

Warszawa, 5 grudnia 2019 r.

Odwołujący:

Marian Kaliściak prowadzący działalność gospodarczą
pod firmą: **Zakład Usług Drogowych i Komunalnych**
DROMAR Marian Kaliściak
ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica
NIP: 969-029-78-66

reprezentowany przez:

Anitę Elżanowską
r.pr. Anetę Zakrzewską
z firmy
Anita Elżanowska Doradztwo Prawne. Zamówienia Publiczne.
ul. Niemcewicza 26/47, 02-306 Warszawa

Dane do korespondencji:

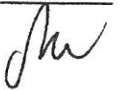
Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR
ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica
e-mail: biuro@dromar.info
tel. 668 816 029

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Kopia do:

Zamawiający:
Zarząd Dróg Miejskich
ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice
Dane kontaktowe:
e-mail: zachara_m@zdm.gliwice.eu
tel. +48 32/300-86-36
tel. +48 32/300-86-99

Komunikacja z Zamawiającym za
pośrednictwem mini Portalu
pod adresem:
<https://miniportal.uzp.gov.pl/ePUAPu>
<https://epuap.gov.pl/wps/portal>
oraz poczty elektronicznej



Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:

„Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2021”, Zadanie 1 i 2

Numer referencyjny: ZDM.26.31.2019

(dalej: „Postępowanie”)

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz **Mariana Kaliściak** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR Marian Kaliściak** (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 1843), - zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie od:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zawarcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) postanowień sprzecznych z przepisami prawa oraz zaniechania zamieszczenia tam postanowień prawem wymaganych.

I. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzanie i rzetelną wycenę oferty oraz oszacowanie kosztów przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim:
 - a) Zamawiający nie gwarantując minimalnej ani nie podając maksymalnej ilości zleconych prac oraz ich częstotliwości, wymaga od wykonawcy dysponowania przez cały okres realizacji zamówienia odpowiednią ilością sprzętu oraz osób niezbędnych dla należytego wykonania zamówienia, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty;
 - b) Zamawiający nie precyzując minimalnego ani nie podając maksymalnego zakresu zamówienia zastrzega sobie uprawnienie do zwiększenia lub zmniejszenia powierzchni czyszczonych w trakcie trwania umowy, co w efekcie uniemożliwia właściwą kalkulację ceny ofertowej i powoduje, że ustalony przez Zamawiającego zakres świadczenia jest w całości uznaniowy;
 - c) Brak określenia przez Zamawiającego zasad dokonywania obmiarów i wskazanie, że za wykonanie przedmiotu umowy zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty, w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru, powodują, że ustalone przez Zamawiającego zasady wynagrodzenia nie są określone precyzyjnie, nawet w zakresie odnoszącym się do cen jednostkowych;
 - d) Zamawiający ustalił w SIWZ warunki realizacji zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób

naruszający zasady współzycia społecznego i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną a okoliczności, których wystąpienie uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary nie zostały określone w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

zgodnie ze szczegółowym wykazaniem i uzasadnieniem ww. naruszeń zaprezentowanym w uzasadnieniu odwołania.

II. Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia odwołania,
2. zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

III. Interes prawny

Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie, świadczącym usługi w przedmiocie nim objętym. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, o których mowa w pkt II powyżej interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku bowiem Zamawiający określając postanowienia SIWZ w sposób sprzeczny z ustawą Pzp oraz wykraczający poza dopuszczoną swobodę umów, uniemożliwia udział Odwołującego w Postępowaniu, a co najmniej ogranicza szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia. Istotą udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko możliwość złożenia oferty, ale możliwość złożenia oferty, która w warunkach zgodności czynności Zamawiającego z prawem umożliwi realne konkurowanie pomiędzy wykonawcami.

Wobec powyższego Odwołujący narażony jest na szkodę w postaci braku możliwości ubiegania się o zamówienie lub jego nieuzyskania pomimo możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

IV. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem nr 2019/S 227-557448) w dniu 25 listopada 2019r., a SIWZ w dniu 25 listopada 2019r. (na stronie internetowej Zamawiającego: http://zdm.bip.gliwice.eu/pub/zam_pub/10663/f72686.pdf)

V. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął z treści SIWZ. Stosownie do 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Tym samym termin na wniesienie odwołania wynikający z 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany.

- VI. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł i w terminie (dowód w załączeniu), a Zamawiający otrzymał kopię odwołania (dowód w załączeniu).

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie na wybór wykonawcy, który będzie realizował usługę polegającą na *Oczyszczaniu pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2021*.

Postępowanie podzielone jest na Zadania:

Zadanie 1 – Oczyszczanie jezdni oraz tunelu

Zadanie 2 – Oczyszczanie chodników oraz pasów zieleni

Zadanie 3 – Sprzątanie rynku oraz Starówki.

Zamawiający, w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w szczególności w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (dalej „SOPZ”) oraz we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 a-c do SIWZ, zawarł postanowienia naruszające ustawę Pzp, które Odwołujący przedstawia poniżej:

AD. ZARZUTU 1 - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzanie i rzetelną wycenę oferty oraz oszacowania kosztów przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim:

- a) Zamawiający nie gwarantując minimalnej ani maksymalnej ilości zleconych prac oraz ich częstotliwości, wymaga od wykonawcy dysponowania przez cały okres realizacji zamówienia odpowiednią ilością sprzętu oraz osób niezbędnych dla należytego wykonania zamówienia, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. *Wskazuje na to ponownie w ustawie w odniesieniu stricte do opisu przedmiotu zamówienia generalnej zasady zawartej wcześniej w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a obowiązującej w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych przez zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, od jego przygotowania i wszczęcia poczynszy, a na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego skończywszy. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na wagę opisu przedmiotu zamówienia dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazuje nie tylko ponownie reguły zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych,*

ale również to, że naruszeniem normy art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie jest rzeczywiste, lecz już nawet potencjalne ograniczenie konkurencji w postępowaniu.¹

Innymi słowy, oznacza to, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisu wystarczająco precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych dla wykonawców z danej branży określeń. Wykonawcy składający ofertę muszą być świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację. Bowiem, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia dokonują obliczenia ceny za wykonanie zamówienia.

Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyroku o sygn. akt KIO 2649/11, w którym stwierdziła, że *„niedokładne, nieostre sformułowanie SIWZ może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca skalkuluje swoją ofertę w sposób mniej korzystny, nie uwzględniając wszystkich wymaganych okoliczności i narazi się na przegranie przetargu. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nieprecyzyjne sformułowania SIWZ prowadzą do możliwości przedstawienia przez wykonawcę oferty z zawyżoną ceną w wyniku opisu zamówienia, doprowadzić mogą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.”*

Zamówienie (Zadanie 1 i 2) obejmuje oczyszczanie (zamiatanie, mycie, szorowanie) jezdni tunelu, chodników, pasów zieleni w mieście Gliwice, za pomocą pracy ludzkiej oraz specjalistycznego sprzętu. Zamawiający, w Rozdziale I pkt. 10 SOPZ określił ogólne zasady wykonywania zleconych prac oczyszczenia nawierzchni w ramach przedmiotu Umowy (dotyczące wszystkich 3 Zadań), zgodnie z którymi:

„Wymaga się, aby mechaniczne i ręczne oczyszczanie nawierzchni odbywało się systematycznie według następujących zasad:

- *Zamawiający w każdy piątek będzie na bieżąco przekazywał harmonogram prac na kolejny tydzień osobie wskazanej przez Wykonawcę jako koordynator prac.*
- *Wykaz ulic wraz z orientacyjną powierzchnią jest podany w załączniku do SIWZ (...).”*

Co istotne, zasady powyższe nie zostały w żaden sposób doprecyzowane w Rozdziale II SOPZ, który zawiera wymagania szczegółowe dotyczące poszczególnych Zadań, tj. w szczególności Zadania nr 1 i Zadania nr 2.

Ponadto, w Rozdziale I pkt. 10 SOPZ 8.1. wskazano, że: *„Zamówienie będzie realizowane od dnia podpisania umowy do 31.12.2021 r., z niżej wymienionymi zastrzeżeniami:*

- a) Zamawiający może w każdej chwili zawiesić czasowo realizację usług.*
- b) Zamawiający zobowiązuje się z 24 godzinnym wyprzedzeniem zawiadomić Wykonawcę o rozpoczęciu prac po okresie zawieszenia.”*

¹ Uchwała KIO z dnia 27 września 2018 r KIO/KD 34/18

W Rozdziale I, pkt 11 Zamawiający zobowiązał też Wykonawców do posiadania placu magazynowego / bazy w lokalizacji, zapewniającej przez całą dobę dostęp do wymaganych materiałów, narzędzi i sprzętu, w określonej odległości od Centrum Gliwic (tak by w szczycie komunikacyjnym wykonawca był w stanie dojechać do na skrzyżowanie ulic Zwycięstwa z ul. Wyszyńskiego w nieprzekraczalnym terminie 30 minut od wydania dyspozycji przez Zamawiającego), z miejscem do tymczasowego magazynowania odpadów (dla którego Wykonawca uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów) i miejscem parkingowym dla dla jednostek sprzętowych potrzebnych do realizowania zadań.

W odniesieniu do Zadania nr 1 - Oczyszczanie jezdni i tunelu, zgodnie z brzmieniem Rozdziału II pkt 2.1. lit l) SOPZ (Zadanie nr 1) *„Realizacja usług odbywać się będzie w oparciu o przekazywane przez Zamawiającego na bieżąco zlecenia wyznaczające zakres i częstotliwość prowadzenia prac na dany tydzień. Załączony wykaz ulic i zamieszczona w formularzu cenowym ilość metrów jest jedynie propozycją pozwalającą na wyliczenie ceny.*

Ponadto, w pkt 2.1. lit g) SOPZ, Zamawiający wprowadza dodatkowy wymóg dotyczący oczyszczania tunelu, zgodnie z którym: *„Szczególną ostrożnością i starannością oraz doświadczeniem powinien wykazać się wykonawca przy oczyszczaniu tunelu. Zamówienie polega na oczyszczaniu nawierzchni betonowej tunelu jako opasek bezpieczeństwa. W zależności od zabrudzeń i ich lokalizacji oczyszczania dokonuje się w sposób mechaniczny bądź ręczny przy użyciu maszyn lub narzędzi. Oczyszczanie będzie dokonywane przy zamkniętym tunelu według procedury określonej przez Zamawiającego w godzinach nocnych wskazanych przez zamawiającego po podpisaniu umowy. Wykonawca musi wykazać się dużą ostrożnością i doświadczeniem w trakcie czyszczenia tunelu z uwagi na występujące systemy oświetlenia, sterowania tunelem, instalację sygnalizacji pożaru, wyposażenie techniczno-komunikacyjne, wentylatory, urządzenia pierwszej pomocy, urządzenia radiowe, urządzenia nagłaśniające oraz stacje sygnalizacyjne”.*

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający w żadnym miejscu nie podaje choćby minimalnego, pewnego zakresu zlecenia, choć z pewnością, na podstawie posiadanego doświadczenia, taki minimalny zakres mógłby podać. Nie została też ustalona żadne wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy za „gotowość”. Ponadto, zarówno w przypadku oczyszczania jezdni jak i oczyszczania tunelu Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje jakimi przesłankami czy zasadami dotyczącymi częstotliwości czyszczeń będzie się kierował przy zlecaniu prac w ramach realizacji Umowy, tj. w jakich okolicznościach do wykonawcy zostanie skierowane zlecenie. Jednocześnie Zamawiający wskazuje dodatkowy wymóg związany z oczyszczaniem tunelu polegający na konieczności oczyszczania nawierzchni tunelu w porze nocnej, wg procedury określonej przez Zamawiającego i przekazanej wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy.

