

Sygn. akt KIO 1656/10

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Artura Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARTMAR, 93-354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175**

przy udziale wykonawcy **Zakład Drogownictwa i Inżynierii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 91-613 Łódź, ul. Ekologiczna 26** zgłaszającego przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego się

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175 dokonanie następujących zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiadających im zapisów ogłoszenia o zamówieniu:

- zmianę pkt 6.1.4.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) poprzez wykreślenie wymogu: „system zraszania soli drogowej solanką z zastosowaniem pompy solanki (nie dopuszcza się grawitacyjnego systemu)” i zastąpienie go wymogiem: „system zraszania soli drogowej solanką z zastosowaniem pompy solanki lub grawitacyjnego systemu”

- zmianę pkt 6.1.4.2.3 SIWZ „Charakterystyka pługa odśnieżnego zamontowanego na pojeździe bazowym” dla rejonów centralnych VI, VIII i IX poprzez zastąpienie wymogu minimalnej wagi 600 kg wymogiem minimalnej wagi 450 kg

- zmianę pkt 6.1.4.3.1 SIWZ „Samochód osobowo-ciężarowy z możliwością przewozu minimum 5 osób i skrzynią załadunkową o dopuszczalnym załadunku w przedziale 600 kg-1200 kg w ilości nie mniejszej niż trzy sztuki przemnożonej przez liczbę części zamówienia, na które składana jest oferta, w tym dla każdej części zamówienia jeden z nich musi posiadać samowładowczą skrzynię załadunkową” poprzez ustanowienie wymogu posiadania jednego samochodu z możliwością przewozu minimum 5 osób i dwóch samochodów z możliwością przewozu minimum 3 osób dla jednej części zamówienia przy pozostawieniu pozostałych wymogów dotyczących samochodu

- zmianę pkt 6.1.4.3.5.3 SIWZ „Wymogi, jakie powinna spełniać zmiatarka chodnikowa punkt d. pojemnik na zmiotki wykonany ze stali nierdzewnej” poprzez zastąpienie wymogiem: „pojemnik na zmiotki wykonany z materiału odpornego na korozję”

- zmianę pkt 6.1.4.4.1 „Wymogi, jakie powinna spełniać zmiatarka uliczna” poprzez zastąpienie wymogu: „zmiatarka uliczna winna być zamontowana na podwoziu ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 9,5 tony” wymogiem „zmiatarka uliczna winna być zamontowana na podwoziu ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 7,5 tony” oraz wykreślenie mocy zespołu napędzającego w pkt f

- zmianę pkt 6.1.4.3.4.2 SIWZ poprzez wykreślenie jednej z czynności, jaką ma wykonywać pług odśnieżny

- zmianę pkt 6.1.5.2 SIWZ dot. Sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez nadanie brzmienia:

„6.1.5.2. dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 500 tys. PLN pomnożonej przez ilość części, na które składana jest oferta”;

- zmianę pkt 6.1.5.2 SIWZ dot. Sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez nadanie brzmienia:

„6.1.5.3. posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1 mln PLN pomnożonej przez ilość części, na które składana jest oferta”.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Artura Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARTMAR, 93-354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175** na rzecz **Artura Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARTMAR, 93-354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 sierpnia 2010 roku wykonawca Artur Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ARTMAR” Artur Nowak, 93-354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12, wniósł odwołanie na czynności zamawiającego podjęte lub zaniechane w toku postępowania w zakresie treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w tym wzorca umowy. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

I. sformułowanie ogłoszenia i szeregu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Nr sprawy ZDiT.NZ.3320-82/10, nr dokumentu w Dz. U. S 218972-2010), w tym specyfikacji parametrów i wymogów technicznych maszyn i urządzeń, które są bądź niedostępne na rynku (producenci nie produkują w ogóle lub już nie produkują takich maszyn) bądź wykonanie zamówienia przy ich ewentualnym zastosowaniu jest pierwotnie niemożliwe, a także znacznie wygórowanych wymogów w zakresie wiedzy, doświadczenia i bazy ekonomiczno-finansowej potencjalnych Wykonawców, co istotnie wpływa na ograniczenie konkurencji i jest sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych i kodeksem cywilnym - dotyczy to punktów:

6.1.4.1.1. - Dmuchawy spalinowe - w ilości minimum 2 sztuk przemnożonej przez liczbę części zamówienia na które składana jest oferta

6.1.4.1.3. - Kosiarka rotacyjna spalinowa samojezdna ręcznie prowadzona o minimalnej mocy 8 KM - w ilości minimum 3 sztuk przemnożonej przez liczbę części zamówienia na które składana jest oferta

6.1.4.2.2. - Charakterystyka posypywarki zamontowanej na pojeździe bazowym

6.1.4.2.3. - Charakterystyka pługa odśnieżnego zamontowanego na pojeździe bazowym

6.1.4.3.1. - Samochód osobowo - ciężarowy

6.1.4.3.4. - Ciągnik rolniczy lub lekki pojazd wielofunkcyjny

6.1.4.3.4.1. - Ciągnik rolniczy powinien spełniać następujące wymogi

6.1.4.3.4.2. - Każdy z ciągników powinien być wyposażony w następujący osprzęt

6.1.4.3.4.3. - Lekki pojazd wielofunkcyjny powinien spełniać następujące wymogi

6.1.4.3.5.2.1. Zamiatarka wchłaniająca mogąca współpracować z małogabarytowym specjalistycznym pojazdem wielofunkcyjnym - wymogi techniczne

6.1.4.3.5.3. - Wymogi jakie powinna spełniać zamiatarka chodnikowa

6.1.4.4.1. - Zamiatarka

winna być zamontowana na podwoziu ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 9,5 t 6.1.4.7. - Kontenery na odpady komunalne, liście lub zmiotki

oraz

6.1.2. - posiadania wiedzy i doświadczenia,

6.1.5. - sytuacji ekonomicznej i finansowej

II. sformułowanie warunków wzorca umowy w § 2 pkt 13-17, stanowiącej integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w sposób, który narzuca potencjalnemu wykonawcy obowiązki przekraczające zakres zamówienia i jego cel, a także tworzący potencjalne, rzeczywiste problemy z jego wykonaniem.

