawozdawczość. Brak tych parametrów świadczenia usług uniemożliwia należyłą wycenę oferty.

Ad 13)

Paragraf 7 ust. 1 załącznika nr 3 do SIWZ zobowiązuje wykonawcę do powtórnego wykonania czynności opisanych w tym postanowieniu bez odrębnego wynagrodzenia. Tego rodzaju zapis jest absolutnie niedopuszczalny, albowiem może on w skrajnych wypadkach spowodować, że wykonawca będzie musiał wykonywać te czynności w sposób nieprzerwany, ciągły. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca nie ma wpływu na to co będzie się działo na przystanku lub pętli przez 4 godziny po jego sprzątnięciu. Zatem wystarczy, że ktoś kopnie w śmietnik, zniszczy wiatę lub nawet rzuci kilka śmieci czy niedopałków, a wykonawca powtórnie i nieodpłatnie będzie musiał wykonywać swoje czynności. To powoduje, że odwołujący nie jest w stanie wycenić swojej oferty, albowiem nie wie w jakim stopniu niektóre czynności będzie musiał wykonywać nawet kilkakrotnie.

Ad 14)

Paragraf 13 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ określa, że podstawą do wystawiania faktur VAT będą m.in. protokoły wyrywkowych kontroli. Zapis ten jednoznacznie sugeruje, że kontrole takie będą przeprowadzane jedynie przez przedstawicieli zamawiającego bez udziału przedstawicieli wykonawcy. Taki zapis oczywiście narusza zasadę swobody umów oraz zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, albowiem uniemożliwia on wykonawcy udział w kontroli i weryfikację prawdziwości ustaleń takiej kontroli. Ten zapis w korelacji z możliwością nakładania na wykonawcę kar umownych oczywiście narusza ww. przepisy prawa.

Ad 15)

Paragraf 15 ust. 5 i 7 załącznika nr 3 do SIWZ upoważnia zamawiającego do pobrania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub potrącenia z faktur wystawionych przez wykonawcę „należności, odszkodowań i kar umownych” bez należytego udowodnienia, że „należności, odszkodowania lub kary umowne” są uzasadnione i wymagalne. Tego rodzaju zapis, oczywiście narusza zasadę równości stron określoną w Kodeksie cywilnym, albowiem uprawnia jedną ze stron stosunku cywilnoprawnego do dowolnego pozbawienia (przynajmniej czasowego) drugiej strony jej wynagrodzenia. Dodatkowo takie działanie może wpłynąć na płynność finansową drugiej strony. W powiązaniu z tym, że wykonawca w razie opóźnienia w płatności może domagać się od zamawiającego jedynie 70 % odsetek

ustawowych w praktyce zamawiający może kredytować swoją działalność poprzez nakładanie bezzasadnych kar i ich potrącanie z faktur.

Ad 16)

Załącznik nr 5 do SIWZ zobowiązuje wykonawcę do przedłożenia przez wykonawców dowodów rejestracyjnych samochodów oraz dźwigu. Tego rodzaju dokumentu nie wymienia żaden przepis ani PZP, ani cytowanego na wstępie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. W świetle tego oczywiste jest, że zamawiający nie ma prawa jego żądać.

5 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę **AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa** .

Wykonawca ten wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu na korzyść Odwołującego rozstrzygnięcia odwołania złożonego przez wykonawcę SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Zawodzie 5, 02 – 981 Warszawa, ponieważ skonstruowane postanowienia SIWZ uniemożliwiają zgłaszającemu przystąpienie przygotowanie i złożenie oferty w sposób należyty.

5 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Obozowej 43, 01-161 Warszawa**.

Wykonawca ten wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Odwołującego w zakresie punktów 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 z odwołania, gdyż działanie Zamawiającego uniemożliwia zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego sporządzenie rzetelnej, konkurencyjnej i zgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych oferty.

Wnosi o uznanie odwołania w punktach 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 jako uzasadnionego, w konsekwencji dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania tak aby:

- ~ Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z użyciem dokładnych i jednoznacznie zrozumiałych, dla wszystkich stron postępowania określeń oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,

- ~ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nie naruszający zasady równości stron stosunku cywilnego oraz zasad współżycia społecznego i zasady swobody umów,
- ~ zamawiający usunął z załącznika nr 5 do SIWZ zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia wykonawców dowodów rejestracyjnych samochodów oraz dźwigu.

8 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo procesowe Zamawiającego „Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie”.

Zamawiający uwzględnił zarzuty z odwołania uzasadnione w punktach 1-3, 6, 8, 13 -14 i 16 odwołania, zaś w stosunku do zarzutów wymienionych w punktach 4-5, 7, 9-12 i 15 odwołania wniósł o ich oddalenie.

Zamawiający ustosunkował w piśmie się do każdego z punktów odwołania stanowiących argumentację Odwołującego, i tak:

- 1) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w VII. 1. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) oraz § 4 ust. 1 lit. e załącznika nr 3 do SIWZ (dalej: projektu umowy) po słowie „nieczystości” dopisał „- liści, gałęzi itp.”;
- 2) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w VII,2.f SIWZ oraz § 4 ust.2 lit. f projektu umowy usunął słowo „wzmózonych”;
- 3) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w VII.2.g SIWZ oraz § 4 ust.2 lit. g projektu umowy zamiast słowa „obfitych” wpisał wyrażenie: *„intensywnych, tj. zgodnie z definicją Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej obfitych opadów występujących na rozległych obszarach i trwających przez kilka dni, a także krótkotrwałych (zazwyczaj do kilkudziesięciu minut) ulew i nawałnic”*. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż zgodnie z § 4 ust. 2 lit. d projektu umowy śnieg ma być składowany tak, aby nie utrudniał ruchu pieszego i ulicznego wsiadania czy wysiadania z pojazdów komunikacji miejskiej. Zgodnie z § 9 pkt 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m. st. Warszawy *„błoto, śnieg i lód z chodników położonych bezpośrednio przy granicy nieruchomości powinny być gromadzone w przyzmach na skraju chodnika od strony jezdni z zachowaniem możliwości odpływu wody roztopowej, pozostawiając wolne przejście dla pieszych”*;
- 4) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu VII.7.a-e SIWZ w ocenie Zamawiającego jest bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. W projekcie umowy Zamawiający określił minimalne ilości opróżnień koszy, które mogą zostać zwiększone np. ze względu na zwiększenie potoku pasażerów w danym rejonie na przystankach komunikacji miejskiej. W momencie zawierania umowy, trudno jest przewidzieć, jakie zmiany i w jakiej ilości nastąpią w wyniku awarii, remontów i zmian w komunikacyjnych, które nie zawsze zależą od Zamawiającego;

- 5) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu XIV. 2 SIWZ jest w ocenie Zamawiającego bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. W ocenie Zamawiającego żądanie Odwołującego, aby dla czynności sprzątnięcia powierzchni przystanku, sprzątnięcia pętli i skoszenia powierzchni zieleni ceny jednostkowe były wyrażone dla 100 m<sup>2</sup>, a nie 1 m<sup>2</sup> jest całkowicie pozbawione podstawy prawnej. W kontekście faktu, iż w ostatnim przetargu na przedmiotową usługę, w której Odwołujący brał udział z pozytywnym skutkiem i ceny ofert wyrażane były identycznie, dziwi argument Odwołującego o uniemożliwieniu podania prawidłowej ceny;
- 6) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w VI.3.1 SIWZ oraz § 4 ust.8 lit. c projektu umowy dopisał „- nie przekroczy to 5% w danym rejonie; o każdorazowej zmianie dotyczącej przestawienie koszy Wykonawca zostanie poinformowany przez zamawiającego w formie pisemnej zgodnie z warunkami umowy - § 4 ust. 2 lit. g". Zamawiający podniósł, iż trudno określić w danej chwili liczbę przestawień koszy, gdyż wynikają one z przeprowadzanych remontów przystanków, dewastacji jak i przestawień przez osoby do tego nieupoważnione;
- 7) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu VI.3.n SIWZ jest w ocenie zamawiającego — bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Częstotliwość czynności mycia koszy została określona w §4 ust.8 lit.e projektu umowy, będącego elementarną częścią SIWZ;
- 8) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w VI.3.p SIWZ oraz § 4 ust.8 lit. g projektu umowy dopisał „- nie przekroczy to 5% w danym rejonie; zmiany lokalizacji wynikać mogą z przeprowadzanych remontów przystanków, dewastacji jak i przestawień przez osoby do tego nieupoważnione";
- 9) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu VI.4 SIWZ oraz §2 projektu umowy jest w ocenie zamawiającego bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Zamawiający uzasadnił, iż zakupione przez Wykonawcę kosze zostaną ustawione w terminach wskazanych w umowie. Po zakończeniu umowy lub w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy przechodzą na własność Zamawiającego. Zamawiający w momencie podpisania umowy nie zakłada jej rozwiązania w terminie innym niż wskazana w umowie. Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż w ostatnim przetargu na przedmiotową usługę, w której Odwołujący brał udział z pozytywnym skutkiem, Odwołujący nie kwestionował tej regulacji;
- 10) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu §1 ust. 4 projektu umowy jest w ocenie zamawiającego bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Zamawiający zastrzega prawo do zmian ilości i powierzchni sprzątniętych przystanków, ilości mytych wiat ilości opróżnień koszy oraz częstotliwości wykonywania poszczególnych prac, gdyż wynika to ze zmian np. czasowego zawieszenia przystanków (sprzątnięcia

i opróżniania koszy), likwidacji wiat przystankowych ze względu na zły stan techniczny. Zmiany te nie są zależne od Zamawiającego. Należy zauważyć, iż w VI.3 SIWZ wskazane zostały prace, które mogą się wahać  $\pm 20\%$ ;

- 11) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu §1 ust. 5 projektu umowy jest w ocenie Zamawiającego bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia jak i zmniejszenia prac związanych ze sprzątnięciem przystanków, pętli, opróżnianiem koszy, myciem wiat przystankowych itp. Należy zauważyć, iż w VI. 3 SIWZ zamawiający określił wartości dotyczące prac związanych z utrzymaniem w czystości przystanków lokalnego transportu zbiorowego, które mogą wahać  $\pm 20\%$ , gdyż nie zawsze są one zależne od Zamawiającego;
- 12) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu §4 ust.8 lit. h-i projektu umowy jest w ocenie Zamawiającego bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Treść §4 ust. 8 lit. i wyraźnie precyzuje, iż wykonawca będzie dostarczał co miesiąc informacje dotyczące ilości zebranych odpadów. Do obowiązków Wykonawcy należeć będzie prowadzenie sprawozdawczości i dokumentacji dotyczącej zarządzania odpadami (związane z odpadami) na podstawie obowiązujących przepisów prawa;
- 13) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i treść § 7 ust.1 projektu umowy została wykreślona;
- 14) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w § 16 projektu umowy dopisał ust.7-10 o następującej treści. *„7. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania kontroli w trakcie realizacji umowy. Z przeprowadzonych wyrywkowych kontroli sporządzony będzie protokół. W przypadku braku uwag, zamawiający ma prawo sporządzić protokół. 8. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do skierowania upoważnionej osoby do udziału w kontroli w wyznaczonym czasie i miejscu w danym rejonie. Podstawą do odliczeń oraz naliczania kar będzie protokół podpisany przez przedstawiciela zamawiającego i wykonawcy z zastrzeżeniem ust. 10. W przypadku niestawienia się do udziału w kontroli przedstawiciela Wykonawcy w ciągu 40 min od wezwania, sporządzony zostanie protokół jednostronny, który będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczania kar. Kopia protokołu stwierdzającego nieprawidłowości zostanie wysłana faxem na numer wskazany przez Wykonawcę”.*
- 15) Zarzut Odwołującego dotyczący zapisu §15 ust. 5 i 7 projektu umowy jest w ocenie zamawiającego bezzasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Zgodnie z § 15 ust. 5 projektu umowy Zamawiający uprawniony jest do pobrania części lub całości zabezpieczenia na pokrycie obciążających Wykonawcę zobowiązań z tytułu należności, odszkodowań i kar umownych przysługujących Zamawiającemu m.in. w przypadkach opisanych w punktach od a do h (zapis „w szczególności” wskazuje,