Nie ulega wątpliwości, że tak określony przedmiot zamówienia nie pozwala na zaplanowanie pracy dla pracowników Odwołującego czy też sprzętu w całym okresie realizacji zamówienia, a zatem wyklucza rzetelną wycenę. Bez znajomości chociażby minimalnych wielkości poszczególnych zleceń i przesłanek ich częstotliwości Odwołujący nie ma możliwości dokonania kalkulacji, które znajdowałyby oparcie w SIWZ.

Podkreślenia wymaga fakt, że niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie Wykonawca realizuje zlecenia na oczyszczania nawierzchni, zgodnie z postanowieniem pkt 2.1. lit n) SOPZ zobowiązany

jest on przez cały okres obowiązywania umowy dysponować ściśle określonym potencjałem sprzętowym, a co za tym idzie, także kadrowym, w szczególności:

- zmiatarkami ulicznymi -7 szt., w tym: jedna z funkcja do odbioru liści, jedna z funkcja do ciśnieniowego mycia nawierzchni, jedna z funkcja do oczyszczania opasek drogowych, jedna z funkcja przestawnych szczotek do oczyszczania jezdni z prawej lub
- myjką wysokociśnieniową wyposażoną w skrotną listwę myjącą z możliwością kierowania z kabiny oraz lance do ręcznego mycia nawierzchni zabudowana na pojeździe o DMC od 9 do 12 ton wyposażona w zbiornik na wodę (...)
- samochodem ciężarowym samowładowczym o DMC od 15 do 19 ton -1szt.
- koparko ładowarką samojezdną -1 szt.,
- myjką wysokociśnieniową spalinową o ciśnieniu roboczym minimum 100 barów-1szt. samochód dostawczy o DMC do 3,5 tony przeznaczony do przewożenia minimum 5 osób z nadwoziem typu furgon -1szt., z wymaganym wyposażeniem (...)
- samochodem dostawczym o DMC do 3,5 tony do przewożenia minimum 3 osób typu furgon o długości przedziału bagażowego minimum 4 metry z zamontowaną na dachu pojazdu rozkładaną świetlną ze strzałką zmiennej treści -1 szt., z wymaganym wyposażeniem (...);

Podobne regulacje, do tych cytowanych wyżej, znajdziemy w odniesieniu do Zadania nr 2 – Oczyszczanie chodników oraz pasów zieleni. W Rozdziale II pkt 2.2. lit I) SOPZ (Zadanie nr 2) Zamawiający wskazuje, że „Zamiatanie chodników oraz oczyszczanie pasów zielonych należy przeprowadzić zgodnie z otrzymywanym w każdy poniedziałek harmonogramem prac na cały następny tydzień”

Dalej Zamawiający wymaga, aby „Wykonawca realizował sprzątnie zanieczyszczeń punktowych w obrębie chodników i pasów zieleni 24 godziny na dobę każdego dnia w trakcie obowiązywania umowy o konieczności wykonania prac powiadomi przedstawiciel zamawiającego. Zamawiający każdorazowo w poniedziałek powiadomi wykonawcę o konieczności wykonania prac oraz ich lokalizacji i obmiarze. Załączony wykaz ulic i zamieszczona w formularzu cenowym ilość metrów jest jedynie propozycją pozwalającą na wyliczenie ceny”.

Podobnie jak w przypadku Zadania nr 1, Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres obowiązywania umowy dysponować ściśle określonym potencjałem sprzętowym i kadrowym, realizuje zlecenia na oczyszczanie nawierzchni, zgodnie z w pkt 2.2. Zadanie nr 2 SOPZ, w szczególności:

- powinien dysponować 15 pracownikami do zamiatania ręcznego oraz następującym sprzętem wraz z obsługą:
 - ✓ Wielofunkcyjny pojazd o konstrukcji przegubowej o DMC do 3,5t spełniający europejski standard emisji spalin STAGE 3a lub STAGE 3B wyposażony w zmiatarkę wchłaniającą z zabudowanym odkurzaczem, o zmiennym rozstawie szczotek i systemie ich zraszania, którego praca spełnia normę emisji pyłów drobnych PM-EN15429-3:2015-2-05E -sztuk 2. W tym jedna wyposażona w niezależny od agregatu zamiatającego moduł do mechanicznego usuwania chwastów wraz z jednoczesnym odebraniem zanieczyszczenia,
 - ✓ samochód ciężarowy o DMC do 3,5 tony –3 szt.

Odwołujący podkreśla, iż żadnym w dokumentów będących załącznikami do SIWZ, tj. w SOPZ czy we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 a i załącznik nr 5 b (odnoszący się odpowiednio do Zadania nr 1 i Zadania nr 2) Zamawiający nie określił częstotliwości wykonywanych usług oczyszczania nawierzchni, zlecanych na podstawie harmonogramu prac na dany tydzień. Określił jedynie, że zlecenia będą przekazywane „na bieżąco”(Rozdział I pkt. 10 SOPZ).