III. Nadto, Zamawiający zaniechał czynności polegającej na wydaniu Odwołującemu potwierdzenia wykonania zamówienia „Zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w sezonie 2009/2010" niezbędnego celem złożenia i wykazania w niniejszym postępowaniu spełnienia warunku należytego wykonania zamówienia. Zamawiający tym samym naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji;
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 387 kodeksu cywilnego poprzez zastosowanie w ogłoszeniu i w Tom I Instrukcji dla Wykonawców, Formularz Oferty, Formularze załączników SIWZ - w opisie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobie dokonania oceny spełniania tych warunków (punkt 6) kryteriów, które jako nieproporcjonalne naruszają uczciwą konkurencję, a dodatkowo co do warunku opisanego w punkcie 6.1.4.2.3. SIWZ - również w sposób powodujący pierwotną niemożność świadczenia według art. 387 kodeksu cywilnego;
- 3) art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie wzorca umowy stanowiącego integralną część SIWZ w § 2 pkt 13-18, które narzucają wykonawcy obowiązki związane z instalacją nowych GPS w razie awarii, a tym samym przekraczające zakres zamówienia i jego cel, a także generujący problemy praktyczne i prawne dotyczące wykonania umowy, co stanowi naruszenie art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez uregulowanie stosunku niezgodnie z jego naturą oraz art. 58 § 2 kodeksu cywilnego poprzez sprzeczność wskazanych postanowień z zasadami współżycia społecznego, rozumianych w tym wypadku jako zasady rzetelności, uczciwości kupieckiej i lojalności stron;

- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 462 § 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odmówienie Odwołującemu wydania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie powtórzenia czynności ogłoszenia zamówienia publicznego i sporządzenia SIWZ w zakresie letniego i zimowego, ręcznego i mechanicznego oczyszczania pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013, z wyłączeniem bądź zamianą wskazanych powyżej zapisów naruszających przepisy ustawy: Prawo zamówień publicznych oraz Kodeks cywilny,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wydania dokumentu potwierdzającego wykonanie przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zarzuty, jakie stawia odwołujący się zamawiającemu polegają na zakwestionowaniu następujących postanowień SIWZ:

„Wykonawca realizujący zamówienie powinien dysponować co najmniej:

- 6.1.4.1 Pomocniczy sprzęt mechaniczny:
- 6.1.4.1.1. Dmuchawy spalinowe - w ilości minimum 2 sztuk przemnożonej przez

liczbę części zamówienia na które składana jest oferta:

Dmuchawa wraz z napędem powinna być wyposażona w szelki do noszenia na plecach, komplet końcówek do wydmuchiwania zanieczyszczeń bądź liści albo do wykonywania oprysków wyrostków traw na ciągach pieszo -jezdnych lub opaskach bezpieczeństwa. Również konieczne jest aby dmuchawa posiadała w komplecie specjalny zbiornik na wodę bądź roztwór wodny środków do zwalczania chwastów. Jeśli dmuchawa nie będzie wyposażona w taki zbiornik wówczas wykonawca dodatkowo musi dysponować opryskiwaczami ogrodniczymi do zwalczania chwastów w ilości minimum 2 sztuk przenośnej przez liczbę części zamówienia na które składana jest oferta"

Odwołujący dokonał analizy rynku producentów sprzętu wykorzystywanego do świadczenia usług komunalnych utrzymania czystości dróg, ulic, placów, chodników itp. Wiodący producenci tacy jak: Stihl, Husqarna nie posiadają w ofercie handlowej sprzętu o

opisanej przez Zamawiającego w treści SIWZ wymaganiach. Dmuchawa spalinowa - wyposażona w szelki do noszenia na plecach wraz ze zbiornikiem na wodę w celu wykonywania usług opryskiwania traw przeciwko chwastom nie jest już obecnie produkowana, choć przyznać jednocześnie należy, że - w przeszłości -jeszcze 10 lat temu takowy sprzęt był w ofercie producentów. Oferent - pomimo zgłaszania zapytań do producentów sprzętu uzyskał informację o braku możliwości zakupu takiegoż sprzętu na rynku.

Zamawiający niewątpliwie w treści SIWZ w sposób nieuzasadniony narzuca potencjalnym Wykonawcom obowiązek nabycia sprzętu - którego z uwagi na jego parametry - brak jest w ogóle na rynku. Spełnienie tegoż wymogu z uwagi na prawo kontroli ze strony Zamawiającego przed podpisaniem umowy -jest nie możliwe z punktu widzenia przesłanek obiektywnych. Tymczasem zapis SIWZ może preferować takowych oferentów, którzy posiadają sprzęt wyprodukowany w latach poprzednich. Formułowanie w ten sposób opisów sprzętu za pomocą, którego ma być wykonywane zamówienie jest niedopuszczalne.

- 6.1.4.1.3. „Kosiarka rotacyjna spalinowa samojezdna ręcznie prowadzona o minimalnej mocy 8 KM - w ilości minimum 3 sztuk przemnożonej przez liczbę części zamówienia na które składana jest oferta....”

Kosiarka spalinowa, rotacyjna samojezdna, ręcznie prowadzona (opisana w treści punktu 6.1.4.1.3) występuje na rynku jednakże z mocą minimalną maksymalnie do 7 KM. Na rynku występują kosiarki spalinowe, ale o mocy od 5,6 do 7 KM. Odwołujący nie jest w stanie z przyczyn obiektywnych spełnić wymogu sprzętowego stawianego w treści punktu 6.1.4.1.3 SIWZ przez Zamawiającego.

