

Warszawa, 3 października 2022 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

**Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji - działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia**

ul. Traugutta 30/30A, 26-600 Radom

tel. (48) 365-46-52, e-mail: [zamowienia@mzdik.pl](mailto:zamowienia@mzdik.pl)

**Odwołujący: Krzesimir Dębski**

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych, Inżynierskich, Agrotechnicznych "GLOBAL 2" Krzesimir Dębski z siedzibą w Radomiu

NIP 796-28-96-492

Ul. Jodłowa 23, 26-600 Radom

[Debski.krzesimir@gmail.com](mailto:Debski.krzesimir@gmail.com)

reprezentowany przez:

**Radcę prawnego Martę Kittel**

**Adwokata Łukasza Jaźwińskiego**

Ul. Bagno 2, lok 77, 00-112 Warszawa

[biuro@kjm-legal.pl](mailto:biuro@kjm-legal.pl)

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: **Utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia** znak sprawy: **NZ.2603.72.2022** (zwane dalej: „Postępowaniem”)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 września 2022 roku, pod numerem: 2022/S 184-520342

Strona internetowa: <http://bip.mzdik.pl/mzd/zamowienia-publiczne/postepowania/2022>



## ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej zwana: „PZP”), niniejszym wnoszę odwołanie od sformułowania przez Zamawiającego treści dokumentów zamówienia niezgodnie z wymogami PZP, jak i innych regulacji **na obie części zamówienia.**

II. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów i wnosi:**

1) **Art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP – co do rozdziału VI pkt 1) SWZ oraz § 2 lit. a) umowy** – poprzez ustalenie, że termin rozpoczęcia umowy następuje z momentem podpisania umowy, podczas gdy taki termin rozpoczęcia realizacji w realiach niniejszej sprawy uniemożliwia podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania, gdyż w przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony przepis, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, co dodatkowo w świetle § 4 umowy (Zamawiający zapozna Wykonawcę z terenem, na którym realizowany będzie przedmiot umowy w terminie do 3 dni roboczych od daty podpisania umowy) skutkuje niespójnością wymagań.

**Wniosek o zmianę na treść „rozpoczęcie: 4 dni roboczych od dnia zawarcia umowy”**

2) **Art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP – co do § 1 ust. 2 pkt 4) umowy** – poprzez wymóg posiadania umowy z Regionalną Instalacją Przetwarzania Odpadów Komunalnych, tj. PPUH Radkom Sp. z o.o. – Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Radomiu w sytuacji w której wskazany podmiot nie przyjmuje wszystkich odpadów powstających w trakcie realizacji zamówienie np. o kodzie 20-03-03.

**Wniosek o zmianę na treść „Wykonawca zobowiązany jest, na dzień podpisania umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, posiadać umowę na odbiór odpadów komunalnych w szczególności o kodzie 20-03-01, 20-03-03 z podmiotem przyjmującym odpady powstające w wyniku realizacji umowy.”**

3) **Art. 433 pkt 2) i 3) PZP w zw. art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 471 k.c. a contrario i art. 473 § 2 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. – co do § 6 ust. 1 pkt 2 i**



**5 umowy** – poprzez przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę w sytuacjach od niego niezależnych tj. za szkodę wykonaną przez osoby trzecie (np. nieznanym pojazdem uderza w wiatę przystankową powodując uszkodzenia), jak też wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody których nie spowodował, ani nie są wynikiem jego działań, oraz nie wskazuje na jakim terenie

**Wniosek o wykreślenie pkt 5 i zmianę pkt 2 na treść: szkody i zniszczenia spowodowane z winy Wykonawcy w terenie realizacji prac, w tych elementach terenu i jego urządzeniach, które będą użytkowane po zakończeniu prac: wiaty, zieleńce, krzewy, drzewa, znaki drogowe, chodniki, jezdnie, ogrodzenia, mała architektura, itp.;**

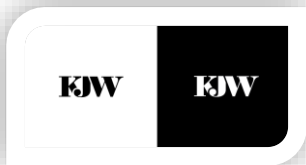
- 4) **Art. 433 pkt 2) i 3) PZP w zw. art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. – co do § 6 ust. 2 umowy** – poprzez przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za szkody powstałe na skutek siły wyższej, co jest wbrew zasadzie proporcjonalności, ponieważ w świetle przepisów k.c. nie można obciążać wykonawcę skutkami działania siły wyższej, jak też jest to ryzyko niewycenialne

**Wniosek o wykreślenie postanowienia**

- 5) **Art. 433 pkt 4) PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.– co do § 1 ust. 2 pkt 7 umowy** - poprzez brak określenia minimalnego zakresu zamówienia w zakresie każdej z poszczególnych kategorii prac jednostkowych, ujętych w formularzu cenowym (zał. 2a i 2b) co powoduje niemożliwość właściwej wyceny zamówienia, albowiem realizacja poszczególnych usług, wymaga różnych nakładów, kosztów, przygotowań itp., jak też brak określenia pułapu minimalnej ilości usług nie pozwala na określenie i oszacowania ryzyka, może bowiem być sytuacji w której niektóre usługi będą zlecone w wysokości 1000% w stosunku do ilości z formularza cenowego, a inne w ilości 0%, podczas gdy wykonawca musi stale pozostawać w gotowości do pracy, co generować będzie straty po stronie wykonawcy. Dodatkowo trudno jest skalkulować koszty niektórych usług (np. gotowość do realizacji w zimie) w innych pozycjach z formularza, w sytuacji w której formularz cenowy nie zawiera takich pozycji

**Wniosek o zmianę postanowienia na treść:**

**„Zamawiający zastrzega sobie prawo zwiększenia bądź ograniczenia ilości jednostek obmiarowych ustalonych w wyliczeniu ceny ofertowej, z zastrzeżeniem, że każda jednostkowych usług będzie realizowano w wysokości i wartości nie mniejszej niż:**



**70% z formularza za wyjątkiem pozycji: obsługa koszy ulicznych – 95%, zimowe utrzymanie ciągów pieszych - 30%, strefy płatnego parkowania – 30%. Wskazane w wyliczeniu ceny ofertowej ilości mają charakter szacunkowy, a rzeczywiste ilości prac będą wynikać z aktualnych potrzeb Zamawiającego.”**

**( Ww. wartości wynikają z historycznych danych realizowanych uprzednio usług u zamawiającego;)**

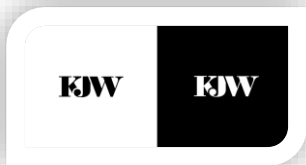
**lub wprowadzenie do formularza cenowego pozycji „gotowość do realizacji w zimie za 1 miesiąc”**

- 6) **art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP – co do ust. III pkt 1) tiret 5 OPZ (zał. 10a i 10b)** - poprzez nieokreślenie ilości wyjazdów do wypadku oraz wynagrodzenia „gotowość do wyjazdu” co uniemożliwia wycenę tej usług. (w formularzu cenowym brak odrębnych pozycji dla tych usług) a zatem jest to wymóg nieprecyzyjny i niewycenialny – co uniemożliwia wyliczenie nawet ceny jednostkowej, nie mówiąc o całości takiej odrębnej usługi. W formularzu cenowym brak jest odrębnej pozycji dla tej usługi.