Odwołujący, na podstawie tak określonego przedmiotu zamówienia nie jest w stanie oszacować czy w przekazywanych w każdy piątek harmonogramach prac na kolejne tygodnie będą zlecane prace oczyszczania, np. chodników -2 razy w miesiąc czy 1 raz w miesiącu, ani też nie jest w stanie oszacować czy oczyszczanie nawierzchni tuneli w porze nocnej odbywać się będzie 1 raz w tygodniu czy może 1 raz w miesiącu, a co za tym idzie zagwarantować odpowiedniej ilości osób do wykonania takich usługi.

Ponadto, zgodnie z brzmieniem § 2 ust. 2 wzoru umowy „W miesiącach: styczniu, lutym, marcu, listopadzie i grudniu, zmiatanie realizowane będzie pod warunkiem wystąpienia odpowiednich warunków atmosferycznych i pogodowych do tego rodzaju prac, po wydaniu Wykonawcy polecenia przez Zamawiającego pisemnie, fax-em lub drogą mailową.

Powyższe oznacza, że zarówno w odniesieniu do Zadania nr 1 i Zadania nr 2 Zamawiający nie precyzuje, na jakich zasadach i w jakiej ilości będzie zlecał oczyszczanie nawierzchni w miesiącach: styczniu, lutym, marcu, listopadzie i grudniu, z jakim wyprzedzeniem będzie informował i uzgadniał z wykonawcą zakres prac, a wykonawca nie ma informacji czy w ww. miesiącach w ogóle będą zlecane usługi, co dodatkowo utrudnia dokonanie należytej kalkulacji ceny oferty. Konieczne jest określenie minimalnej powierzchni zlecanej do oczyszczania jednorazowo.

W tym miejscu wskazać należy także na zapisy i informacje zawarte w Formularzu ofertowym dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2 stanowiącym odpowiednio Załącznik nr 3a oraz Załączniku nr 3b do SIWZ. Zgodnie z danymi znajdującymi się w Formularzach Ofertowych, Zamawiający wskazał jednostki miary i „przewidywalne ilości jednostek miar”. Niemniej jednak w Formularzach Oferty zawarł informacje, że „Szacunek ilościowy robót, został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Liczba zamawianych usług może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, jednakże wartość całkowita zamówienia nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej na to zadanie w budżecie Zamawiającego”.

Powyższe, bez wątpienia jest spójne z informacją z pkt 2.1. lit. I) SOPZ oraz z pkt 2.2. SOPZ, że „Załączony wykaz ulic i zamieszczona w formularzu cenowym ilość metrów jest jedynie propozycją pozwalającą na wyliczenie ceny” i prowadzi do wniosku, że Odwołujący kalkulując cenę oferty, w żadnym wypadku nie może oprzeć się na danych zawartych w SIWZ, SOPZ, wzorze umowy i Formularzach Ofertowych. Są to jedynie wartości podane w celu złożenia przez wykonawców porównywalnych ofert. Dane te w żadnym wypadku nie świadczą o rzeczywistych potrzebach Zamawiającego ani też nie wskazują na chociażby minimalny zakres zamówienia, który w ramach umowy zrealizuje Odwołujący.

Inaczej mówiąc, SOPZ i wzory umowy zostały skonstruowane w ten sposób, że Wykonawcy można nie zlecić żadnej pracy i wykonawca nie otrzyma żadnego wynagrodzenia, mimo, że poniesie koszty związane z zapewnieniem bazy sprzętowo – kadrowej i lokalizacji.

Doprecyzowanie:

- minimalnego, pewnego zakresu zlecenia (albo kwoty jaką wykonawca otrzyma za „gotowość” świadczenia usług,
- zasad, na jakich Zamawiający będzie zlecał ww. prace, ilości zlecanych prac i ich częstotliwości (tj. kiedy zobowiązany będzie do skierowania do Wykonawcy zlecenia realizacji prac),

jest niezbędne gdyż bez tych informacji wykonawca nie jest w stanie podjąć decyzji biznesowej o złożeniu oferty w Postępowaniu, w należyty sposób oszacować ceny oferty, sprostać wymogom dotyczącym zapewnienia zarówno sprzętu, jak i zagwarantowania pracowników, których będzie można oddelegować do świadczenia usług oczyszczania.

Nie ulega wątpliwości, że takie ukształtowanie postanowień SIWZ i SOPZ zarówno w odniesieniu do Zadania nr 1 jak i Zadania nr 2 uniemożliwia oszacowanie przez Odwołującego kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty. Zamawiający nie wskazuje żadnych zasad, którym będzie się kierował przy zlecaniu prac w ramach umowy, tj. nie wskazuje zasad związanych z zakresem zleceń (ich ilością) jak i z częstotliwością oczyszczania poszczególnych nawierzchni w danym tygodniu, w ramach Zadania nr 1 lub Zadania nr 2.

Określenie przez Zamawiającego minimalnego poziomu zleconych prac ma wpływ na bieżące działania operacyjne Odwołującego, który mając chociaż wiedzę nt. minimalnego zakresu zamówienia i zasad kierowania zleceń, może planować i efektywnie zarządzać pracą przedsiębiorstwa. Pozwala to również uniknąć sytuacji, w której w ciągu jednego tygodnia Zamawiający zleca do wykonania np. 5 000 m² oczyszczenia nawierzchni, a w tygodniu kolejnym otrzymuje on zlecenie na ok. 4 000 000 m², przy czym dysproporcja ta nie jest uzasadniona żadnymi okolicznościami określonymi w SIWZ / SOPZ.

Odwołujący wskazuje także, że inny jest koszt wykonania tej samej usługi na tej samej powierzchni (np. 10m² zamiatania) jeżeli czynność ta jest realizowana 3 razy z tygodniu a inny, jeżeli raz w miesiącu (inny stopień zabrudzenia).