- 6.1.4.2.2. „Charakterystyka posypywarki zamontowanej na pojeździe bazowym. Posypywarka powinna spełniać następujące wymagania:
 - system zraszania soli drogowej solanką z zastosowaniem pompy solanki (nie dopuszcza się grawitacyjnego systemu),
 - pojemność zbiorników na solankę min. 2000 l,”

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że rozrzucanie solanki dokonuje mechanizm zamontowanego „talerza” na specjalistycznym pojeździe. W praktyce nie ma znaczenia czy podawanie solanki do „talerza” występować będzie za pomocą pompy czy też za pomocą systemu grawitacyjnego. Efekt zawsze będzie ten sam a prawidłowość rozrzucania solanki zależy li tylko od poprawności działania „talerza i zastosowania regulacji” a nie zależy od tego czy podawania solanki następuje za pomocą pompy czy też za pomocą systemu grawitacyjnego - ten ostatni zresztą jest bardziej niezawodny technicznie - gdyż wykorzystuje

do swojego funkcjonowania jedynie prawa fizyki - ciężenie, siłę grawitacji. Dokonując zatem opisu wymogów technicznych rozrzucania solanki i arbitralnie wskazując tylko ten jeden sposób dokonywania rozrzucania solanki - Zamawiający - zdaniem Odwołującego - w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję wśród potencjalnych oferentów. Zamawiający wskazuje także pojemności zbiorników na solankę - min. 2000 l - które w takiej pojemności montowane są do posypywarek o pojemności min 6/7 m³ (podczas gdy zamawiający dopuszcza stosowanie posypywarek o pojemności 4/5 m³ - wtedy montowane zbiorniki mają maksymalnie 1500 l). Tak duże maszyny są wskazane dla dróg poza miastem, nie sprawdzają się natomiast w warunkach miejskich. Takiego wymogu nie było w SIWZ od 15 lat.

- 6.1.4.2.3. „Charakterystyka pługa odśnieżnego zamontowanego na pojeździe bazowym.

Dla rejonów centralnych VI, VIII i IX Zamawiający wymaga, aby na 3 pojazdach bazowych na każdym z tych rejonów osobno, były zamontowane pługi wielosegmentowe (minimum 3 segmenty) o wadze nie mniejszej niż 600 kg. Pług odśnieżny tego typu winien spełniać również następujące wymogi:

- być wyposażony w specjalne stelaże zapobiegające osadzaniu się pługowanego śniegu na przedniej szybie kabiny kierowcy,
- pług odśnieżny powinien posiadać tzw. sprężynujące lemiesze, odchylające się np. po najechaniu na wystającą z jezdni studzienkę bądź inną tego typu przeszkodę (nie mniej niż 3 lemiesze), liczba lemieszy musi być zgodna z liczbą segmentów,
- pług ustawiony pod kątem 30° musi gwarantować odśnieżanie na szerokości w przedziale 2,5 m-3,2 m."

Konstatacji wymaga fakt, że rejon centralny przeznaczony do odśnieżania oznaczony numerami VI, VIII i IX - są to rejon Dzielnicy Śródmieścia - Miasta Łodzi. Specyfika tejże dzielnicy polega na tym, że ulice są bardzo wąskie, z miejscami parkingowymi dla samochodów wzdłuż tychże ulic. Tymczasem autor SIWZ narzucił, aby usługa stanowiąca przedmiot zamówienia realizowana była pługiem o wadze nie mniejszej niż 600 kg przez wszystkie trzy pojazdy pługowe pracujące w tym rejonie. Z długoletniego doświadczenia Wykonawcy wynika, że brak jest możliwości manewrowania pojazdem odśnieżającym wyposażonym w pług 600 kg na terenach małych śródmiejskich ulic Miasta Łodzi. Zapis w treści SIWZ jest zapisem niemożliwym do zrealizowania w praktyce. Zamawiający nie podał przyczyn, dla których zastrzegł wykonywanie usługi w Rejonie VI, VIII i IX za pomocą opisanego wyżej ciężkiego sprzętu, przez co sformalizował opis przedmiotu zamówienia

ograniczając konkurencję i wprowadzając zapisy umów, które nie będą mogły mieć zastosowania z uwagi na pierwotną niemożliwość świadczenia. Już na tym etapie Odwołujący wnosi, aby Zamawiający dokonał zmiany w treści SIWZ i reasumpcji swojego stanowiska - biorąc pod uwagę doświadczenie firm wykonywujących w przeszłości niniejsze usługi oraz obiektywne zastrzeżenia w tym przedmiocie.

Podobne zarzuty odwołujący się zgłosił do SIWZ w przedmiocie:

- 6.1.4.3. „Pojazdy
 - 6.1.4.3.1. Samochód osobowo - ciężarowy, z możliwością przewozu minimum 5 osób i skrzynią ładunkową o dopuszczalnym ładunku w przedziale 600kg -1200 kg w ilości nie mniejszej niż 3 sztuki przemnożonej przez liczbę części zamówienia na które składana jest oferta, w tym dla każdej części zamówienia jeden z nich musi posiadać samowładowczą skrzynię ładunkową."

Sam fakt konieczności posiadania przez oferentów pojazdów mechanicznych przewożących pracowników fizycznych nie jest przez Odwołującego kwestionowany. Postawiony zarzut to zbytni formalizm w zakresie wymogów przewożenia minimum aż 5 pracowników każdym z pojazdów. Odśnieżanie np. skrzyżowań, placów, ulic, może odbywać się mniejszymi grupami niż minimum 5 osobowe grupy -jak próbuje narzucić Zamawiający w treści SIWZ, zatem środek transportu, który określa minimum obszaru części pasażerskiej na 5 osób uznać należy za kolejny argument przemawiający za wolą ograniczenia konkurencji pomiędzy oferentami i stawianie przez Zamawiającego wymagań, które nie będą miały wpływu na jakość wykonywanej usługi przez oferenta, a jedynie stanowić może barierę przystąpienia do przetargu dla większej grupy przedsiębiorców. Zdaniem skarżącego pojazdy mechaniczne (osobowo-ciężarowe) powinny mieć możliwość przewożenia minimum trzech pracowników w każdym pojeździe oraz sprzętu niezbędnego do wykonywania prac fizycznych.

- 6.1.4.3.5.2.1. „Zamiatarka wchłaniająca mogąca współpracować z małogabarytowym specjalistycznym pojazdem wielofunkcyjnym - wymogi techniczne punkt g. zbiornik na zmiotki o pojemności 1,5 m³ - 2 m³ z materiału odpornego na korozję"

Zamawiający w treści SIWZ podaje określenie zbiornika na zmiotki wskazując, iż powinien on być „wykonany z materiału odpornego na korozję” - a więc również jest to

tworzywo sztuczne, dlaczego więc przy zmiatarkach, o których mowa poniżej został wskazany warunek w postaci wykonania pojemnika na zmiotki ze stali nierdzewnej?