iz jest to katalog otwarty). Katalog kar umownych został określony w § 16 umowy, zgodnie z którym kary umowne będą naliczane za każdy przypadek niewykonania, nienależytego wykonania lub nieterminowego wykonania umowy. Powyższy zapis jest odpowiednikiem art. 483 KC, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Kara zastrzeżona w umowie należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bez względu na wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody (art. 484 kodeksu cywilnego). Istotą kary umownej jest to, iż ma ona mobilizować wykonawcę do należytego wykonania umowy, więc nie może być mowy, iż wprowadzenie kar umownych narusza zasadę równości stron. Nie jest prawdą, w ocenie Zamawiającego, iż przewidziane w umowie kary umowne, prowadzą do dowolnego pozbawienia drugiej strony wynagrodzenia, o czym pisze Odwołujący. Zobowiązany do zapłaty kar umownych, może zawsze jeśli nie zgadza się z ich naliczeniem w ogóle lub wysokością kary, wnieść sprawę do sądu i udowodnić swoje racje.

W zakresie potrącenia kwot naliczonych kar umownych z płatności wynagrodzenia należnego Wykonawcy, to zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498 i następane) jest ono możliwe jedynie w sytuacji, gdy przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone co do gatunku i obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym.

- 16) Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i treść załącznika nr 5 do SIWZ została zmieniona. Zgodnie z IX.1.e specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz III.2.3 ogłoszenia Zamawiający na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wymaga złożenia wraz z ofertą *wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (zgodnego w treści z załącznikiem nr 5 do SIWZ)*. Żaden zapis SIWZ oraz ogłoszenia nie zobowiązuje wykonawców do złożenia kopii dowodów rejestracyjnych, których nie złożenie skutkuje wykluczeniem wykonawcy i w konsekwencji odrzuceniem oferty. Załącznik nr 5 zawiera w swojej treści wyrażenie: *„w załączeniu kopie dowodów rejestracyjnych w/w samochodów oraz dźwigów”*, podobnie jak wyrażenie: *„w załączeniu pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia samochodów oraz dźwigu (alternatywnie/”*, jednak w zamyśle zamawiającego miał to być przykład *„informacji o podstawie dysponowania tymi zasobami”*, o której mowa w §1 ust 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający wyjaśnia,

iż nie było intencją Zamawiającego żądanie od wykonawców dokumentów, które nie zostały wymienione w cyt. rozporządzeniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 2 listopada 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego tj. AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa oraz wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Obozowej 43, 01-161 Warszawa. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – *zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu*

odwołania 2 listopada 2010 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Obozowej 43, 01-161 Warszawa nastąpiło 5 listopada 2010 roku a zgłaszający przystąpienie przekazali w tym terminie Odwołującemu i Zamawiającemu kopię zgłoszenia przystąpienia.

Wykonawca AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa oraz wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Obozowej 43, 01-161 Warszawa zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłaszają przystąpienia. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Izby w formie pisemnej, a ich kopie przekazali zgłaszający przystąpienie Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie tym samym Izba uznał, iż wykonawca AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa oraz wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Obozowej 43, 01-161 Warszawa stali się uczestnikami postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz ogłoszenie o zamówieniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie w tym: „*Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*” złożoną przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć*

*istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje iż, niezbędnym do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych jest oznaczenie przedmiotu postępowania, wyczerpujące oraz jednoznaczne, pozwalające na porównanie złożonych w postępowaniu ofert. Wykonawcy składając oferty w postępowaniu odpowiadają na publiczne ogłoszenie, tak więc informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz innych dokumentach tj. w szczególności w Specyfikacji określających potrzeby Zamawiającego. Niewątpliwie, Zamawiający będąc organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując swoje uprawnienia nie może kształtować w sposób negatywny sytuacji podmiotów ubiegających się o owe zamówienia publiczne poprzez niezrealizowanie obowiązków jakie nakłada na Zamawiającego ustawa.

Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do *opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* Zważyć w tym miejscu należy, iż opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego ma istotne znaczenie zarówno na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem wpływa na szacowne wartości zamówienia a w konsekwencji na stosowane przez Zamawiającego regulacje prawne; jednocześnie opis przedmiotu zamówienia ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o postanowieniach przyszłej umowy.

Należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych co w konsekwencji może wpływać na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. Wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji przetargowej, poprzedzający przedmiot następnie zawieranej umowy nie podlega, po wyborze oferty najkorzystniejszej, negocjacom, dookreśleniom ani innym zabiegom mających na celu sprecyzowanie przedmiotu a zakres świadczenia jaki został zaoferowany przez wykonawcę musi być tożsamy z tym zawartym w umowie. Automatyczne przejście pomiędzy ofertą złożoną w postępowaniu przetargowym a umową wzmacnia istniejący w art. 29 ust.1 ustawy

obowiązek nałożony na Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy Zamawiający opisz przedmiot zamówienia poprzez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt, ale również, gdy Zamawiający nie dokona właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Zasada określona w art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* – zasada uczciwej konkurencji będąca zabezpieczeniem szerokiego dostępu wykonawców do rynku zamówień ma gwarantować Zamawiającemu możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego oraz korzystnej cenowo a więc sprzyjającej celowemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Jednakże, aby założenia jakich osiągnięcie ma być efektem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zostały spełnione, konieczne jest aby Zamawiający wypełnił ciążące na nim obowiązki w tym obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, przejrzysty, wyczerpujący prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem konkurencja pomiędzy ofertami, które zostaną złożone w postępowaniu nie będzie możliwa a to doprowadziłoby do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w piśmie „*Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*” uwzględnił odwołanie w zakresie punktów 1-3, 6, 8, 13 -14 i 16 stanowiących uzasadnienie w zakresie podniesionych zarzutów, które Odwołujący podtrzymał na rozprawie. Izba rozpoznała odwołanie w powyżej wskazanych punktach i uznała, iż w powyższym zakresie zarzuty zasługują na uwzględnienie. Uwzględniając odwołanie w powyższym zakresie, wskazując, iż orzeczenie wydawane jest w oparciu o stan faktyczny jaki istniał w dniu złożenia odwołania, Izba nakazuje dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następujący sposób:

- w punkcie VII SIWZ pkt 1 lit. e) oraz § 4 ust. 1 lit. e załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy „oczyszczanie nieczystości tj. liści, gałęzi itp. z powierzchni dachów wiat przystankowych,”

- w punkcie VII SIWZ pkt 2 lit. f) oraz § 4 ust. 2 lit. f załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy „przy opadach śniegu i występowaniu gołoledzi odśnieżenie przystanków oraz likwidacja gołoledzi aż do całkowitego usunięcia śniegu i zabezpieczenia przed gołoledzią powierzchni przystankowych (powierzchnie naturalne), codziennie, niezależnie od przyjętych częstotliwości sprzątania,”

- w punkcie VII SIWZ pkt 2 lit. g) oraz § 4 ust. 2 lit. g załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy „w przypadku intensywnych opadów śniegu (intensywne tzn. zgodnie z definicją Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej obfitych opadów występujących na rozległych obszarach i trwających przez kilka dni, a także krótkotrwałych (zazwyczaj do kilkudziesięciu minut) ulew i nawałnic) i braku możliwości składowania, wywożenie śniegu z przystanków w wyznaczone miejsca, zabezpieczone przez Wykonawcę wyłącznie na podstawie dodatkowych, pisemnych zleceń Zamawiającego,”

- w punkcie VI SIWZ pkt 3 lit. i) oraz § 4 ust. 8 lit. c) załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy

~ punkt VI SIWZ pkt 3 lit. i) – „zawieszenie przez Wykonawcę koszy metalowych w miejscach i terminach wskazanych przez Zamawiającego; szczegółowy harmonogram rozstawiania i zawieszania przedmiotowych koszy ustalany będzie przez Zamawiającego z wykonawcą na bieżąco, jednakże nie przekroczy to 5% w danym rejonie; o każdorazowej zmianie dotyczącej przestawienia koszy Wykonawca zostanie poinformowany przez Zamawiającego na podstawie dodatkowych, pisemnych zleceń Zamawiającego,”

~ § 4 ust. 8 lit. c) załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy – „ustawienie betonowych koszy w przypadku ich przewrócenia lub przestawienia w inne miejsce, jednakże nie przekroczy to 5% w danym rejonie; o każdorazowej zmianie dotyczącej ustawienia koszy Wykonawca zostanie poinformowany przez Zamawiającego na podstawie dodatkowych, pisemnych zleceń Zamawiającego,”

- w punkcie VI SIWZ pkt 3 lit. p) oraz § 4 ust. 8 lit. g) załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy „zmiana lokalizacji koszy wg pisemnej dyspozycji Zamawiającego, jednakże nie przekroczy 5% w danym rejonie; zmiany lokalizacji wynikać mogą z przeprowadzanych remontów przystanków, dewastacji jak i przestawień przez osoby do tego nieupoważnione”

- wykreślenie § 7 ust. 1 załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy,

- w § 16 załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy wprowadzić następującą treść w ust. 7-10:

*„ust. 7. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania kontroli w trakcie realizacji umowy. Z przeprowadzonych wrywkowych kontroli sporządzony będzie protokół. W przypadku braku uwag, Zamawiający ma prawo sporządzić protokół.*

*ust. 8. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do skierowania upoważnionej osoby do udziału w kontroli w wyznaczonym czasie i miejscu w danym rejonie.*

*ust. 9. Podstawą do odliczeń oraz naliczania kar będzie protokół podpisany przez przedstawiciela Zamawiającego i Wykonawcy z zastrzeżeniem ust. 10.*

*ust.10. W przypadku niestawienia się do udziału w kontroli przedstawiciela Wykonawcy w ciągu 40 min od wezwania, sporządzony zostanie protokół jednostronny, który będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczania kar. Kopia protokołu stwierdzającego nieprawidłowości zostanie wysłana faxem na numer wskazany przez Wykonawcę”.*

- w zakresie załącznika nr 5 do SIWZ – wykreślenie zwrotu „w załączeniu kopie dowodów rejestracyjnych w/w samochodów oraz dźwigów”,