Sformułowane przez Zamawiającego wymogi nakładają na wykonawcę obowiązek zachowania gotowości do świadczenia usług *de facto* w pełnym zakresie przez cały okres obowiązywania umowy (wykonawca nie ma pewności kiedy i czy zostanie mu zlecona usługa w ramach umowy dlatego przez cały okres obowiązywania umowy musi utrzymywać taką gotowość, jakby realizował usługę w pełnym zakresie i częstotliwości). Generuje to konieczność poniesienia bardzo wysokich kosztów stałych - niezależnych od ilości zrealizowanej pracy, do których zaliczyć należy miesięczne koszty wynagrodzeń pracowników i współpracowników (dla realizacji pełnego zakresu zadań), amortyzacji wymaganego sprzętu, mediów, bazy lokalowej itp. Do tego należy doliczyć koszty zmienne, uzależnione już od ilości zleceń, np. koszty paliwa, środków czystości czy koszty zagospodarowania odpadów.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający posiada szczegółowe dane historyczne dotyczące wykonania usług oczyszczania pasów drogowych na terenie miasta Gliwice realizowanych w latach poprzednich, na podstawie których może doprecyzować SIWZ w ww. zakresie. Zamawiający, jak każdy „gospodarz” zna miasto, wie które drogi są uczęszczane częściej a które rzadziej, a co za tym idzie, wie w jakiej częstotliwości, które wymagają sprzątnięcia. To na Zamawiającym ciąży obowiązek szczegółowego i dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia, tak, aby wszyscy potencjalni wykonawcy mieli równy dostęp do tych informacji oraz aby złożone oferty były porównywalne w zakresie cen odzwierciedlających możliwie realny zakres przedmiotu zamówienia, a oferty były sporządzone przy uwzględnieniu podanych przez Zamawiającego założeń. Nie oznacza to, że Zamawiający nie może przewidzieć w SIWZ zapisów pozwalających mu na rozszerzenie pewnego zakresu prac w sytuacjach, gdy okaże się to potrzebne, z powodów wynikających z okoliczności, które nastąpią na etapie realizacji Zamówienia.

Bez znaczenia jest tu fakt, że Wykonawcy, w tym Odwołujący, także mają doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, również dla Zamawiającego, bowiem nie ma żadnych przesłanek aby twierdzić, że Zamawiający utrzyma dotychczasową częstotliwość zleceń.

Odwołujący zdaje sobie przy tym sprawę ze specyfiki zamówienia, która powoduje, że nie sposób wymagać od Zamawiającego podania w SOPZ szczegółowych dat świadczenia usług i szczegółowych ilości dla każdego z tych dat, bowiem nie wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na częstotliwość oczyszczania nawierzchni, np. imprezy masowe, Zamawiający jest w stanie przewidzieć. Nie zmienia to faktu, że Zamawiający może, a na podstawie ustawy Pzp jest zobowiązany, określić co najmniej minimalny, gwarantowany zakres przedmiotu zamówienia, który zostanie zrealizowany, jak również na podstawie danych historycznych jest w stanie określić jak często dane powierzchnie powinny być oczyszczane.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez:

- określenie w treści SIWZ minimalnego, pewnego zakresu zamówienia,
 - doprecyzowanie w treści SIWZ danych dotyczących minimalnych ilości zleczanych wykonawcy prac oraz określenie częstotliwości zlecenia oczyszczania poszczególnych nawierzchni w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, w oparciu o informacje posiadane przez Zamawiającego (dane historyczne), z uwzględnieniem rodzajów prac
- b) Zamawiający nie precyzując zakresu minimalnego i maksymalnego zamówienia zastrzega sobie uprawnienie do zwiększenia lub zmniejszenia powierzchni czyszczonych w trakcie trwania umowy, co w efekcie uniemożliwia właściwą kalkulację ceny ofertowej i powoduje, że ustalony przez Zamawiającego zakres świadczenia jest uznaniowy;

Zgodnie z pkt 10 Rozdział I SOPZ Zamawiający wskazuje, że „Wykaz ulic wraz z *orientacyjną powierzchnią* jest podany w załączniku do SIWZ. Zamawiający może wskazać także w trakcie realizacji umowy dodatkowe powierzchnie które powinny zostać przez Wykonawcę oczyszczone w czasie ustalonym z Zamawiającym, które nie zostały uwzględnione w wykazie. W przypadku dodatkowo zleczonych miejsc do oczyszczenia Zamawiający przekaże Wykonawcy ich powierzchnię i na tej podstawie pod koniec każdego miesiąca Zamawiający dokona płatności za oczyszczone metry.

Zamawiający zastrzega sobie w każdym czasie trwania umowy możliwość zwiększania lub zmniejszania powierzchni które należy oczyścić. Zamawiający może wskazać wykonawcy do oczyszczenia (zamiatania), mycia w postaci całej ulicy lub jej części bazując na jednostkach miar wskazanych w ofercie”.

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający w dalszych postanowieniach SOPZ ani w treści pozostałych załączników do SIWZ, w szczególności w wzorze umowy w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2 (odpowiednio Załącznik nr 5a i Załącznik nr 5b SIWZ) nie określił zasad dotyczących zwiększenia lub zmniejszenia powierzchni, które będą oczyszczane poza jednym wskazaniem w § 5 ust. 2 wzoru umowy (Załącznik nr 5a i Załącznik nr 5 b SIWZ), że „Wynagrodzenie za roboty o których mowa w ust.1. stanowić będzie wynikową ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Ofercie, przy czym wartość całkowitego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj.: zł brutto (słownie... 00/100 złotych brutto)”.