- 6.1.4.3.5.3. „Wymogi jakie powinna spełniać zmiatarka chodnikowa punkt d. pojemnik na zmiotki wykonany ze stali nierdzewnej.”

Zamawiający w treści SIWZ w sposób jednostronny określił wymogi co zabudowy pojemnika na zmiotki określając, że pojemnik ten powinien być wykonany ze stali nierdzewnej. Problem jaki wynika ze spełnieniem niniejszego wymogu sprowadza się do trudności zakupu zmiatarki chodnikowej z pojemnikiem na zmiotki wykonanym właśnie ze stali nierdzewnej -z uwagi na fakt, że sprzęt zmiatający chodnik winien być lekkiej konstrukcji - pozwalający na łatwe manewrowanie pojazdem, a przede wszystkim pozwalający na nie uszkodzenie płyt chodnikowych i lekką masę własną. Na rynku producenci takiegoż sprzętu oferują pojemniki z tworzywa sztucznego - plastiku. Oferent dokonał próby znalezienia producentów pojemników ze stali nierdzewnej - w celu spełniania wymogów Zamawiającego - ale ze wstępnej oceny rynków i ofert wynika, że brak jest możliwości spełnienia zapisów treści SIWZ. W tym zakresie formułuje zarzut wobec Zamawiającego przez określenie przez niego w treści SIWZ w sposób zbyt szczegółowy rodzaju tworzywa z jakiego ma być zbudowany zbiornik na zmiotki, przez co ogranicza się zasadę uczciwej konkurencji potencjalnym wykonawcom przedmiotu zamówienia uniemożliwiającym im spełnienie na dzień składania ofert wymogów technicznych SIWZ w zakresie przystosowania specjalistycznego sprzętu do wymogów SIWZ.

- 6.1.4.4.1 „Wymogi jakie powinna spełniać zmiatarka uliczna: zmiatarka uliczna winna być zamontowana na podwoziu ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 9,5 ton, punkt f. zabudowa zmiatarki na pojeździe ciężarowym winna być napędzana osobnym zespołem mocy (silnik ssący, szczotki talerzowe, szczotka walcowa itp.) o mocy nie mniejszej niż 140 KM”

W niniejszym przypadku oferent posiada zmiatarkę uliczną- za pomocą, której wykonywał zamówienia na rzecz Miasta Łodzi w poprzednich latach - w oparciu o rozstrzygnięte przetargi publiczne. Aktualnie nie sposób logicznie ocenić, dlaczego Zamawiający odmawia na sezon 2010-2013 świadczenia usług sprzętem o masie całkowitej 7,5 ton zastrzegając, że sprzęt ma być zainstalowany na pojeździe spełniającym wymogi podwozia ciężarowego o dopuszczalnej masie całkowitej 9,5 ton. Wymagane

wielkości zamiatarek, szczególnie w centrum miasta nie zapewniają właściwego wykonania usług (z uwagi na wąskość ulic, tramwaje oraz parkujące samochody). Maszyny o tak dużych rozmiarach są dobre dla dróg poza miastem. Zastanawiający jest też wymóg osobnego silnika do szczotek i silnika ssącego, dlaczego zamiatarka ma mieć osobny silnik skoro wiadomym jest, iż spowoduje to dodatkowy hałas?

* 6.1.4.3.4.2. „Każdy z ciągników powinien być wyposażony w następujący osprzęt:
- w zakresie wymogów kosiarki bijakowej z funkcją zbierania trawy instalowanej do ciągników w przedmiocie zalecenia górnego wyładunku na poziomie nie mniejszym niż 1,7 metra.”

Zdaniem Odwołującego wprowadzie istnieje możliwość zakupu kosiarki o takich parametrach, jednak po pierwsze po bardzo długim okresie oczekiwania na realizacją zamówienia (3 m-ce), a poza tym są one wielkogabarytowe co powoduje, iż nie sprawdzą się one w warunkach miejskich.

- „w zakresie wymogów pługów odśnieżnych dwulemieszowych łamanych (o zmiennej geometrii), sterowany z kabiny operatora, prawo - lewo oraz w literę V i odwrócone V z dociskiem do podłoża i gumowymi listwami dolnymi.” W ocenie Odwołującego wymóg powyższy powoduje, iż żaden z obecnie posiadanych przez naszą firmę ciągników (a były one kupowane na podstawie wymagań z poprzednich przetargów zimowych w ilości 12 sztuk) nie spełnia nowych warunków, a przecież do tej pory posiadane przez nas ciągniki wykonywały swą pracę właściwie.

Nadto, w zakresie informacji zamieszczonej w Tomie II SIWZ pkt 4.3.3 e) dotyczącej oczyszczania obiektów inżynierskich to nakaz systematycznego usuwania ze wszystkich ścian zabrudzeń zmywalnych wodą ze środkami czystości, w tym plakatów naruszy powłokę antygraffiti nałożoną na ściany przejść podziemnych przez inne firmy zajmujące się likwidacją graffiti i wyłonione w toku innych postępowań przetargowych. W związku z powyższym może dochodzić do konfliktów oraz dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji.

Nadmienić należy również, iż odnośnie kontenerów na śmieci ustawianych na ulicach, należy założyć, że do tych kontenerów będą trafiały nie segregowane odpady wyrzucane przez okolicznych mieszkańców, a konieczność segregowania odpadów będzie musiała być wykonywana na terenie firmy, przez dodatkowych pracowników i w dodatkowym czasie -co zwiększy zdecydowanie koszt usługi.