Izba rozpoznając odwołanie w zakresie punktu 4 stanowiącego uzasadnienie w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy uznała, iż odwołanie w tym zakresie podlega uwzględnieniu. Uregulowania zawarte w punkcie VII SIWZ pkt 7 nieokreślają przedmiotu zamówienia w sposób wystarczający, uniemożliwiający prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia a tym samym nie stanowią o faktycznej wielkości zamówienia. W ocenie Izby, trudności po stronie Zamawiającego doprecyzowania przedmiotu zamówienia nie mogą być podstawą do niestosowania regulacji ustawowych i prowadzić do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy. W wyniku uwzględnienia Izba nakazuje modyfikację w punkcie VII SIWZ pkt 7 w taki sposób aby jednoznacznie wynikało z tej regulacji z jakiej ilości koszy w poszczególnych rejonach usuwane będą nieczystości, ile razy w tygodniu oraz ile razy dziennie. Przedmiot zamówienia w zakresie określonym w punkcie VII pkt 7 lit. a-e SIWZ został określony został według następującego schematu (przykłada z SIWZ): „d) część D (rejon IV i VII) – 30 koszy – 6 razy w tygodniu do godziny 7:00 z możliwością zwiększenia częstotliwości do 7 raz w tygodniu i 1344 koszy – z możliwością dziennego opróżniania 1-3 razy – przez 7 dni w tygodniu”. Zamawiający wzmocnił nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia zamieszczając regulację odnoszącą się do wszystkich pozycji (lit. a – e) pkt 7 wskazując, iż Zamawiający „jest uprawniony do ustalania harmonogramu usuwania nieczystości z koszy dla poszczególnych lokalizacji koszy, w tym również do zmniejszania i zwiększania częstotliwości”. Zamawiający taką regulacją dopuszcza dowolność realizacji przedmiotu zamówienia, jednocześnie

nie określając minimalnego progu realizacji usługi, a także podstaw dokonywania zmian w harmonogramie, czasu dokonywania tych zmian i informowania o tym Wykonawcy realizującego usługę.

Należy zaznaczyć w tym miejscu, iż Zamawiający w SIWZ określił w części VI pkt 3 lit. f) *bieżące opróżnianie z odpadów i usuwanie nieczystości z koszy ustawionych na przystankach i pętłach z bieżącym wywożeniem i unieszkodliwianiem odpadów na wysypisku (...) – część D (rejon IV i VII) z ok. 1 374  $\pm$ 20% koszy (zlecana średnia ilość opróżnień koszy będzie wynosiła tygodniowo 9 588  $\pm$ 20%).*

Część VI SIWZ zatytułowana została *Opis przedmiotu zamówienia* zaś w części VII SIWZ zatytułowanej *Warunki realizacji zamówienia* Zamawiający definiuje sposób realizacji stanowiący niewątpliwie część opisu przedmiotu zamówienia, który w przypadku realizacji zamówień na usługi stanowi istotny element opisu. Powyższy przytoczony przykład w zakresie części D wskazuje, iż zgodnie ze sposobem realizacji przedmiotu zamówienia ilość koszy jaka w tygodniu będzie podlegać opróżnieniu może wzrosnąć do 28 434 co wynika z matematycznego działania przeprowadzonego na podstawie regulacji zawartych w punkcie VII pkt 7 lit. d SIWZ  $((30 \text{ koszy} \times 6) + 30) + ((1344 \text{ koszy} \times 7) \times 3) = 28\,434$ . Tym samym, Wykonawca nie znając podstaw dokonywanych zmian w zakresie zlecenia ilości opróżnianych koszy nie ma możliwości przyjęcia podstawy do dokonania wyceny oferty; należy zaznaczyć iż różnica w przytoczonym przykładzie wynosi prawie trzykrotność ilości zleconych opróżnień koszy (2,9655).

W przypadku przedmiotu zamówienia, którego określenie przedmiotu zamówienia jest utrudnione z uwagi na jego charakter Zamawiający dysponuje „narzędziami”, w które wyposaża go ustawa, a które dają możliwość sprecyzowania potrzeb Zamawiającego oraz określenie progu realizacji zamówienia niezbędnego do prawidłowej kalkulacji wartości zamówienia przez Wykonawcę. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość, uprawnienie do skorzystania z instytucji prawa opcji oraz zamówień uzupełniających, które to instytucje pozwolą Zamawiającemu na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zabezpieczający potrzeby Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny ofert przez wykonawców.

Zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy *jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Zastosowanie przez Zamawiającego prawa opcji stanowi jego uprawnienie. Niewątpliwie informacja tak powinna być zawarta w opisie przedmiotu zamówienia a warunki realizacji prawa opcji określone w kontrakcie. Zamawiający przewidując prawo opcji zobowiązany jest do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Instytucja prawa opcji pozwala na określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez*



Zamawiającego zrealizowany, pozwala to Wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty.

Na podstawie art. 67 ust 6 ustawy *Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli (...) w przypadku udzielenia, w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.* Uwzględnienie zamówienia uzupełniającego stanowi uprawnienie Zamawiającego, jednakże uprawnienie to zobowiązuje Zamawiającego do przewidzenia zamówienia uzupełniającego już na etapie ogłoszenia zamówienia podstawowego. Zamówienie uzupełniające może być jedynie zamówieniem tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, czyli dotyczyć takich samych usług jak usługi zawarte w zamówieniu podstawowym i może być udzielone jedynie, gdy zamówienie podstawowe zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Sam Zamawiający decyduje o zastosowaniu zamówień uzupełniających a ich realizacja odbywająca się w osobnym postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki może być dokonana jednorazowo lub kilkakrotnie, jednakże nie może przekroczyć ilości jaka została przewidziana przez Zamawiającego w dokumentacji, lecz nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego.