Zgodnie z postanowieniami pkt 2.1. lit. l) SOPZ oraz z pkt 2.2. SOPZ „Załączony wykaz ulic i zamieszczona w formularzu cenowym ilość metrów jest jedynie propozycją pozwalającą na wyliczenie ceny”. Zatem przewidywane ilości jednostek miar oczyszczanych powierzchni wskazane w Formularzu Ofertowym i wykazie ulic są jedynie ilościami szacunkowymi. Zamawiający ma prawo zlecać wykonawcy zwiększenie lub zmniejszenie ilości i częstotliwości prac objętych Formularzem Ofertowym i wykazem ulic do oczyszczania, może także wskazać wykonawcy do oczyszczenia (zamiatania), mycia w postaci całej ulicy lub jej części bazując na jednostkach miar wskazanych w ofercie. Nie sprecyzowane zostały zasady i sytuacje, w których Zamawiający może zmniejszyć lub zwiększyć powierzchnie które należy oczyścić. W § 5 ust. 2 wzoru umowy w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2 (odpowiednio Załącznik nr 5a i Załącznik nr 5b SIWZ), Zamawiający zastrzegł sobie, że wartość całkowitego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, przy czym nie wskazał tej wartości.

Wykonawcy nie znają zatem ani minimalnego, ani maksymalnego zakresu zamówienia, ani jakichkolwiek zasad, którymi będzie się kierował Zamawiający podejmując decyzję w sprawie realizacji zleceń.

Odwołujący podnosi również, iż ww. postanowienia stanowią naruszenie art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie zasad realizacji zamówienia w sposób uniemożliwiający ustalenie ryzyka wynikającego z ewentualnego "niezamówienia usług", a tym samym rzetelnego skalkulowania ceny oferty. Odwołujący bowiem nie jest w stanie ustalić minimalnego „gwarantowanego” zakresu przedmiotu zamówienia.

Brak jednoznacznego określenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia gwarantowanej wielkości zakupu powoduje naruszenie normy wyrażonej w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż opis przedmiotu zamówienia nie został dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, na co wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 33/07.

Dalej w uzasadnieniu tego wyroku Izba stwierdza, że *"Zamawiający nie opisując wielkości gwarantowanych stosuje praktykę, która pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy"*

Inny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (z dnia 2014-08-11, KIO 1511/14), stanowi, że: *"Zamawiający nie posiada nieograniczonego prawa do zmniejszenia lub zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne, a zaniechanie określania procentowej granicy takiego zmniejszenia lub zwiększenia może spowodować znaczne trudności dla wykonawcy"*.

Odwołujący, aby mógł dokonać realnej wyceny oferty musi mieć wiedzę odnośnie co najmniej szacunkowego zakresu prac z podziałem na podstawowy asortyment usług, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia - ilościowy lub wartościowy. Określenie górnej granicy zobowiązania zamawiającego (czego Zamawiający też nie uczynił) bez wskazania minimalnej wielkości zamówienia, którą na pewno wykorzysta zamawiający, nie spełnia wymogów należytego określenia przedmiotu zamówienie.²

Powyższe implikuje, że ukształtowanie w taki sposób postanowień SIWZ i SOPZ zarówno w odniesieniu do Zadania nr 1 jak i Zadania nr 2 uniemożliwia oszacowanie przez Odwołującego kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty. Powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia a samo świadczenie jest uznaniowe. Możliwość dowolnego kształtowania przez Zamawiającego zakresu świadczenia wpływa nie tylko na brak możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia, ale powoduje również, że Wykonawca nie ma możliwości planowania działań, tj. pracy w danym tygodniu.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, poprzez:

- Określenie w treści SIWZ minimalnego gwarantowanego zakresu przedmiotu zamówienia, które Zamawiający zamierza zrealizować;
 - Określenie w treści SIWZ szczegółowych zasad i okoliczności, w których Zamawiający będzie uprawniony do zwiększania lub zmniejszania powierzchni, które należy oczyścić.
- c) **Brak określenia przez Zamawiającego zasad dokonywania obmiarów i wskazanie, że za wykonanie przedmiotu umowy zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty, w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru, powodują, że ustalone przez Zamawiającego zasady wynagrodzenia nie są określone precyzyjnie, nawet w zakresie odnoszącym się do cen jednostkowych;**

² wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 33/0

W § 5 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5a do SIWZ Zamawiający stwierdza, że „zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty, w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru”

Jednocześnie w pkt 10 Rozdział I SOPZ Zamawiający wskazuje, że „ Wykaz ulic wraz z **orientacyjną powierzchnią** jest podany w załączniku do SIWZ. Informacja, że „Załączony wykaz ulic i zamieszczona w formularzu cenowym ilość metrów jest jedynie propozycją pozwalającą na wyliczenie ceny” została powtórzona w pkt 2.1. lit. l) SOPZ oraz z pkt 2.2. SOPZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazać należy, że w tym zakresie opis przedmiot zamówienia i zasady wyliczania wynagrodzenia Wykonawcy są nieprecyzyjne. Podstawą wynagrodzenia wykonawcy mają być roboty w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru. Z uwagi na fakt, że wykaz ulic stanowiący załącznik nr W1 i W2 zawiera orientacyjną powierzchnię a zasady obmiarów nie zostały nigdzie w sprecyzowane, Odwołujący nie ma wiedzy wg jakich obmiarów Zamawiający dokona wyliczenia ilości faktycznie wykonanych prac w ramach umowy.