Odwołujący się zarzucił, że w treści § 2 wzorca umownego zamawiający przewidział w punkcie 13, 14, 15, 16 montaż urządzeń elektronicznych GPS oraz kamer w pojazdach Zamawiającego. W punkcie 13 § 2 wzorca umownego przewidziano montaż nadajników GPS oraz kamer w pojazdach przez zamawiającego (czyli na koszt i ryzyko zamawiającego). System elektronicznego monitoringu będzie stanowił własność zamawiającego. Wykonawca nie będzie miał wpływu na jakość urządzeń elektronicznych montowanych przez zamawiającego w jego pojazdach i sposób jego montażu. Kontrowersyjnym natomiast staje się zapis punktu 17 § 2 wzorca umownego w przedmiocie "obowiązku wymiany przez Wykonawcę urządzenia wadliwego na urządzenie zapasowe" Skoro pierwotny montaż urządzenia dokonuje zamawiający - trudno z przyczyn technicznych wyobrazić sobie możliwość wymiany wadliwie działających urządzeń przez Wykonawcę, który nie posiada w tym zakresie żadnych doświadczeń, nie został przeszkolony, nie posiada instrukcji montażu oraz informacji o sposobie funkcjonowania GPS oraz monitoringu oraz zaleceń producenta sprzętu. Powyższe urządzenia zawierają zapewne oprogramowania informatyczne, często chronione kodami dostępu oraz prawem autorskim ich twórców. Przedmiotem działalności oferenta - zgodnie z załączonym do odwołania zaświadczeniem z ewidencji działalności gospodarczej - jest świadczenie usług komunalnych - porządkowych zarówno w okresie zimowym oraz w okresie letnim. Tymczasem zamawiający wykorzystując wzorec umowy pragnie nałożyć na wykonawcę obowiązek konserwacji i naprawy (w zakresie wymiany wadliwie działającego sprzętu) całego systemu monitoringu GPS oraz kamer przez trzyletni okres trwania umowy. Jednostronne narzucenie w treści umowy obowiązku o treści jak wyżej - bez włączenia w niniejszą procedurę wiedzy, doświadczenia (know - how) producenta systemu GPS oraz monitoringu (kamer) uznać należy za działanie sprzeczną z zasadą swobody umów oraz nadużyciem pozycji dominującej przez zamawiającego, który wykorzystując pozycję dominującą narzucił w procedurze zamówienia publicznego -wzorec umowy. Oferenci - na zasadzie uczciwości kupieckiej - mogą skutecznie zobowiązać się w zakresie praw i obowiązków specyficznych dla świadczonych przez nich usług - ale nie powinni być zmuszani do świadczenia usług nie związanych z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu niezaradność warunków w zakresie zdolności finansowej wykonawcy. Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu winien legitymować się:

- 6.1.5.1. „Średni roczny przychód netto za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres w wysokości nie mniejszej niż:
 - 4 mln PLN - w przypadku składania oferty na jedną część zamówienia;
 - 6 mln PLN - w przypadku składania oferty na dwie części zamówienia;

- 8 min PLN - w przypadku składania oferty na trzy części zamówienia;
- 10 min PLN - w przypadku składania oferty na cztery części zamówienia;

6.1.5.2. Dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 min PLN pomnożonej przez ilość części, na które składana jest oferta;

- 6.1.5.3. posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 2 min PLN pomnożonej przez ilość części, na które składana jest oferta."

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, iż ten zaniechał wydania odwołującemu potwierdzenia wykonania zamówienia „Zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w sezonie 2009/2010" niezbędnego celem złożenia i wykazania w niniejszym postępowaniu spełnienia warunku należytego wykonania zamówienia, co wiąże się z wyżej omawianym punktem odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnił zarzut dotyczący dmuchaw spalinowych, mocy kosiarki samojezdnej oraz pojemności zbiorników na solankę w posypywarce i zmienił w tym zakresie ogłoszenie o zamówieniu i specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zmienił również wymogi co do wymogu dotyczącego średniego rocznego przychodu netto w następujący sposób:

„Średni roczny przychód netto za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres w wysokości nie mniejszej niż:

- 2,5 mln PLN – w przypadku składania ofert na jedną część zamówienia;
- 5 mln PLN – w przypadku składania ofert na dwie części zamówienia;
- 7,5 mln PLN – w przypadku składania oferty na trzy części zamówienia;
- 10 mln PLN – w przypadku składania oferty na cztery części zamówienia”.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący dmuchaw spalinowych, mocy kosiarki samojezdnej oraz pojemności zbiorników na solankę w posypywarce i zmienił w tym zakresie ogłoszenie o zamówieniu i specyfikację istotnych warunków zamówienia, odwołujący się oświadczył na rozprawie, iż nie podtrzymuje tych zarzutów. Zarzuty te Izba pozostawiła zatem bez rozpoznania.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący pkt 6.1.4.2.2 w brzmieniu „Charakterystyka posypywarki zamontowanej na pojeździe bazowym” system zraszania soli drogowej solanką z zastosowaniem pompy solanki (nie dopuszcza się grawitacyjnego systemu) uznając, że zamawiający bezzasadnie nie dopuszcza posypywarek wyposażonych w system grawitacyjny.

System grawitacyjny jest jednym z rozwiązań stosowanych przez producentów tego rodzaju sprzętu. W ocenie Izby zamawiający ograniczając jedno z dostępnych na rynku rozwiązań nie wykazał powodów uzasadniających tego rodzaju ograniczenie. Co prawda w odpowiedzi na odwołanie zamawiający podnosił, iż zastosowanie pompy solanki gwarantuje zachowanie stałego stopnia zwilżenia soli drogowej, niemniej jednak zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swojego stanowiska. Izba zwraca uwagę, że zamawiający obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wprowadzanie jakichkolwiek ograniczeń nie może zatem pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do zasadności działania zamawiającego.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący wymogu w zakresie ciężaru pługu do wykonywania usług na terenie rejonów centralnych oznaczonych numerami VI, VIII i IX. Zamawiający wymagał, by wykonawcy dysponowali pługami o wadze nie mniejszej niż 600 kg, podczas, gdy w ocenie odwołującego się wystarczający byłby pług o wadze minimum 450 kg. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący się podniósł, że w latach 2008-2010 obsługiwał rejon VIII i IX i używał w tym celu pługów 450 kg i okoliczność ta została przyznana na rozprawie przez zamawiającego. Zamawiający stwierdził jednakże, iż odwołujący się prace wykonywał w sposób niezadowolający.

Stanowisko zamawiającego jest w ocenie Izby niezrozumiałe. Odwołujący się do odwołania załączył bowiem szereg referencji wystawionych przez zamawiającego, z których

wynika, iż prace wykonywane między innymi w rejonach VIII i IX wykonywane były starannie i zgodnie z umową oraz że zamawiający potwierdza, iż odwołujący się wyposażony jest w odpowiedni sprzęt techniczny, co umożliwi prawidłowe wykonanie powierzonych zadań. Zamawiający nie przedłożył żadnego dowodu na okoliczność niewłaściwego wykonywania zadań przez odwołującego się, zatem przyjąć należy, iż sprzęt, który posiada odwołujący się umożliwi prawidłowe wykonywanie usługi we wskazanych rejonach. Zaostrzenie wymagań w zakresie ciężaru pługów Izba uznała więc za nieuzasadnione.