Powyżej wskazana instytucja prawa opcji oraz zamówienie uzupełniające różnią się tym, iż prawo opcji zobowiązuje Zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Natomiast zamówienie uzupełniające stanowi dodatkową umowę, zawartą w wyniku przeprowadzenia procedury w trybie zamówienia z wolnej ręki. Podsumowując ustawodawca wyposażył Zamawiającego w „narzędzia” pozwalające na uwzględnienie różnych sytuacji mających wpływ na sporządzenie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia; instytucje prawa opcji umożliwiającą Zamawiającemu wkalkulowanie w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tegoż zamówienia, zobowiązując Zamawiającego do realizacji założonego progu i opcjonalnie realizacji zamówienia w określonym w zakresie określonym prawem opcji oraz zamówienie uzupełniające pozwalające Zamawiającemu na zwiększenie zamówienia podstawowego o 50 % w przypadku, gdy zamówienie podstawowe to usługa, aż po przeprowadzenie ponownie postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku zrealizowania umowy przed upływem końcowego terminu realizacji zamówienia.

Tak więc, opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty stanowi obowiązek Zamawiającego i jest koniecznością dla poprawnego przeprowadzenia postępowania. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym, prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez Zamawiającego. Uzasadnienie Zamawiającego, iż nie ma on możliwości przewidzenia w chwili zawierania umowy wielkości potrzeb, bowiem realizacja usługi wynika z kształtowania się bieżących potrzeb nie może stanowić podstawy dla opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jaki dokonał tego w SIWZ, ponieważ ustawodawca umożliwi doprecyzowanie tego opisu z wykorzystaniem powyżej wskazanych „narzędzi”.

Izba rozpoznając odwołanie w zakresie punktu 10 i 11 stanowiącego uzasadnienie w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy a także art. 5 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 ustawy wskazuje, iż korelują one z wcześniej uwzględnionymi zarzutami odwołania zawartymi w punktach 4 odwołania. Zarzut uzasadniony w punkcie 10 odnosi się do § 1 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy – *Zamawiający zastrzega sobie prawo wprowadzania w trakcie trwania umowy zmian ilości i powierzchni sprzątanых przystanków i pętli, ilości mytych wiat, ilości opróżnianych koszy oraz częstotliwości wykonywania poszczególnych rodzajów prac, informując pisemnie o zmianach Wykonawcę. Decyzje i ustalenia wprowadzone przez Zamawiającego będą wiążące dla Wykonawcy i nie będą wymagały zmian umowy.*

Z ustaleń dokonanych na rozprawie oraz złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika, w zakresie regulacji § 1 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ -Projekt umowy, iż zastrzeżone prawo dokonywania zmian ilościowych realizowanej usługi dotyczy sytuacji nieprzewidywalnych tj. nagłe zamknięcie ulicy, przejazdy VIP-ów itp. niezależnych od Zamawiającego oraz nie przekroczy ono w sumie 20% wielkości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Izba wskazuje, iż dokonywanie tych zmian nie może następować w sposób niemożliwy do realizacji przez Wykonawcę tzn. zlecenie wykonania nawet nieprzewidywalnych przez Zamawiającego czynności musi być możliwe, a więc musi nastąpić w realnym do wykonania czasie. W wyniku poczynionych ustaleń Izba nakazuje modyfikację w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Załączniku nr 3 – Projekt umowy § 1 ust. 4 w następujący sposób: *Zamawiający w sytuacjach **nieprzewidywalnych** (tj. nagłe zamknięcie ulicy, przejazdy VIP-ów itp. niezależne od Zamawiającego) zastrzega sobie, w tym zakresie, prawo wprowadzania w trakcie*

trwania umowy zmian ilości i powierzchni sprzątaných przystanków i pętli, ilości mytych wiat, ilości opróżnianych koszy oraz częstotliwości wykonywania poszczególnych rodzajów prac, informując pisemnie o zmianach Wykonawcę w *czasie realnym* do ich realizacji. Decyzje i ustalenia wprowadzone przez Zamawiającego będą wiążące dla Wykonawcy, nie *przekroczą ±20 % wielkości przedmiotu umowy dla poszczególnych rejonów i nie będą wymagały zmian umowy.*

Zarzut uzasadniony w punkcie 11 odnosi się do § 1 ust. 5 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy – *Prace będące przedmiotem umowy wykonywane będą zgodnie z harmonogramami ustalonymi przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmian harmonogramu.* Zamawiający jest uprawniony do określenia harmonogramów realizacji usługi, jednakże sposób stworzenia harmonogramów powinien być oparty na jasnych i czytelnych zasadach co do czasu i sposobu tworzenia harmonogramów oraz powinien określać zasady, czas i zakres wprowadzanych w harmonogramach zmian. Odniesienie się przez Zamawiającego w piśmie „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” do punktu VI punkt 3 SIWZ wskazującego na ewentualne zmiany w harmonogramach realizacji w zakresie ±20% realizacji poszczególnych usług nie zostało wyartykułowane w sposób jasny i precyzyjny, iż dotyczy zmiany w zakresie harmonogramu, jednocześnie nie wskazał Zamawiający ani czasu ani zasady wprowadzania tych zmian, pozostawiając ryzyko ponoszenia odpowiedzialność za ewentualną niezgodną z harmonogramem realizacji usługi po stronie Wykonawcy. Wykonawca nie wykazał, iż niezbędnym jest wprowadzenie 60 dniowego terminu na wprowadzanie zmian w obowiązujących harmonogramach realizacji usług, jednakże wskazując na regulacje projektu umowy w zakresie ewentualnie ponoszonych kar umownych (§ 16) za nieterminowość realizacji usługi zgodnie z ustalonymi harmonogramami sprzątnia niezbędne jest umożliwienie Wykonawcy w realnym terminie zapoznania się z wprowadzonymi przez Zamawiającego zmianami w obowiązujących harmonogramach. Przy uwzględnieniu faktu, iż regulacja § 1 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy stanowi swoistego rodzaju regulację specjalną co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, niemieszczącą się postanowieniach § 1 ust. 5 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy Izba nakazuje modyfikację w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Załączniku nr 3 – Projekt umowy § 1 ust. 5 w następujący sposób: *Prace będące przedmiotem umowy wykonywane będą zgodnie z harmonogramami ustalonymi przez Zamawiającego, które zostaną przekazane Wykonawcy nie później niż na 30 dni przed terminem rozpoczęcia obowiązywania poszczególnych harmonogramów. Zamawiający ma prawo zmian harmonogramów, w zakresie nieprzekraczającym ±20 % wielkości w stosunku do pierwotnego zakresu określonego w poszczególnych przekazanych Wykonawcy harmonogramach; zmiany harmonogramów zostaną przekazane Wykonawcy nie później niż na 7 dni przed terminem rozpoczęcia obowiązywania poszczególnych harmonogramów.*