**Wniosek o wprowadzenie do formularza cenowego (2a i 2b) pozycji o:**

- **nazwie „niezwłoczne usuwanie (w ciągu 60 minut od momentu zgłoszenia - przez cały okres umowy) zanieczyszczeń powypadkowych z jezdni w swoim rejonie, powodujących wystąpienie zagrożeń bezpieczeństwa ruchu”. i określenie szacunkowej ilości takich zleceń w liczbie 5 wyjazdów w roku (co wynika z wiedzy i doświadczenia wykonawcy opartych na danych historycznych).**
- **nazwie „gotowość do wyjazdu wypadkowego lub alternatywnie uwzględnienie wniosku z zarzutu nr pkt 5) powyżej**

- 7) **art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP – co do ust. III pkt 1) OPZ – fragment „Po ustąpieniu warunków zimowych w ciągu 20 dni roboczych nastąpi realizacja usługi pozimowego oczyszczania ulic. Usługa pozimowego oczyszczania ulic będzie wykonywana za stawkę bieżącego (letniego) oczyszczania ulic.”** – poprzez brak umieszczenia w formularzu cenowym (zał. 2a i 2b) odpowiedniej pozycji obejmującej taką usługę i uznanie, że pozimowe oczyszczanie będzie wykonywane w cenie letniego oczyszczania co jest nieproporcjonalnym zawężeniem usługi prowadzącym do zwiększenia kosztów jej wykonania, w sytuacji w której obie usługi są diametralnie różne, w tym różne są koszty ich przeprowadzenia (koszty pozimowego oczyszczania są wielokrotnie wyższe – przykładowo ilość zbieranych odpadów, zużycie szczotek w zamiatarce,



użycie polewaczki drogowej, niezbędna ilość zatrudnionych osób do wykonania zlecenia). W sytuacji ekstremalnej, zamawiający może zlecać tylko i wyłącznie pozimowe oczyszczanie ulic – takie działanie skutkuje nieadekwatnością i nieproporcjonalnością rzeczywistej ceny usługi, a jednostkowe ceny w świetle rozdziału XIV SWZ mają być rzeczywiste

**Wniosek o dodanie odrębnej pozycji w formularzu cenowym (2a i 2b) „pozimowe oczyszczanie ulic” wg stawki za 1 km.**

- 8) **art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP – co do ust. III pkt 5) OPZ – fragment „Schody i strome przejścia powinny być odśnieżone do czarnej nawierzchni i uszorstnione.” W kontekście fragmentu „W czasie powołania „akcji zima” Zamawiający decyduje o zakresie prac do wykonania, przekazując Wykonawcy informację o obszarze prac** Ze względu na niejednorodne warunki atmosferyczne występujące w różnych rejonach Zamawiający decyduje o powołaniu całkowitej lub częściowej „akcji zima” - poprzez brak zamieszczenia w formularzu cenowym (zał. 2a i 2b) odpowiedniej pozycji obejmującą taką usługę, ponieważ zimowe utrzymanie schodów, kładek i przejść dla pieszych wymaga innego (wyższego) standardu a wykonanie może być tylko ręczne. Zamawiający jednocześnie wskazując że akcja zima może być powołana jako akcja częściowa „na wydzielonym” obszarze, oznacza to np. że zamawiający zleca tylko schody, kładki, co opiera się tylko i wyłącznie na pracy ręcznej i wymaga użycia dodatkowych środków rozpuszczających lód np. sól drogowa (około 0,5t na 1000m2 jednorazowego odśnieżania). Jest to inna usługa niż utrzymanie ciągów pieszych i rowerowych. Koszt jest kilkunastokrotnie większy niż utrzymanie chodnika – przykładowo nie ma opadów śniegu albo opady są niewielkie, za to temperatura jest minimalnie poniżej 0 stopni. W praktyce nawierzchnie chodników nie są śliskie, ale oblodzone są kładki i schody więc zamawiający zleca tylko i wyłącznie oczyszczanie tych elementów. Opierając się na danych historycznych, zamawiający regularnie praktykuje powyższe rozwiązanie. (np. podczas zimy w 2019r, zamawiający zlecał tylko i wyłącznie kładki oraz schody, nie zlecając akcji zima za którą winien zapłacić)

**Wniosek o dodanie odrębnej pozycji w formularzu cenowym (2a i 2b) „zimowe utrzymanie schodów, kładek i stromych przejść” wg stawki za 1 m2**

- 9) **art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co do ust. III pkt 5) OPZ – fragment „Jeżeli opady ciągle wystąpią w nocy Wykonawca**

wyjeżdża do akcji po powołaniu jej przez Zamawiającego. W przypadku trwania „akcji zima” podczas ciągłych opadów śniegu w czasie dnia, „akcja zima” liczona jest jednokrotnie. Jednokrotnie liczone są też akcje uruchomione przez Zamawiającego w momencie wystąpienia opadów śniegu aż do ich ustania i prawidłowego odśnieżenia rejonu.” – poprzez nieprecyzyjne określenie sposobu zapłaty za usługę co uniemożliwia jej prawidłową wycenę w sytuacji kiedy są ciągłe opady śniegu – nie wiadomo jak w takiej sytuacji zapłacone będzie wykonanie usługi – przykładowo śnieg zaczyna padać w poniedziałek i pada non stop do środy. Przez 3 dni wykonawca jest w ciągłej pracy (24h/ na dobę), a zapłata jest jak za jednokrotny wyjazd. Jeśli zapłata jest jak za jeden wyjazd to wynagrodzenie jest niewspółmierne do pracy – skoro zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ilości i typu opadów, tym bardziej wykonawca nie ma może przewidzieć opadów śniegu co za tym idzie wyceny takiej usługi