Za dowód uzasadniający stanowisko zamawiającego nie może być uznane pismo z dnia 12 sierpnia 2010 roku, w którym zamawiający potwierdził fakt wykonywania przez odwołującego się analogicznych usług w rejonach VIII, IX i XIII w sezonie zimowym 2009/2010. Zamawiający odmówił co prawda wydania referencji za należyte wykonanie ww. robót, niemniej jednak powodem tego było niewłaściwe funkcjonowanie i sprawność systemu GPS, nie zaś nieprawidłowe wykonywanie usług utrzymania jezdni ulic.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący wymogu samochodu osobowo-ciężarowego z możliwością przewozu minimum 5 osób w ilości nie mniejszej niż 3 sztuki przemnożonej przez liczbę części zamówienia, na które składana jest oferta. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie informuje, iż średnia ilość pracowników do ręcznego oczyszczania terenów wynosić będzie w latach 2010-2011 – 12 osób, w 2012 roku – 13 osób a w roku 2013 – 16 osób oraz że wykonawcy będą musieli zatrudnić od 9 do nawet 20 pracowników na rejon, ale to pod warunkiem, że zamawiający zwiększy powierzchnię terenów do cyklicznego oczyszczania o 30%. Posiadanie zatem trzech samochodów do przewożenia łącznie 15 osób na rejon jest w ocenie Izby wygórowane, skoro w części rejonów nie będzie potrzeby zatrudniania aż tylu pracowników. Ponadto zamawiający tylko w jednym przypadku określił ilość pracowników w jednej brygadzie na minimum 3 osoby w przypadku, o którym mowa w § 4 ust. 1 wzorca umowy. W żadnym innym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie sprecyzował wymogu ilości osób w jednej brygadzie. Skoro więc minimalna, określona przez zamawiającego ilość osób w brygadzie wynosi 3, wymóg jednoczesnego przewożenia pięciu osób i dysponowanie aż trzema takimi samochodami na rejon jest bezpodstawny.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący zmiatarki chodnikowej w zakresie materiału, z którego ma być wykonany pojemnik na zmiotki. W ocenie Izby brak jest podstaw do narzucania wykonawcom konieczności zastosowania wyłącznie zmiatarek z pojemnikiem na zmiotki wykonanym ze stali nierdzewnej. Z odpowiedzi na odwołanie wynika bowiem, że materiał ma być odporny na działanie różnego rodzaju środków służących do posypywania ulic. Zamawiający nie wykazał, by jedynym materiałem spełniającym powyższy warunek była

stal nierdzewna. Skoro zaś producenci sprzętu montują w swych urządzeniach pojemniki z innych materiałów, uznać należy za dopuszczalny każdy materiał odporny na korozję.

Zdaniem Izby należało również uwzględnić zarzut dotyczący pkt 6.1.4.4.1 „Wymogi, jakie powinna spełniać zmiatarka uliczna” w zakresie masy całkowitej podwozia ciężarowego, którą zamawiający ustalił na poziomie nie mniejszym niż 9,5 tony. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że odwołujący się wielokrotnie usługę taką wykonywał niemal w całości ręcznie zanieczyszczając przy tym tereny przyległe, gromadząc zebraną ziemię na trawnikach. Stanowisko zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią referencji, jakie wystawiał odwołującemu się. Z referencji wynika bowiem staranne i rzetelne wykonywanie usług przez odwołującego się. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających twierdzenie, że za pomocą zmiatarki zamontowanej na podwoziu o mniejszej masie całkowitej nie będzie możliwa realizacja przedmiotowych usług. Zamawiający nie uzasadnił również wymogu w zakresie zespołu napędzającego ograniczając się do stwierdzenia, iż określił minimalną moc zespołu napędzającego szczotki, odkurzacz itp. na 140 KM pomimo dostępności na rynku urządzeń o większej mocy, np. 130 kW (175KM), 150 kW (202KM). Izba stwierdza, że sam fakt występowania na rynku urządzeń o mocy większej niż wymagana przez zamawiającego nie uzasadnia decyzji zamawiającego co do postawionego wymogu.

Izba uznała także zasadność zarzutu dotyczącego wymogów pługu odśnieżnego opisanego w pkt 6.1.4.3.4.2 SIWZ. Podtrzymuje w tym zakresie argumentację wskazaną wyżej, iż nieuprawnione są twierdzenia zamawiającego, iż zastosowanie pługów na ciągnikach do tej pory używanych przez odwołującego się nie zapewnia właściwego wykonania usługi w sytuacji, gdy zamawiający w wystawionych dla odwołującego się referencjach potwierdził wysoką jakość świadczonych usług. Skoro wykonanie usługi za pomocą dotychczas używanego sprzętu było dla zamawiającego satysfakcjonujące, brak jest podstaw do zaostrożania wymogów w tym zakresie.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący konieczności dysponowania przez wykonawców środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 mln PLN pomnożonej przez ilość części, na które składana jest oferta. Zamawiający powyższy wymóg argumentował w ten sposób, iż co prawda płatność za usługi jest rozliczana okresowo, niemniej jednak termin płatności wynosi 30 dni, w związku z czym pierwsze płatności wykonawcy otrzymają dopiero po dwóch miesiącach wykonywania usługi i na ten okres czasu muszą mieć zabezpieczone środki finansowe. Podnosił także, iż w sezonie 2009/2010 (grudzień-luty) odwołującemu się wypłacono wynagrodzenie w wysokości prawie 4,5 mln

PLN, zatem zabezpieczenie w wysokości 2 mln PLN na 2 miesiące nie jest nadmiernie wygórowane.