W zakresie punktu 5 stanowiącego uzasadnienie w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. W punkcie XIV SIWZ punkt 2 Zamawiający wskazał sposób przyznawania punktów w zakresie między innymi zaoferowanych cen jednostkowych  $C_2$  – *cena brutto sprzętania 1 m<sup>2</sup> powierzchni przystanku*,  $C_3$  – *cena brutto sprzętania 1 m<sup>2</sup> powierzchni pętli*,  $C_5$  – *cena brutto sprzętania 1 m<sup>2</sup> powierzchni zieleni*.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w punkcie XV SIWZ – Opis sposobu obliczania ceny w punkcie 3 zobowiązał wykonawców, iż *wszystkie ceny podane w formularzu ofertowym powinny być wyrażone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku*. Jednocześnie wskazując w punkcie XIV SIWZ punkt 5, iż *podana w formularzu ofertowym łączna cena brutto dla każdej części osobno służyć będzie tylko do porównania ofert, do rozliczenia z Wykonawcą służyć będą odpowiednie stawki (ceny) brutto zgodnie z powyższym opisem  $C_1$ –  $C_7$* . zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wymaga podania cen do dwóch miejsc po przecinku i na podstawie cen jednostkowych będzie rozliczał realizację umowy. Zamawiający ukształtował wymagania zgodnie z potrzebami jakie posiada w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w jednakowych warunkach gospodarczych i czasie dokonywania wyceny.

W zakresie punktu 7 stanowiącego uzasadnienie w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. Uregulowania zawarte w punkcie VI SIWZ pkt 3 lit. n) – *Zamówienie obejmuje następujące czynności i prace, zwane dalej „pracami”: (...) n) mycie koszy metalowych i betonowych oraz wkładów w koszach betonowych* – zostały dookreślone przez Zamawiającego w projekcie umowy stanowiącej Załącznik nr 3 do SIWZ w § 4 ust.8 lit. e) – *mycie koszy metalowych i betonowych oraz wkładów metalowych w koszach betonowych na zlecenie Zamawiającego z częstotliwością 3 razy w roku (z wyłączeniem miesięcy od listopada do kwietnia)*. Zaznaczyć należy, iż Odwołujący nie odnosił się do regulacji zawartej w projekcie umowy, tym samym nie kwestionował mycia koszy metalowych i betonowych oraz wkładów metalowych w koszach betonowych na zlecenie Zamawiającego z częstotliwością 3 razy w roku (z wyłączeniem miesięcy od listopada do kwietnia).

W zakresie punktu 9 podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. W punkcie VI SIWZ pkt 4 Zamawiający określił, iż *w trakcie trwania umowy właścicielem nowo zakupionych koszy będzie Wykonawca, natomiast z dniem wygaśnięcia umowy lub rozwiązania umowy – bez względu na tryb takiego wygaśnięcia lub rozwiązania – na Zamawiającego automatycznie bez dodatkowych opłat przejdzie prawo własności wszystkich koszy dostarczonych przez Wykonawcę zgodnie z umową*. W § 2 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy Zamawiający zawarł regulację *Strony zgodnie ustalają, że z dniem wygaśnięcia lub rozwiązania umowy na Zamawiającego automatycznie i bez*

*dodatkowych opłat przechodzi prawo własności wszystkich koszty dostarczonych przez Wykonawcę zgodnie z umową.*

Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równości traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności, zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jednakże poza wyartykułowanymi wprost zasadami należy zwrócić jeszcze uwagę na zasadę, choć nie ujętą *explicite* w ustawie, jednakże wynikającą z różnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych a mianowicie zasadę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu udzielenia tegoż zamówienia. Zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia dąży do udzielenia zamówienia tj. podpisania umowy z Wykonawcą, który będzie realizował tą umowę zgodnie z zawartymi w jej treści ustaleniami. Celem Zamawiającego nie jest doprowadzenie do rozwiązania umowy nim przedmiot zamówienia nie zostanie wykonany. Strony umowy podpisując umowę w dobrej wierze nie zakładają, że od umowy będzie trzeba odstąpić. Uwzględnienie w umowie warunków rozwiązania umowy (§ 18) oraz kar umownych (§ 16 ust. 4) jakie zostaną w takiej sytuacji naliczone przez Zamawiającego, gdy do rozwiązania umowy dojdzie z winy Wykonawcy nie stanowi o tym, iż Strony przewidują wystąpienie ich w trakcie realizacji umowy. Należy wskazać posiłkowo, iż brak wprowadzenia do umowy kar umownych wynikających z uchybień leżących po stronie Wykonawcy mógłby być uznany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zakładanie z góry przez Wykonawcę, że dojdzie do wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z winy Wykonawcy, a w efekcie podnoszenie przejścia na Zamawiającego własności koszty we wcześniejszym terminie nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący ogólnikowo odniósł się w swojej argumentacji do uprawnień Zamawiającego w zakresie ograniczenia czynności wykonywanych przez Wykonawcę oraz do „szeregu” regulacji umowy umożliwiających Zamawiającemu wcześniejsze rozwiązanie umowy. Nie wskazał jednakże tych regulacji, nie odniósł się do nich również na rozprawie.