**Wniosek o zastąpienie treści „Jednokrotnie liczone są też akcje uruchomione przez Zamawiającego w momencie wystąpienia opadów śniegu aż do ich ustania i prawidłowego odśnieżenia rejonu.” treścią „Wynagrodzenie za akcje zima podczas opadów ciągłych liczone jest za każdy dzień pracy”**

- 10) art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co do ust. III pkt 8) OPZ – fragment „Eksploracja koszy na śmieci będących własnością Zamawiającego oraz utylizacja odpadów, wykonywane będą staraniem i na koszt Wykonawcy, do którego obowiązków należeć będzie uzupełnianie brakujących lub wymiana zużytych wkładów metalowych do koszy. Wykonawca na bieżąco uzupełnia brakujące wkłady w koszach na śmieci (na swój koszt) bez dodatkowego zlecenia Zamawiającego.” – poprzez brak określenia do kogo należy sfinansowanie zakupu wkładów do koszy – co uniemożliwia wycenę tego przez wykonawcę – nieprecyzyjność tego postanowienia świadczy o naruszeniu przepisów - Wykonawca nie może policzyć zakupu wkładu w cenie jednostkowej kosza ponieważ nie wie ile wkładów będzie brakować, oraz ile koszy zamawiający zleci – dodatkowo Zamawiający przerzucił odpowiedzialność za potencjalne zaginięcie wkładów na wykonawcę. W praktyce oznacza to że wykonawca ma przy każdym koszu postawić osobę pilnującą, co w praktyce nie jest możliwe

**Wniosek określenie, że wkłady zapewnia Zamawiający lub Wykonawca, a wtedy określenie w pozycji 11 formularza 2a i 2b lit e) o treści „wymiana wkładów w koszach” przy cenie za 1 wkład i określenie szacowanej do wyceny ilości wkładów**

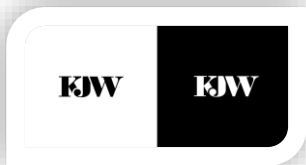
- 11) art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co do ust. III pkt 11) OPZ – fragment „Usługa likwidacji dzikich wysypisk śmieci polega na usunięciu odpadów komunalnych w tym zmieszanych (worków nieznanego pochodzenia, papierów, folii i innych odpadów zalegających luzem), odpadów ulegających biodegradacji (np. drobne gałęzie, trawa, pokos) oraz odpadów wielkogabarytowych (elementów mebli, sprzętu RTV oraz AGD), odpadów nie stanowiących odpadu komunalnego (np. zużyte części samochodowe- zderzaki, szyby, folie samochodowe, akumulatory, opony, płyny eksploatacyjne itp.) zlokalizowanych w pasie drogowym jako tzw. „dzikie wysypiska” tj. miejsca skumulowanych zanieczyszczeń w ilości **ponad 0,5 Mg.**” – poprzez nieprecyzyjne określenie wymogów, co generuje trudno policzalne koszty i może uniemożliwić oszacowanie oferty, albowiem Zamawiający nie wskazał odbiorcy tych odpadów, a określony w dokumentacji zamówienia PPHU Radkom, nie przyjmie wszystkich odpadów wskazanych w ww. fragmencie, a zatem w celu właściwego szacowania oferty koniecznym jest wskazanie odbiorcy odpadów tego typu

**Wniosek o wskazanie najbliższego odbiorcy przyjmującego powyższe odpady, lub dodanie postanowienia, że Wykonawca będzie zabierał tylko ten rodzaj odpadów, które będą odbierane przez PPHU Radkom.**

- 12) art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co do ust. III pkt 5) OPZ – fragment „pozostałych a w ciągu 12 godzin na zgłoszonych dodatkowych ciągach pieszych lub ścieżkach rowerowych” w zw. z załącznikiem nr 3 do OPZ (WYKAZ CIĄGÓW PIESZYCH ŚCIEŻEK ROWEROWYCH) w zw. z § 1 ust. 2 pkt 7 umowy – poprzez nieprecyzyjne określenie zakresu zamówienia, co uniemożliwia jego właściwą wycenę - Zamawiający bowiem umieścił pozycję 1000 m2 na ciągi piesze, oraz 1000 m2 na ścieżki rowerowe, którą dowolnie może zmienić podczas ogłaszania akcji zima (z uwagi na § 1 ust. 2 pkt 7 umowy) – powyższe skutkuje niemożliwością wyceny tej usługi (oszacowanie ilości potrzebnego sprzętu, pracowników z uwagi na możliwość dowolnej zmiany przez Zamawiającego ilości usług). Zakładając że odśnieżenie 1 000 m2 wymaga 1 ciągnik oraz 2 pracowników, a z racji tego, że Zamawiający może w sposób nieograniczony zwiększyć ilość nawet do 10 000 m2 lub więcej, to w jaki sposób wykonawca ma zapewnić możliwości realizacyjne, gdyż zakres prac nie jest znany. Konstrukcja postanowienia uniemożliwiać może realizację zadania.

**Wniosek o usunięcie pozycji z załącznika nr 3 do OPZ „inne ulice – ciągi pisze – 1000 m2” oraz „inne ulice – ścieżki rowerowe – 1000 m2”**





**III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;**
- 2) zmianę postanowień dokumentów w zakresie wszystkich jego części, w sposób wskazany w treści zarzutów;**
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;**
- 4) niewyznaczania terminu posiedzenia na 13-14/10 oraz 20/10 z uwagi na konferencje pełnomocników odwołującego na których są oni prelegentami.**

**IV. Zachowanie wymogów formalnych:** Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania Odwołujący powziął w dniu 23 września 2022 r., tj. w dniu zamieszczenia SWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

**V. Interes we wniesieniu odwołania:** Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Przedmiotowy interes został naruszony przez Zamawiającego w Postępowaniu, ponieważ czynności Zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę. Odwołujący się jest podmiotem, który zamierza ubiegać się o zamówienie, gdyż poprzednio świadczył i nadal świadczy usługi objęte Postępowaniem, ale w okresie wcześniejszym.

**UZASADNIENIE**

**[WSTĘP]**

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie. W poprzednio prowadzonym przetargu tożsamym przedmiocie (częściowo) zamówienia Odwołujący był podmiotem, który go wygrał.
2. Na poparcie wszelkich w zasadzie zarzutów przedstawionych w odwołaniu należy przywołać wyrok Sądu Najwyższego z 18 lutego 2016 r. (II CSK 197/15), gdzie uznano, że „za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka



gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia". Podobnie KIO w wyroku w sprawie KIO 2004/16 – „Tego typu postanowień SIWZ sprowadzających się do wykonywania jakichkolwiek żądań Zamawiającego lub podmiotów od niego zależnych, wpływających na wykonanie zakontraktowanego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego, które przynajmniej w jakiś sposób ryzyko to delimitują i ograniczają, i w ten sposób czynią dopuszczalnym i możliwym do zaakceptowania. Innymi słowy, określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać na li tylko na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiającego, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mieści się w ramach dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.”