Izba przeanalizowała dołączony do odpowiedzi na odwołanie dokument pt. „Analiza finansowa za pierwsze trzy miesiące świadczenia usług oczyszczania zimowego w sezonie 2009/2010 (grudzień – luty)” i skonstatowała, że wynagrodzenie odwołującego się za trzy miesiące w sezonie zimowym 2009/2010 w istocie wynosiło około 4,5 mln PLN, niemniej jednak było to wynagrodzenie za wykonywanie usług w trzech rejonach, natomiast wymóg dotyczący posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wys. 2 mln PLN jest wymagany w przypadku składania oferty na jeden rejon i wymaga przemnożenia przez tę ilość części, na jakie składana jest oferta. Dokonując prostego obliczenia polegającego na podzieleniu kwoty wynagrodzenia przez ilość rejonów oraz przy uwzględnieniu dwóch, nie zaś trzech miesięcy można wywnioskować, iż wynagrodzenie odwołującego się wyniosło średnio 1 mln zł. Wynagrodzenie wykonawcy obejmuje różne składniki, przy czym nakłady poczynione przez wykonawcę celem wykonania zamówienia stanowią jedynie część jego wynagrodzenia. Izba uznała zatem, iż posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie 500 tys. PLN będzie adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący konieczności posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 2 mln PLN pomnożonej przez ilość części, na które składana jest oferta. Jak wywodził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w 2008 roku z tytułu szkód osobowych powstałych w pasach drogowych prowadzono 113 spraw, z czego wypłacono łączną kwotę odszkodowań w wysokości 34 806,65 zł. W 2009 roku natomiast z tytułu szkód osobowych powstałych w pasach drogowych prowadzono 153 sprawy, z czego wypłacono łączną kwotę odszkodowań w wysokości 54 598,89 zł. Zdaniem zamawiającego w 2010 roku ilość szkód osobowych powstałych w pasach drogowych wzrośnie kilkakrotnie. Zamawiający dołączył do odpowiedzi na odwołanie notatkę służbową z dnia 23 sierpnia 2010 roku, z której wynikają zupełnie inne dane niż wskazane w odpowiedzi na odwołanie. Wynika z nich bowiem, iż w roku 2008 ogółem zarejestrowano 113 szkód osobowych, w tym wypłacono odszkodowania na kwotę ogółem 340.806,55 zł, a w roku 2009 ogółem zarejestrowano 153 szkody osobowe, w tym wypłacono odszkodowania na kwotę ogółem 545.983,89 zł.

W ocenie Izby nawet gdyby przyjąć, iż z tytułu odszkodowań wypłacono kwoty wyższe, o których mowa w notatce służbowej, ich wysokość w żaden sposób nie uzasadnia wysokości odszkodowania wymaganej przez zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, iż kwota ponad 500 tys. zł wypłacona w roku 2009 dotyczy szkód powstałych na terenie całego miasta Łodzi, natomiast zamawiający żąda ubezpieczenia w wysokości 2 mln PLN jedynie

na jeden rejon. Co prawda zamawiający nie wskazał, z czego wywodzi, iż ilość odszkodowań wzrośnie kilkakrotnie, ale nawet gdyby tak było, kwota 2 mln zł przemnożona przez ilość wszystkich trzynastu rejonów jest nie kilka, ale kilkadziesiąt razy wyższa niż wysokość odszkodowań wypłaconych w 2009 roku. Izba przychyliła się zatem do żądania odwołującego się i nakazała obniżenie minimalnej kwoty ubezpieczenia do 1 mln PLN.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu. Wymagania zamawiającego, w stosunku do których Izba uwzględniła zarzuty odwołania, należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i wykraczające poza osiągnięcie celu zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia. Biorąc pod uwagę, że zamawiający na rozprawie nie potrafił wykazać przyczyn, dla których określił w niniejszym zamówieniu przyjęte wymagania bądź też robił to w sposób nieprzekonujący, uznać należy, iż wymogi te zostały określone w sposób dowolny, bez uzasadnienia, iż tylko takie warunki pozwalają na należyłą realizację zamówienia, a także stanowią o dobrej kondycji finansowej wykonawcy.

Pozostałych zarzutów odwołania Izba nie uwzględniła.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego pkt 6.1.4.3.4.2 w zakresie wymogu górnego wyładunku kosiarki bijakowej na poziomie minimum 1,7m. Z treści tegoż zapisu SIWZ wynika bowiem, iż poziom 1,7 m nie jest poziomem wymaganym, lecz jedynie zalecanym przez zamawiającego. Takie sformułowanie warunku nie oznacza bezwzględnego obowiązku posiadania przez wykonawcę kosiarki z górnym wyładunkiem na poziomie 1,7 m. Wykonawca, który nie wykaże, iż posiada sprzęt z górnym wyładunkiem na poziomie nie mniejszym niż 1,7 m nie będzie mógł z tego powodu ponosić negatywnych dla siebie konsekwencji.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego oczyszczania obiektów inżynierskich: przejść podziemnych, tuneli (pkt 4.3.3.e SIWZ). Opis przedmiotu zamówienia należy bowiem do zamawiającego, który w ten sposób definiuje swoje potrzeby. Odwołujący się nie może kwestionować zasadności oczyszczania obiektów inżynierskich tylko dlatego, że pokryte one są powłoką antygraffiti. Przyjmując argumentację odwołującego się należałoby uznać, że obiekty te nigdy nie mogłyby być czyszczone, co byłoby argumentowaniem *ad absurdum*.

Wykonawcy muszą uwzględnić specyfikę czyszczenia tego rodzaju powierzchni zarówno przygotowując ofertę, jak i później – podczas realizacji zadania.

Izba nie uznała za zasadny zarzut dotyczący kontenerów, uznając, że zamawiający jest uprawniony do stawiania tego rodzaju żądań, gdyż dotyczą one sposobu wykonania zamówienia. Argument odwołującego się, iż do kontenerów będą wrzucane odpady niesegregowane, co spowoduje konieczność ich segregowania i zwiększenie kosztów usługi, jest zasadny jedynie o tyle, że odwołujący się ewentualne wyższe koszty winien uwzględnić w cenie oferty.

W ocenie Izby nie jest zasadny zarzut dotyczący bezprawnego zobowiązania wykonawcy do wymiany wadliwego nadajnika GPS bądź kamery na urządzenie zapasowe, przekazane przez zamawiającego, tj. postanowienia § 2 ust. 17 *in finito* projektu umowy.