W zakresie punktu 12 podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. W § 4 ust. 8 lit. h – i Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy Zamawiający określił, iż *eksploatacja koszy będących własnością Zamawiającego i Wykonawcy oraz utylizacja odpadów wykonywane będą starannie i na koszt Wykonawcy, do którego obowiązków należeć będzie: (...) h) prowadzenie sprawozdawczości i dokumentacji wymaganej zgodnie z przepisami dotyczącymi odbioru, usuwania, przewozu, składowania i utylizacji odpadów, i) przekazywanie Zamawiającemu comiesięcznych informacji dotyczących ilości zebranych odpadów z koszy – przekazanie Zamawiającemu Karty Przekazania Odpadu, której wzór zawarty jest w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14.02.2006 r. (Dz. U. z 2006 nr 30 poz. 213 ze zm.). Uregulowania zawarte w SIWZ wskazują,*

iz to na Odwołującym spoczywają obowiązki jakie nakładają nań obowiązujące przepisy, to Odwołujący zobowiązany jest do prowadzenia sprawozdawczości i dokumentacji dotyczącej zarządzania odpadami.

W zakresie punktu 15 podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 5 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 ustawy Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. W § 15 ust. 5 i 7 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy, w zakresie zarzutu podnoszonego przez Odwołującego, następująco: *5. Zamawiający uprawniony jest do pobrania części lub całości zabezpieczenia na pokrycie obciążających Wykonawcę zobowiązań z tytułu należności, odszkodowań i kar umownych przysługujących Zamawiającemu w szczególności (...) oraz w ust.7 Kwoty naliczonych przez Zamawiającego kar umownych, zgodnie z jego wolą, zostaną pobrane bądź z kwoty zabezpieczenia wniesionego przez wykonawcę, bądź zostaną potrącone z płatności wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Potrącenie dokonane będzie przez oświadczenie złożone Wykonawcy przez Zamawiającego w terminie 7 dni od daty otrzymania faktury VAT.*

Uregulowanie zawarte w projekcie umowy nie narusza w ocenie Izby zasady równości stron, natomiast może prowadzi do wniosku, iż Wykonawca przewiduje zaistnienie sytuacji, w których niezbędne będzie korzystanie przez Zamawiającego z ukształtowanych w § 15 ust. 5 i 7 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projekt umowy regulacji.

Zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) *Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązani niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).* W tym miejscu warto zaznaczyć, iż kara umowna, o której mowa w art. 483 KC *„nie jest karą w ścisłym słowa tego znaczeniu (ius punendi), lecz jedynie zastrzeżoną sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”.* Zamawiający określił katalog kar umownych w § 16 umowy, określił więc sankcje umowne jakie grożą Wykonawcy za brak realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami jakie zostały zawarte w umowie i jakie Wykonawca przyjął podpisując umowę.

Odnosząc się do art. 484 §1 KC *w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wypadek poniesionej szkody. (...).* Doktryna prawa cywilnego również wskazuje, iż ukształtowanie kar umownych ma na celu również zwiększenie realności wykonywania zobowiązań a także naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego nie sposób zgodzić się z interpretacją podniesioną przez Odwołującego. Odnosząc się do art. 498 § 1 – *gdy dwie osoby są równocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym oraz § 2 – wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości*

wierzytelności niższej określone w projekcie umowy potrącenie uzależnione jest od zaistnienia przesłanek określonych ustawą, które to przesłanki muszą współlistnieć. Po pierwsze, musi istnieć wzajemność wierzytelności czyli „aby potrącający był równocześnie dłużnikiem oraz wierzycielem swego wierzyciela”. Po drugie, niezbędna jest jednorodność świadczeń obu wierzycieli. Po trzecie, wymagalność obu wierzytelności, wymagalność wynikających z nich roszczeń – czyli każdy z wierzycieli może żądać nawzajem od siebie spełnienia należnych im świadczeń. Po czwarte, niezbędna jest zaskarżalność obu potrąconych wierzytelności.

Powyższe wskazuje na to, iż nie naruszył Zamawiający przepisu art. 5 KC – *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby 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. 353<sup>1</sup> KC - *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadą współżycia społecznego* - w związku z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Odwołujący nie wykazał, nie udowodnił, iż działanie Zamawiającego jest sprzeczne z przeznaczeniem tego prawa. Wręcz przeciwnie sama istota kary umownej i potrącenia stanowi zabezpieczenie interesów Zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę i nie jest naruszeniem zasady swobody umów, gdyż intencją zasady jest możliwość kształtowania treści umowy przez Strony tej umowy, jednakże cecha ta nie może prowadzić do uległości jednej ze stron umowy. Postanowienia umowy, które płyną wprost z ustawy, tutaj z Kodeksu cywilnego, nie są z nim sprzeczne, tak więc nie prowadzą do wypełnienia dyspozycji art. 353<sup>1</sup> KC.

Izba wskazuje, iż to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia podnoszonych przez niego zarzutów, bowiem *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciężary dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Zgodnie z art. 14 ustawy w związku z art. 6 KC - *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 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* (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....