3. W kontekście zaś Umowy za poparciem argumentacji Odwołującego przemawia wyrok w sprawie KIO 47/18, oraz publikacja UZP pn. „Umowy o zamówienie publiczne w zarysie” ([https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf\\_file/0024/36762/Umowy-o-zamowienia-publiczne-w-zarysie.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0024/36762/Umowy-o-zamowienia-publiczne-w-zarysie.pdf)) gdzie wprost wskazano, że **„Obowiązek współdziałania zamawiającego – wierzyciela** przy realizacji zobowiązania przez wykonawcę – dłużnika został podniesiony z mocy art. 354 § 2 kc do rangi dodatkowego obowiązku ustawowego, funkcjonującego obok podstawowego obowiązku zamawiającego w postaci zapłaty za wykonane zamówienie. Stanowi istotny czynnik stymulujący realne wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Bez współdziałania ze strony wierzyciela prawidłowe wywiązanie się dłużnika ze zobowiązania byłoby często niemożliwe lub poważnie utrudnione. Chodzi bowiem o dochowanie ogólnej lojalności, współpracy i szeroko pojętej kooperatywności wobec dłużnika – wykonawcy, zorientowanej na ułatwienie spełnienia przyrzeczonego świadczenia.” Dlatego też dodatkowym zarzutem w kontekście wszelkich zarzutów wobec Umowy, podniesionych w odwołaniu jest też w związku w ujętych w zarzucie przepisami, zarzut naruszenia art. 354 § 2 k.c.

#### [zarzut termin rozpoczęcia]

4. Odwołujący wskazuje, że określony w dokumentacji zamówienia termin rozpoczęcia zamówienia, **liczony od dnia zawarcia umowy**, w świetle zakresu i przedmiotu zamówienia skutkuje naruszeniem przepisów i nie jest realny.

5. Jak wskazuje się w orzecznictwie (KIO/UZP 707/08) „Wyznaczenie terminu rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym łącznie, winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę sieciową, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą zawierać umowy dzierżawy łączy od firm, będących ich właścicielami czy dysponentami. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art. 7 ust. 1 p.z.p. gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.”
6. Mając zaś na uwadze § 4 umowy „Zamawiający zapozna Wykonawcę z terenem, na którym realizowany będzie przedmiot umowy w terminie do 3 dni roboczych od daty podpisania umowy”.
7. Wobec powyższego, aby zapewnić możliwość przygotowania się do realizacji zamówienia koniecznym jest podjęcia odpowiednich działań. Dlatego wymóg realizacji zamówienia zaraz po zawarciu umowy stanowi naruszenie przepisów. Wobec tego wykonawca musi mieć odpowiedni termin na przygotowanie do realizacji. Odwołujący podnosi, że termin wskazany we wniosku nie jest nawet termin 7 dniowym, ale jest terminem zapewniającym rzeczowe i zgodne z ww. przywołanym § 4 umowy przygotowanie. Wykonawca zdaje sobie sprawę, że 1 dzień od zapoznania się o którym mowa w ww. postanowienia to krótko, ale 1 dzień roboczy ma w tym sensie niebagatelne znaczenie, albowiem umożliwić może przesunięcia i zatrudnienie nawet w trybie nagłym jakichś pracowników. W innym przypadku nie ma możliwości zapewnienia dokładnie od dnia zawarcia umowy mocy, które można skierować do realizacji. Nie jest zaś interesem zamawiającego określania nierealnych wymagań.
8. Wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń jest podstawowym warunkiem otwarcia się Zamawiającego na konkurencję. Specyfika świadczeń wymaga zapewnienia przedsiębiorcom należytego okresu na pozyskanie wiedzy. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi jak i dla innych podmiotów.

9. Jak dodano w wyroku Zespołu Arbitrów sygn. UZP/ZO/0-533/06): Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi. Zbyt krótki termin nie może stanowić bariery uniemożliwiającej złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy, ponieważ stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

#### **[zarzut wadliwa instalacja]**

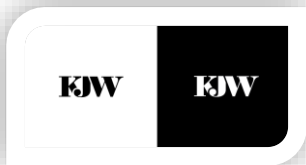
10. Zamawiający w kontekście zarzutu numer 2 wskazał instalację, która nie odpiera odpadów o kodach potrzebnych do realizacji zamówienia. Tym samym jest niemożliwym realizowanie danego postanowienia. Wymaganie Zamawiającego jest nierealne – nieodpowiadające stanowi faktycznemu, a w świetle przepisów właściwych ustaw, Wykonawca nie jest w stanie zawrzeć umów na odbiór odpadów z instalacją, która danych odpadów nie przyjmuje. Wykonawca nie może też nakazać danej instalacji odbioru konkretnej frakcji odpadów.

#### **[zarzuty odpowiedzialność]**

11. Wykonawca podnosi, że Zamawiający w zarzutach 3-4 przerzuca odpowiedzialność na wykonawcę w sposób naruszający art. 433 PZP i pozostałe przepisy wskazane w zarzutach.

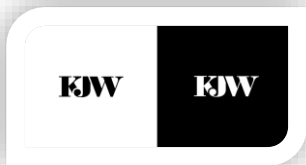
12. Na poparcie zarzutów przedstawionych w odwołaniu należy przywołać wyrok Sądu Najwyższego z 18 lutego 2016 r. (II CSK 197/15), gdzie uznano, że „za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia”. Podobnie KIO w wyroku w sprawie KIO 2004/16 – „Tego typu postanowień SIWZ sprowadzających się do wykonywania jakichkolwiek żądań Zamawiającego lub podmiotów od niego zależnych, wpływających na wykonanie zakontraktowanego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego, które przynajmniej w jakiś sposób ryzyko to delimitują i ograniczają, i w ten sposób czynią dopuszczalnym i możliwym do zaakceptowania. Innymi słowy, określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać na li tylko na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiającego, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mieści się w ramach dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.”