Umowa o udzielenie zamówienia publicznego regulowana jest przepisami Kodeksu cywilnego z ograniczeniami, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Sporny zapis należy zatem oceniać z punktu widzenia jego legalności w zakresie przepisów Kodeksu cywilnego.

W ocenie Izby zapis taki nie stoi w sprzeczności z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ K.c. Przepis ten statuuje dla stron obowiązek takiego układania stosunku prawnego (w niniejszym przypadku umowy), by jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego.

Pod pojęciem celu umowy rozumieć należy szeroko pojmowaną korzyść, jaką strony pragną osiągnąć w wyniku wykonania danego zobowiązania (wyrok SA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., VI ACa 841/2005, niepubl.). Cel umowy definiuje się także jako stan rzeczy, jaki zamierzają osiągnąć strony przez realizację uprawnień i obowiązków składających się na zobowiązanie. W rozpoznawanej sprawie celem jest wykonanie usługi objętej przedmiotem zamówienia za wynagrodzeniem. Dodatkowe klauzule umowy, w tym również zaskarżony zapis, wskazują między innymi, w jaki sposób cel umowy ma zostać zrealizowany.

Odwołujący się powołał się na naruszenie przez zamawiającego zasad współżycia społecznego, rozumianych w obrocie gospodarczym również jako uczciwość kupiecka, rzetelność i lojalność. Realizacja tych zasad winna odbywać się między innymi poprzez eliminowanie z wzorca umowy zapisów utrudniających w sposób obiektywny spełnienie obowiązków wynikających z umowy.

W ocenie Izby zamawiający powyższych zasad nie naruszył. Sporny zapis umowny ma na celu zapewnienie sprawnego monitoringu wykonywania usług, co jest uzasadnione z

punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego. Zamawiający zobowiązał się przy tym do przeszkolenia wykonawców w zakresie użytkowania, poprawności działania oraz wymiany urządzenia na nowe. Izba dostrzega zasadność wprowadzenia takiego zapisu i jednocześnie wskazuje na brak jego sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Zamawiający jest uprawniony do tego, by żądać od wykonawców określonego zachowania się i nakładania na nich w drodze umowy pewnych obowiązków związanych z wykonywaniem usługi. Izba nie podziela stanowiska odwołującego się, iż zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania do umów innych klauzul niż te, o których mowa w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp. Przyjmując taką argumentację należałoby odmówić zamawiającemu prawa do konstruowania klauzul np. w zakresie kar umownych za niewłaściwe wykonanie zobowiązania.

Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących wysokości średniego rocznego przychodu netto wykonawcy. W szczególności należy zaznaczyć, iż zamawiający uwzględnił zarzut odwołania i zmniejszył minimalne wysokości przychodów netto. Po zmianie warunków ten przedstawia się w sposób następujący:

„Średni roczny przychód netto za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres w wysokości nie mniejszej niż:

- 2,5 mln PLN – w przypadku składania ofert na jedną część zamówienia;
- 5 mln PLN – w przypadku składania ofert na dwie części zamówienia;
- 7,5 mln PLN – w przypadku składania oferty na trzy części zamówienia;
- 10 mln PLN – w przypadku składania oferty na cztery części zamówienia”.

Izba przeanalizowała wartości poszczególnych części zamówienia i skonstatowała, iż wymagane przez zamawiającego minimalne progi w zakresie średniego rocznego przychodu netto są zbliżone do wartości poszczególnych części zamówienia w skali jednego roku. Postawienie zatem w niniejszym postępowaniu wykonawcom wymogu uzyskania średniorocznych przychodów netto we wskazanych wyżej wysokościach nie wykracza poza potrzeby przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby postawione wymogi nie są wielkościami abstrakcyjnymi, ale uzasadnionymi, gdyż ustalonymi dla potrzeb weryfikacji wykonawców pod kątem ich zdolności do wykonania zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wydaniu odwołującemu się potwierdzenia wykonania zamówienia

„Zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w sezonie 2009/2010”.

W myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołanie – zgodnie z art. 180 ust. 1 – przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Wskazując na powyższe należy zauważyć, że wykonawca może złożyć odwołanie na czynność lub zaniechanie zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaskarżana czynność (lub zaniechanie) musi być podjęta w ramach konkretnego postępowania, którego celem jest udzielenie wskazanego zamówienia, nie zaś jakiegokolwiek innego postępowania.

Czynność, której bezprawne zaniechanie zarzuca odwołujący się zamawiającemu dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie postępowania pn. „Zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów drogowych na terenie Miasta Łodzi w sezonie 2009/2010”, czyli wykracza poza zakres wskazany w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest podstaw do zaskarżania czynności podjętych lub zaniechanych przez zamawiającego w toku lub przy realizacji innego postępowania. Fakt, że odwołujący się zamierza złożyć referencje w niniejszym postępowaniu nie uzasadnia twierdzenia, że zamawiający naruszył jakikolwiek przepis w ramach bieżącego postępowania. Należałoby w tym miejscu postawić retoryczne pytanie, jak odwołujący się zaskarżałby tego rodzaju zaniechania, gdyby referencji odmówił mu inny zamawiający niż ten, któremu zamierza złożyć ofertę.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, iż – w myśl art. 180 ust. 1 ustawy Pzp - zaskarżana czynność ma być przez zamawiającego podjęta lub zaniechana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czyli w postępowaniu, którego celem jest wyłonienie wykonawcy i zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zatem wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego po zawarciu umowy nie mogą być przedmiotem zaskarżenia za pomocą środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Wydanie wykonawcy referencji jest niewątpliwie czynnością podejmowaną nie tylko po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale nawet po realizacji tego zamówienia. Zatem również z tego względu podniesiony zarzut należy uznać za bezpodstawny.

I wreszcie – przepis art. 180 ust. 1 stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp lub zaniechania zamawiającego, do którego jest on obowiązany z mocy ustawy Pzp. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie statuuje dla zamawiającego obowiązku wydawania referencji czy innych dokumentów potwierdzających wykonanie zamówienia. W ocenie Izby przepisu tego nie należy interpretować rozszerzająco i obejmować nim obowiązków zamawiającego wynikających z innych ustaw.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Łodzi**.

.....