Na marginesie wskazać, należy, że Wykaz W1 stanowiący Załącznik nr 12a do SIWZ zawiera nieaktualny obmiar dróg. Odwołujący realizując dla Zamawiającego inne, podobne umowy, zauważył rozbieżności w powierzchniach zleczanych dróg. Na własny koszt wykonał pomiary geodezyjne kilku z dróg ujętych w wykazie W1 . Przypuszczenia Odwołującego okazały się słuszne. Zamawiający został poinformowany o tym fakcie przez Odwołującego, przed wszczęciem niniejszego Postępowania, niemniej jednak nadal nie zaktualizował powierzchni w wykazie.

Wobec powyższego, w SIWZ nie zostały sprecyzowane informacje, wg jakiego obmiaru ulic Zamawiający dokona sprawdzenia i odbioru faktycznie zrealizowanych prac przez odwołującego, jaka powierzchnia oczyszczonych nawierzchni będzie brana pod uwagę jako podstawa do rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Mając na uwadze fakt, że wykaz ulic i zamieszczona w formularzu cenowym ilość metrów stanowią jedynie propozycję pozwalającą na wyliczenie ceny, nie mogą być one brane pod uwagę przy wykazywaniu zrealizowanych prac, bowiem nie zawierają rzeczywistych danych, w takim wypadku ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie Wykonawcy byłoby nieadekwatne do zakresu świadczenia.

Jednocześnie nie jest wiadomo, kto miałby dokonać prawidłowych obmiarów powierzchni, która może być objęta zamówieniem.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2 poprzez:

- doprecyzowanie warunków i zasad dotyczących postanowień SIWZ w zakresie wyliczania faktycznie odebranych robót - § 5 ust. 1 wzoru umowy,
- określenie jaki dokument będzie stanowił podstawę wyliczenia faktycznie wykonanych prac, z zastrzeżeniem, że dokument będący podstawą wyliczenia faktycznie wykonanych prac zawierać musi aktualne, rzeczywiste dane dotyczące oczyszczanych powierzchni.

d) Zamawiający ustalił w SIWZ warunki realizacji zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

Zgodnie z brzmieniem Rozdział I, pkt.9 SOPZ . „Oczyszczaniem objęta jest ulica na całej długości oraz szerokości, łącznie z miejscami postojowymi zlokalizowanymi na jezdni, zatokami parkingowymi oraz zatokami autobusowymi przylegającymi do danej ulicy, powierzchnie skrzyżowań (pasy włączenia i wyłączenia), wysepki, azyle, ronda, miejsca do ważenia pojazdów, powierzchnie wyłączone z ruchu, chodniki oraz pasy zielone. W przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zamiatania nawierzchni np. ze względu na parkujące pojazdy, należy dany teren każdorazowo oczyścić ręcznie”.

Zamawiający wskazuje, że w przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zamiatania nawierzchni np. ze względu na parkujące pojazdy, należy dany teren każdorazowo oczyścić ręcznie. Nie mniej jednak Zamawiający nie precyzuje zakresu zadań Wykonawcy w sytuacji, gdy nie będzie możliwie również przeprowadzenie oczyszczenia ręcznego np. ze względu na pojazdy parkujące bardzo blisko krawężnika lub częściowo na chodniku i jezdni. Zamawiający nie określa, w takim przypadku żadnej procedury wyłączającej, chociażby czasowo, ręczne oczyszczenie.

Jednocześnie na co należy zwrócić uwagę, to zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 5a i 5b do SIWZ) „Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty, w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg. obmiaru”. Z kolei, w pkt 1.1 Rozdziału I SOPZ Zamawiający wskazuje, że „Za brak oczyszczenia (zamiatania), umycia lub wyszorowania należy rozumieć dopuszczenie do zalegania wszelkich nieczystości na powierzchni większej niż 1% w odniesieniu do powierzchni zleconej (wskazanej jezdni, chodnika, miejsc parkingowych, korytka odwadniającego, płyty Rynku, pasa zieleni)” .

Zdaniem Odwołującego, najwięcej niejasności powoduje brak zasad i sposobu kontroli przez Zamawiającego prawidłowości wykonania zleconych prac i wyliczenia, pozostałych po usłudze czyszczenia ulic, zabrudzeń powyżej 1 % w odniesieniu do powierzchni zleconej. Zamawiający nie podaje Wykonawcom szczegółowych informacji w jaki sposób zostanie wyliczony procent zabrudzeń oraz co najważniejsze, jakie zabrudzenia, mogą spowodować nieuznanie przez Zamawiającego wykonania usługi. Zamawiający nie precyzuje, w jaki sposób wykonawcy powinni postępować w wyjątkowych sytuacjach, wynikających, np. z braku dostępu do miejsc czyszczonych. W praktyce nie jest rzadką sytuacją, gdy w trakcie wykonywania usługi fragment jezdni jest niedostępny (np. z uwagi na pozostawiony pojazd) a w trakcie kontroli Zamawiającego przeszkoda nie istnieje (pozostawiona jest natomiast wynikająca z istnienia przeszkody nieczystość).

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2 poprzez:

- doprecyzowanie w treści SIWZ zasad dotyczących weryfikowania przez Zamawiającego należytego oczyszczania powierzchni, w szczególności poprzez wskazanie w jaki sposób Zamawiający wyliczać będzie 1% zabrudzeń w odniesieniu do powierzchni zleconej,
- określenie w treści SIWZ sytuacji wyjątkowych w których nie będzie możliwości przeprowadzenia oczyszczania ręcznego oraz sprecyzowanie zasad postępowania w tym zakresie.