13. Zamawiający korzystając z dominującej pozycji w postępowaniu, narzuca reguły wykonania umowy stanowiące naruszenie zasad prowadzenia postępowania oraz



zasad współzycia społecznego. Zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa (wyrok akt KIO 283/14) bez przerzucania całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w sprawie IV Ca 508/05). Przejawem nierównego traktowania stron są regulacje dotyczące obowiązków przyszłych, nieznanych, ryzyk oraz odpowiedzialności.

14. W skarżonych postanowieniach jest to wprost nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego przy formułowaniu warunków umowy przez nałożenie nadmiernych zobowiązań i ryzyka za działania, czynności i sytuacji, które są w całości niezależne od wykonawcy, a nawet niekiedy wynikają z winy zamawiającego poprzez jego zaniechania, co z kolei jest niezgodne w rozumieniu art. 473 § 2 k.c. w zw. z art. 472 k.c.
15. W kontekście tej spornej klauzuli, na wykonawcę przerzucone zostały wszystkie ryzyka, które to w żaden sposób nie odpowiadają zasadzie proporcjonalności i jasności. Stanowi to nadto rażące nadużycie po stronie Zamawiającego. Jak bowiem obarczyć ryzykiem za sytuację całkowicie niezależną od wykonawcy. Taka sytuacja wprost jest sprzeczna z właściwością stosunku prawnego, jak i przez te postanowienia Zamawiający dąży do wyzbycia się swej odpowiedzialności z art. 473 § 2 k.c. i art. 472 k.c., gdyż to on jest zobowiązany do opracowania dokumentacji i wszystkiego, aby wykonawca mógł dane zamówienia wykonać.
16. Kodeks cywilny regulujący materię prawa zobowiązań nie odnosi się bezpośrednio do pojęcia siły wyższej. Przepis art. 471 k.c. mówi wprost, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Ustawodawca powiązał odpowiedzialność za nieprawidłowe wykonanie umowy z winą strony kontraktowej. Zajęcie siły wyższej nie wyczerpuje otwartego katalogu zdarzeń, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności z uwagi na niemożność przypisania mu winy. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Najwyższego, w którym sąd uznał, iż „**siła wyższa stanowi generalną przyczynę wyłączającą odpowiedzialność opartą nie tylko na zasadzie ryzyka, ale również odpowiedzialność opierającą się na zasadzie winy. W tym ostatnim zakresie nie musi jednak wcale nastąpić zdarzenie dające się zakwalifikować jako siła wyższa, wystarczy, że zachodzi tzw. przypadek oznaczający, że brak jest winy**”



17. Generalną zasadę odpowiedzialności w polskim prawie stanowi zasada winy. Dłużnik ma obowiązek naprawienia szkody wynikłej z nienależycie wykonanej umowy, o ile można przypisać mu winę. Oznacza to, że w przeważającej liczbie wypadków – z wyjątkiem tych, kiedy dłużnik odpowiada na zasadzie ryzyka – siła wyższa będzie powodowała wyłączenie odpowiedzialności stron.
18. W kontekście spornych postanowień, Zamawiający przerzucił w sposób nieuprawniony odpowiedzialność za działania niezwiązane z wykonawcą.
19. Dla przykładu w kontekście postanowień wskazać można sytuację w której np. nieznany pojazd uderza w wiatę przystankową powodując uszkodzenia. Według powyższego zapisu za naprawę odpowiada wykonawca. Czy też, że Wykonawca zamiata ulice/chodnik. Po wykonaniu pracy, przychodzi ulewa która całkowicie zamula błotem ulice, a zamawiający nie zdążył odebrać prac.
20. Co więcej, w świetle zasad realizacji zamówienia i braku pewności tego, czy i które usługi będą realizowane z OPZ oraz formularza cenowego (zał. 2a i 2b), nie sposób nawet wyceniać ryzyka związanego z niniejszym postępowaniem oraz ryzykami związanymi z tymi postanowieniami.

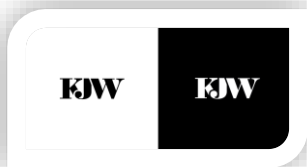
#### [zarzut brak minimalnego zakresu]

21. Kolejny zarzut dotyczy tego, że w dokumentacji zamówienia **nie określonego zgodnie z wymogami minimalnego zakresu zamówienia**. Zamawiający określił mniej więcej, że minimum 70% **wartości całkowitej wynagrodzenia brutto** (wynagrodzenia szacunkowego) zostanie zlecone, ale w świetle tego, że zamawiający może zlecać 0% z pozycji z formularza cenowego (2a lub 2b) a inne zlecać w 1000% lub więcej skutkuje, tym, że minimalny i rzeczowy zakres zamówienia nie jest znany. Wykonawca nie jest w stanie rzeczowo wycenić kosztów realizacji zamówienia, albowiem nie ma w zasadzie możliwości ustalenia minimalnego zakresu. Co więcej, w świetle tego, że nie ujęto wszystkich pozycji w formularzach cenowych odnoszących się do zakresu zamówienia, nie da się wycenić usług nie ujętych w innym miejscu. Nie może być bowiem sytuacja w której praktycznie za jakieś usługi wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia, albowiem nie było określonej pozycji w wycenie, a szacowano dowolnie i błędnie.
22. Ustalając w zgodzie z Prawem zamówień publicznych klauzulę zmiany umowy dotyczącą ograniczenia jej zakresu, nie wolno zapominać o orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości kwalifikującym jako „istotną” (niedopuszczalną) zmianę umowy polegającą na znacznym ograniczeniu jej zakresu. Przykładowo w wyroku z 7.09.2016 r., C-549/14, Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for

Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, TS wskazał: „29. Odnośnie tego ostatniego przypadku należy podnieść, że zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych. Skoro bowiem ze względu na początkowe zamówienie miało taki zakres, że tylko niektóre przedsiębiorstwa mogły przedstawić swój wniosek o dopuszczenie do przetargu czy też swoją ofertę, znaczne ograniczenie przedmiotu tego zamówienia może skutkować tym, że zainteresuje ono również mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom”.

23. Ostatnią z klauzul, o których mowa w omawianym przepisie, jest klauzula umożliwiająca jednostronne zmniejszenie zakresu rzeczowego zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (art. 433 pkt 4 p.z.p.). Zauważyć należy, że tego rodzaju postanowienia umowne były kwestionowane przez KIO jeszcze pod rządami ustawy z 2004 r. W ocenie Izby postanowienia tego rodzaju stoją w sprzeczności z zasadami dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, gdyż uniemożliwiają wykonawcom wycenę oferty. Dla zobrazowania poglądów KIO przywołać należy wyrok z 2.01.2017 r., KIO 2346/16, LEX nr 2188482, w którym Izba orzekła, że: „Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty”. W tym samym duchu wypowiedziała się KIO w wyroku z 22.07.2015 r., KIO 1372/15, LEX nr 1816519, zauważając, że: „Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty”. W świetle art. 433 pkt 4 p.z.p. nie jest zakazane wprowadzanie różnego rodzaju klauzul redukcyjnych przyznających zamawiającemu jednostronne uprawnienie do redukowania zakresu zamówienia. Co więcej, dopuszczalne jest nawet wprowadzanie klauzul pozwalających na drastyczną redukcję zakresu rzeczowego realizowanej umowy w stosunku do zakresu określonego w opisie przedmiotu zamówienia. Zakaz wyrażony

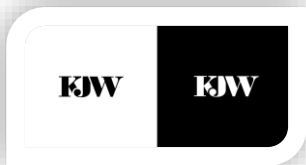




w tym przepisie dotyczy przypadku, gdy zamawiający nie określa w umowie minimalnej wielkości przedmiotu umowy, której realizację gwarantuje wykonawcy.

24. Wykonawca nie jest w stanie wycenić usług w sytuacji w której Zamawiający może określić każdą z usług z formularza zał. 2a i 2b niemal do 0. Wskazany przepisy art. 433 pkt 4) PZP nie może być też rozumiany abstrakcyjnie, a żeby nie był sztuczny i abstrakcyjny w postępowaniach jak w niniejszej sprawie koniecznym jest zapewnienie minimalnego zakresu każdego z rodzaju z usług objętych zamówieniem.
25. Inaczej i alternatywnie, jeśli nie określono by minimalnego zakresu poszczególnych usług jednostkowych koniecznym jest określenie pozycji w formularzu cenowym za gotowość do realizacji w ujęciu każdego miesiąca. Wykonawca ponosi bowiem zawsze koszty osób itp., czyli koszty stałe. Jak Zamawiający nie zleci to wykonawca będzie wręcz dokładał do realizacji umowy co jest wbrew istocie umów w zamówieniach publicznych.
26. Zamawiający też nie może przerzucać kosztów finansowania usług publicznych. Za wyrokiem w sprawie KIO 1137/17 przywołuje się, że „W świetle przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p. rolą opisu przedmiotu zamówienia jest nie tylko przedstawienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, ale również umożliwienie wykonawcom przygotowania i złożenia kompletnych i porównywalnych ofert. W powyższym kontekście istotne jest nie tylko scharakteryzowanie świadczeń, do których zobowiązany będzie wykonawca w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy wskazanie na ich rozmiar, liczbę, a także częstotliwość, ale również podanie podstaw do ich wyceny. Jest to bowiem jedna z okoliczności, o których mowa w przepisie art. 29 ust. 1 in fine p.z.p., a zatem mająca wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia, który takich założeń nie realizuje narusza normę wynikającą z przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p., a przez dopuszczenie do możliwości złożenia ofert nieporównywalnych - również normę wysłowioną w art. 29 ust. 2 p.z.p.”
27. Co więcej, w konsekwencji, przedmiot świadczenia na podstawie umowy o Zamówienie należy podzielić na dwa podstawowe rodzaje tzn. mechaniczne utrzymanie w okresie letnim oraz w okresie zimowym. Zakres świadczeń oraz ich koszty, w zależności od okresu ich realizacji są całkowicie różne, a dokładnie koszty związane ze świadczeniem usług zimowego utrzymania są niepomniernie wyższe od kosztów świadczenia usług letniego utrzymania. Przewidziane w umowie zasady wykonywania usług z zakresu zimowego utrzymania, w tym bardzo krótkie czasy





reakcji, wymagają utrzymywania przez wykonawcę w ciągłej gotowości zarówno personelu, sprzętu jak i narzędzi niezbędnych do ich wykonywania. Jednocześnie mimo takiego ukształtowania obowiązków wykonawcy, Zamawiający nie przewidział ani minimalnego zakresu usług zimowego utrzymania, które zobowiązany będzie zlecić na podstawie umowy o Zamówienie, ani jakiegokolwiek wynagrodzenia za gotowość do świadczenia tego rodzaju usług. Taki opis przedmiotu Zamówienia należy uznać za niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu Zamówienia. Wykonawca pozostaje bowiem zarówno na moment składania ofert, jak i w okresie realizacji Zamówienia, w ciągłej niepewności, co do zakresu usług jakie zostaną mu zlecone. Z uwagi na zachodzące zmiany klimatyczne oraz łagodzenie się zim w naszym regionie geograficznym, w tym w Warszawie (co stanowi fakt notoryjny), ww. niepewność staje się co raz bardziej istotna. W konsekwencji przedmiotowe ukształtowanie zapisów SWZ w sposób oczywisty stanowi przejaw niedopuszczalnego nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

28. Uzupełniając, jak wskazano w wyroku do sprawy KIO 1555/19 „Opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, ale też umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów. Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia na tyle jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować. Faktem jest, że Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za utrzymywanie przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w okresach, kiedy nie realizuje on umów cząstkowych - tj. utrzymywania przez wykonawcę osób i sprzętu na potrzeby realizacji zamówienia oraz na potrzeby podejmowania działań, w tym w szczególności w przypadku, gdy natychmiastowe niewykonanie prac skutkować będzie zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, bądź niebezpieczeństwem w



ruchu pojazdów, kiedy to wykonawca ma obowiązek stawić się na terenie prac w ciągu 1 godziny od momentu zgłoszenia potrzeby wykonania prac w trybie pilnym. Wykonawca przez cały okres obowiązywania umowy ramowej zobowiązany jest posiadać w gotowości do użycia ściśle określony przez Zamawiającego w SIWZ potencjał sprzętowy i kadrowy, w tym w szczególności: - bazę sprzętowo - magazynową wyposażoną m.in. w zadaszony magazyn środków do zwalczania śliskości, zaplecze biurowe - dyspozytornię wyposażoną w całodobową łączność telefoniczną; - opisany szczegółowo sprzęt w tym wysokiej klasy zamiataarkę, śmieciarkę, traktory komunalne oraz łącznie 15 sztuk różnego rodzaju pojazdów (ciągniki, wywrotki, samochody ciężarowe, koparko- ładowarki itp.) oraz wiele dodatkowych urządzeń; - zapewnić całodobowe dysponowanie samochodem dla celów kontroli wykonywania prac na powierzonym rejonie - pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w zakresie i w okresie realizacji zamówienia.”