2. AD. ZARZUTU 2 - naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust.1 ustawy Pzp, art. 29 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną a okoliczności, których wystąpienie uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary nie zostały określone w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 353 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający w § 9 ust. 1 pkt e) wzoru umowy (załącznik nr 5a do SWIZ), przewidział rażąco wygórowaną karę umowną „za nieusunięcie w ustalonym terminie skutków nagłego zdarzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1, w wysokości 250,00 zł za każde 10 minut opóźnienia” a okoliczności których wystąpienie uprawnia do naliczenia kary nie zostały określone w sposób jednoznaczny i precyzyjny;

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353(1) Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Treść postanowień umownych jest istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia.

W §9 ust. 1 pkt e) wzoru umowy, stanowiący załącznik nr 5a do SIWZ (Zadanie nr 1) Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną *za nieusunięcie w ustalonym terminie skutków nagłego zdarzenia, o którym mowa w §6 ust. 1 , w wysokości 250,00 zł za każde 10 minut opóźnienia.* Przedmiotowa kara umowna jest rażąco wygórowana, zwłaszcza że we wzorze umowy jak w postanowieniach SOPZ pkt 2.1 (Zadanie nr 1) nie zostały sprecyzowane warunki, których wystąpienie uprawnia do naliczenia kary. Z treści §6 ust. 1 do którego odwołuje się Zamawiający wynika, że *„Strony postanawiają, że stosowane będą odbiory częściowe stanowiące podstawę do wystawienia faktur miesięcznych za wykonanie robót w danym miesiącu. Wykonawca codziennie do godz. 9.00 będzie dostarczał Zamawiającemu zestawienie wykonanych prac-RAPORT DZIENNY- w poprzedniej dobie (od 6.00 do 6.00). W Raporcie Wykonawca wykaże lokalizacje na jakich wykonywał usługę jako pojedyncze pozycje tego raportu”.* Nie ulega wątpliwości, że jest to niewłaściwe odesłanie.

Abstrahując od powyższego, w postanowieniach SIWZ jak i wzorze umowy, jedyną informacją jaką można wyczytać nt. *nagłego zdarzenia*, jest ta podana w Rozdziale I pkt 2.1 SOPZ, że:

“Wykonawca dysponujący wymaganym sprzętem poza realizacją zaplanowanych prac wg. zlecenia na telefoniczne zlecenie Zamawiającego, zapewnia gotowość do podjęcia akcji w celu usunięcia skutków nagłych nieprzewidzianych zdarzeń na terenie Gliwic w czasie możliwie jak najkrótszym terminie. Wykonawca w przypadku wystąpienia dyspozycji przez Zamawiającego zobowiązany jest

dojechać na skrzyżowanie ulic Zwycięstwa z ulicą Wyszyńskiego w Gliwicach w nieprzekraczalnym terminie 30 minut.

Czas rozpoczęcia akcji to czas od zgłoszenia telefonicznego przez Zamawiającego do Wykonawcy w celu stawienia się wymaganej jednostki z wymaganym wyposażeniem na miejscu zdarzenia”.

O ile został określony czas i przybycia wykonawcy do jednego, potencjalnego miejsca nagłego zdarzenia, o tyle nie został określany czas przybycia w inne miejsca, w których nagłe zdarzenia mogą wystąpić. Nie określono również czasu, w którym Wykonawca powinien usunąć skutki takiego zdarzenia (co jest niemożliwe, z uwagi na różny rodzaj i zasięg zdarzeń, jakie mogą mieć miejsce w trakcie realizacji umowy), ani zasad ustalenia tego terminu. W tych okolicznościach ustalenie kary umownej za: „nieusunięcie w ustalonym terminie skutków nagłego zdarzenia” powoduje, że kara umowna stanowi naruszenie równowagi stron umowy, może zostać też uznana za karę wygórowaną bowiem zasady jej naliczania nie zostały określone w umowie w sposób w precyzyjny, dokładny i zrozumiały.

Wskazać należy, że zasadnym jest żądanie, aby zapisy umowy konkretyzujące podstawę do dochodzenia kary były jednoznaczne. Określenie wysokości kary umownej nie powinno pozostawiać pola do kalkulacji, czy bardziej opłacalnym dla wykonawcy będzie zaniechanie wykonania zlecenia, które musiałby wykonać z opóźnieniem również zagrożonym karą (wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2018, sygn.. akt KIO 2574/18).

Ponadto, kara umowna jest uznawana za swoisty ryczałt odszkodowawczy, pełniący funkcję delimitacyjną oraz symplicykacyjną i z tej przyczyny jej zastrzeżenie powinno stwarzać możliwość obliczenia wysokości kary już w momencie zawarcia umowy. Strony mogą jednak określić karę pośrednio przez wskazanie podstawy jej naliczenia w sposób pozwalający uznać jej ustalenie za dokonane i zamknięte (wyrok SA Białystok z dnia 27-03-2019, sygn. I ,AGa 201/18).

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ, w zakresie Zadania nr 1 poprzez:

- wykreślenie kary umownej przewidzianej § 9 ust. 1 pkt e) wzoru umowy – załącznik nr 5 a do SIWZ, ewentualnie
- dookreślenie zasad jej naliczania w sposób precyzyjny, dokładny i zrozumiały uwzględniając okoliczność, że kara nie może być nadmiernie wygórowana, np. poprzez uregulowanie w SOPZ zasad określania wymaganego czasu dojazdu Wykonawcy na miejsce nagłego zdarzenia i określenie kary w odniesieniu do zwłoki (a nie opóźnienia) w dotarciu Wykonawcy na miejsce zdarzenia w celu usunięcia jego skutków (a nie opóźnienia w usunięciu skutków zdarzenia).

Z tym powodów wnoszę jak na wstępie.

Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W imieniu Odwołującego:

Arieta Elianowska

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania;
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. Odpis z CEiDG Odwołującego;
4. Pełnomocnictwo