29. W ww. orzeczeniu, co istotne podkreślono wyraźnie, że „Jeśli wykonawca nie ma pewności co do tego kiedy i w jakim zakresie zostanie mu zlecona usługa, to powyższe wymogi Zamawiającego nakładają na wykonawcę ciągły obowiązek zachowania gotowości do świadczenia usług przez cały okres obowiązywania umowy ramowej, a tym samym konieczność ponoszenia kosztów tej gotowości. Jednocześnie wykonawca nie ma możliwości skalkulowania tych kosztów w cenie ofertowej (jednostkowej), gdyż nie ma zagwarantowanego choćby minimalnego zakresu przedmiotu zamówienia, który zostanie mu udzielony. Zgodnie z § 5b ust. 5 i 6 wzoru umowy ramowej, ilości określone w kosztorysie ofertowym i wykazie powierzchni do oczyszczania są ilościami szacunkowymi. Zamawiający ma prawo zlecać wykonawcy zwiększenie lub zmniejszenie ilości i częstotliwości prac objętych kosztorysem ofertowym i wykazem powierzchni do oczyszczania, pominięcie pewnych prac oraz zmienić kolejność wykonania prac. W § 5b ust. 7 wzoru umowy ramowej, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany ilości i częstotliwości prac podanych w kosztorysie ofertowym i wykazie powierzchni do oczyszczania zgodnie z ust. 6 pkt 1 - 3, z zastrzeżeniem, że ostateczna wartość wykonanych prac nie może przekroczyć kwoty wartości umowy. W ocenie Izby, kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia jest uzasadniony z punktu widzenia charakteru przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego, pod warunkiem, że cena jednostkowa za usługę będzie mogła być wyceniona przez wykonawcę na poziomie maksymalnie realnym. Aby takiej realnej wyceny dokonać wykonawca musi mieć wiedzę odnośnie co najmniej szacunkowego

zakresu prac z podziałem na podstawowy asortyment usług, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia - ilościowy lub wartościowy, co jest możliwe do oszacowania na podstawie tzw. danych historycznych, na które wskazywał sam Zamawiający. Izba podzieliła przy tym stanowisko Zamawiającego, że zjawiska pogodowe nie są zawsze możliwe do przewidzenia z dużym wyprzedzeniem, w związku z czym zawsze będzie istniało pewne ryzyko związane z brakiem możliwości dokładnego przyjęcia i zaplanowania prac. W ocenie Izby, ryzyko to należy jednak ograniczyć do minimum, ponieważ im większe jest ryzyko tym wyższy jest jego koszt, który poniesie przecież Zamawiający. Zatem, to przede wszystkim w interesie Zamawiającego jest, aby wszelkie ryzyka wynikające z nieprecyzyjnego i nie dość dokładnego opisu przedmiotu zamówienia maksymalnie ograniczyć lub wyeliminować. Nie sposób zatem uznać za prawidłowe działanie Zamawiającego, który posiada szczegółowe dane "historyczne" dotyczące wykonania usług oczyszczania letniego i zimowego w poprzednich latach i nie zamieszcza w SIWZ powyższych informacji, oczekując że to wykonawca sam oszacuje te wielkości lub zwróci się do Zamawiającego o udostępnienie tych danych w trybie dostępu do informacji publicznej, na co wskazywał Zamawiający w niniejszej sprawie. To na Zamawiającym ciąży bowiem obowiązek szczegółowego i dokładnego opisu 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."

#### **[zarzuty braku formularzów cenowych konkretnych usług]**

30. Kolejne zarzuty (zarzuty nr 6-8) dotyczą tego, że Zamawiający podaje usługi które nie są z jednej strony wskazane w treści formularzy cenowych, a zatem nie sposób ich wycenić, co w świetle tego, że brak jest wiedzy, czy i co zamawiający zleci do realizacji w ramach umowy, uniemożliwia wycenę i skalkulowanie tych usług.
31. Skutkuje to zatem koniecznością doprecyzowania formularzy, które są niejasne i nie przewiduje ilości danych usług, nawet szacunkowej. Określenie zaś usług bez możliwości ich wyceny w formularzu cenowy jest istotnym naruszeniem art. 99 PZP, albowiem powoduje to nie ekwiwalentność świadczeń i nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.
32. Koniecznym w celu zachowania zgodności z art. 99 PZP jest doprecyzowanie formularzy 2a i 2b. Z kolei jak wskazało KIO w wyroku z 5 lutego 2013 r. (KIO 171/13) *„Z uwagi na brzmienie art. 29 ust. 1 p.z.p., zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i*

*skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu robót wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.*

33. Jak bowiem wykonawca ma wyceniać konkretne usługi, które nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji zamówienia w zakresie obowiązującym do jego wyceny, czyli w zakresie formularzy 2a i 2b, które przekładają się na ceny realizacji, ale tylko ceny jednostkowe.

#### **[zarzut nieoperacyjności postanowienia]**

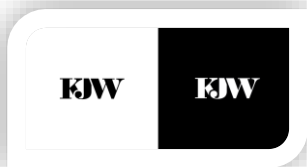
34. Kolejny zarzut dotyczy braku precyzji zamawiającego i niejasności postanowienia (zarzut nr 9). W opz wskazano „Jeżeli opady ciągle wystąpią w nocy Wykonawca wyjeżdża do akcji po powołaniu jej przez Zamawiającego. W przypadku trwania „akcji zima” podczas ciągłych opadów śniegu w czasie dnia, „akcja zima” liczona jest jednokrotnie. Jednokrotnie liczone są też akcje uruchomione przez Zamawiającego w momencie wystąpienia opadów śniegu aż do ich ustania i prawidłowego odśnieżenia rejonu.” Te postanowienia powoduje niejasność w rozumieniu art. 99 PZP, a zatem wymaga zmian i doprecyzowania. Aktualna treść uniemożliwia wycenę w sytuacji kiedy są ciągłe opady śniegu – nie wiadomo jak w takiej sytuacji płacona będzie usługa – przykładowo śnieg zaczyna padać w poniedziałek i pada non stop do środy. Przez 3 dni wykonawca jest w ciągłej pracy, a zapłata jest jaka? Jeśli jednorazowa to wynagrodzenie jest niewspółmierne do pracy - skoro zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ilości i typu opadów, tym bardziej wykonawca nie ma może przewidzieć opadów śniegu co za tym idzie wyceny takiej usługi.

35. Koniecznym jest zatem takie doprecyzowanie postanowienia, aby świadczyło one o ekwiwalentności świadczeń.

#### **[zarzut wkładów do koszy]**

36. W świetle opz nie wiadomo kto finansuje koszty wkładów do koszy, jak też jaki to ewentualny jest koszt (nawet szacunkowy). Co więcej, Zamawiający nie wskazał ceny 1 wkładu, a ni nawet w formularzu ofertowym nie uniemożliwił oszacowanie takiej usługi wymiany wraz z kosztem wkładu.

37. Ponownie zatem jest nieprecyzyjności w rozumieniu art. 99 PZP i nieproporcjonalność w rozumieniu art. 16 PZP, którą Zamawiający może chcieć wykorzystywać na niekorzyść wykonawcy.



38. Aby jednak zapewnić zgodność z przepisami i zapewnić wycenialność usług związanych z wymianą wkładów wystarczy doprecyzowanie niektórych niejasnych kwestii.

**[zarzut nieprecyzyjności dzikich wysypisk]**

39. Kolejny zarzut znów związany jest z brakiem precyzji wymogów zamawiającego, a raczej brakiem właściwych ustaleń. Zamawiający nie wskazał bowiem w przeciwieństwie do innych kwestii związanych z odbiorami odpadów, który podmiot dane odpady związane z dzikimi wysypiskami odbierze. Oczywistym jest, co też wie Zamawiający, że PPHU Radkom, nie przyjmie wszystkich odpadów wskazanych w ww. fragmencie do dzikich wysypiskach, a zatem w celu prawidłowej realizacji zamówienia Zamawiający winien określić podmiot lub podmioty, które będą w stanie przyjąć te odpady w całości.

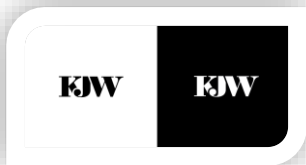
40. Wykonawca wnosi o podanie listy potencjalnych podmiotów.

**[zarzut ciągi dodatkowe]**

41. Ostatni zarzut powiązany jest w zasadzie z nieograniczonym możliwym zwiększenie zakresu zamówienia, co przez braki możliwości wyceny, w tym górnych i maksymalnych pułapów może skutkować zleceniem ponad możliwości wykonawcy. Wykonawca w świetle tego postanowienia z załącznika oraz § 1 pkt 2 pkt 7 umowy może musieć nawet wykonać w ramach jednego zlecenia ponad 10 000 m<sup>2</sup> lub więcej. Jak zatem wycenić pozycję na 1 000 m<sup>2</sup> i koszty z tym związane? Jak wykonawca w terminie 12 godzin miałby zrealizować takie zlecenie? Może nie mieć nawet takiej kadry i zasobów. Takie postanowienie może być zatem nierealne do wykonania. Wykonawca nie jest w stanie oszacować ile potrzebuje sprzętu, ile potrzebuje pracowników na wykonanie danej pozycji, gdyż ilość m<sup>2</sup> do wykonania może być dowolnie zmieniona przez zamawiającego. Przykładowo, Wykonawca przygotował na odśnieżenie 1000m<sup>2</sup> do wykonania tego zadania 1 ciągnik i 2 pracowników którzy są w gotowości do wyjazdu. Zamawiający zleca np. 10 000m<sup>2</sup> gdzie potrzeba 2 ciągników i 4 pracowników, lub 5 000m<sup>2</sup>, w czym są same ciągi komunikacyjne które wymagają ręcznego odśnieżania i 6 pracowników.

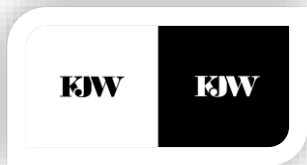
42. Co więcej, Zamawiający bardzo precyzyjnie określił zakres ulic i ich wielkości. Dodatkowe ciągi mogą być zatem w zakresie wykraczającym obszarowo poza rejon podstawowy zamówienia.

43. Wykonawca wnosi o usunięcie danego postanowienia, jednakże jeśli nie będzie takiej możliwości to o określenie maksymalnej ilości do jednorazowego zlecenia.



## [Podsumowanie]

44. Odwołujący podnosi, że istotnym jest nie tylko właściwe opisanie dokumentu w postaci opis przedmiotu zamówienia, ale aby formularz cenowy, jeśli nie ma ryczałtowego wynagrodzenia, a kosztorysowe, odzwierciedlał pełny zakres usług, które muszą być realizowane w ramach zamówienia.
45. Wskazać też należy na wyrok KIO z 23 kwietnia 2014 r. (KIO 706/14), gdzie uznano *„Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę z 2004 r. Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice rzeczowe i czasowe przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się znacząco nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także pozwalać na oszacowanie ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.”*
46. Odwołujący stwierdza, że Zamawiający na etapie realizacji zamówienia zastrzegł sobie możliwość swobodnego i nieograniczonego ograniczenia zakresu przedmiotu świadczenia, a tym samym zmniejszenia wysokości wynagrodzenia za spełnienie świadczenia. Zamawiający nie określił w żaden sposób zakresu tej zmiany ani okoliczności, w których miałyby nastąpić. tak, aby ograniczyć ryzyko występujące w tym przedmiocie po stronie wykonawcy na etapie wyceny swojej oferty. Wykonawca wycenia swoją ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. W oparciu o powyższe kalkuluje swoją ofertę. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien albo zrezygnować w ogóle z kwestionowanych zapisów SWZ, albo określić je w taki sposób, aby ryzyko wykonawcy związane ze zmniejszeniem zakresu przedmiotu zamówienia możliwe było do wyceny. Powyższe możliwe jest poprzez określenie stopnia ograniczenia zakresu usług (np. procentowo, wartościowo itp.). Wykonawca kalkulując cenę zamówienia musi brać bowiem pod uwagę wszelkie okoliczności, w tym również czas przestoju pracowników, niewykorzystania sprzętu itp. Aby prawidłowo wycenić usługę wykonawca musi posiadać wiedzę, w jakim zakresie możliwe będzie ograniczenie zakresu jego usług, tj. jaki stopień ograniczeń



należy uwzględnić w kalkulacji.

47. Zamawiający korzystając z dominującej pozycji w postępowaniu, narzuca reguły wykonania umowy stanowiące naruszenie zasad prowadzenia postępowania oraz zasad współżycia społecznego. Zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa (wyrok akt KIO 283/14) bez przerzucania

**Załączniki:**

- 1) pełnomocnictwo
- 2) CEIDG Odwołującego;
- 3) dowód opłaty od odwołania;
- 4) dowód przekazania odwołania Zamawiającemu;