

Szczecin, dnia 20 marca 2020r.

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

Zamawiający: Gmina Miasto Świnoujście
ul. Wojska Polskiego 1/5
72- 600 Świnoujście

tel. (91) 321 27 80, fax (91) 3215995
e-mail: sekretariat@um.swinoujście.pl

Odwołujący: „Remondis Szczecin” Sp. z o.o.
ul. Janiny Smoleńskiej ps. „Jachna” 35
71-005 Szczecin

tel. (91) 431 08 01
fax: (91) 431 08 55
e-mail: szczecin@remondis.pl

reprezentowany przez:
Sławomira Garstkę - pełnomocnika

Nazwa postępowania: „Całoroczne oczyszczanie terenów stanowiących własność Gminy Miasto Świnoujście”

Nr postępowania: WOS.271.1.2.2020

Numer Ogłoszenia o Zamówieniu: Dz.U./S S52 123733-2020-PL

ODWOŁANIE

WOBEC NIEZGODNEGO Z PRZEPISAMI OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm. - dalej: „PZP”), „Remondis Szczecin” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Odwołujący”), niniejszym wnosi odwołanie od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Całoroczne oczyszczanie terenów stanowiących własność Gminy Miasto Świnoujście*” o numerze referencyjnym WOS.271.1.2.2020 (dalej: „Postępowanie”) zawierających niezgodny z przepisami PZP opis przedmiotu zamówienia polegający na:

- nieprawidłowym (tj. niejednoznacznym) opisie przedmiotu zamówienia stwarzającym niepewność co do ostatecznego zakresu przedmiotu zamówienia, który ukształtowany został w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, z rażąco nierównowagą stron oraz naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji - w związku z przerzuceniem na Wykonawcę ryzyka związanego z m.in. niedokładnym opisem przedmiotu zamówienia, polegającym w szczególności na uzależnieniu ostatecznego zakresu zamówienia od arbitralnej decyzji Zamawiającego podjętej w trakcie wykonywania zamówienia w zakresie **pkt 4.3 i 4.4 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia- Załącznika nr 1 do SIWZ oraz §5 ust. 1 wzoru umowy- Załącznika nr 6 do SIWZ**

(I) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

(i) **art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 353¹ i 5 KC, w związku z art. 14 i art. 139 §1 PZP w poprzez:**

- zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uzależniony ostatecznie od decyzji Zamawiającego,

-określenie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający normy współżycia społecznego poprzez przerzucenie na wykonawcę w całości ryzyka gospodarczego związanego z decyzją Zamawiającego w zakresie zmniejszenia zakresu zamówienia poprzez: zmniejszenie zakresu rzeczowego i ilościowego Umowy oraz częstotliwości świadczenia usług, bez określenia dolnej granicy takich zmian,

(ii) **art. 7 ust. 1 i 3 PZP** poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z należytym przygotowaniem postępowania w szczególności wobec zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.

(II) Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wnosi o:

(i) uwzględnienie odwołania w całości oraz

(ii) nakazanie Zamawiającemu zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,

a także

(iv) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

oraz

(iii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie;

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów PZP właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

(III) Termin na wniesienie odwołania

Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej nastąpiła w dniu 13 marca 2020r. Wobec powyższego, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt. 1 PZP termin do wniesienia odwołania wynosi 10 dni od dnia zamieszczenia ww. dokumentów, tj. upływa ostatecznie w dniu 23 marca 2020r.

(IV) Naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż pragnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Z uwagi na niejednoznaczne i nieprecyzyjne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności co do zakresu świadczeń wymaganych od wykonawcy, Odwołujący został pozbawiony możliwości skalkulowania prawidłowo oferty. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2014 roku w sprawie o sygnaturze akt. 527/14 „środki ochrony prawnej określone w dziale VI ZamPublU przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie Interes w jego uzyskaniu. (...) Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (...)”. Z kolei zgodnie z wyrokiem z dnia 18 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1776/1) „sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty”.

Tym samym nieprawidłowe postanowienia opisu przedmiotu zamówienia godzą w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz utrudniają Odwołującemu dostęp do zamówienia i prawidłowe szacowanie oferty.

UZASADNIENIE

(I) STAN FAKTYCZNY

1. Zamawiający- Gmina Miasto Świnoujście prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019r. poz. 1843 ze zm.) pn. „Całoroczne oczyszczanie terenów stanowiących własność Gminy Miasto Świnoujście” (dalej „Postępowanie”).

Dowód: ogłoszenie

2. Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Rozdz. XV pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) dla Postępowania i obejmuje on:
 - 1) mechaniczne zmiatania jezdni,
 - 2) mechaniczne zmiatanie ścieżek rowerowych,

- 3) mechaniczne zamiatanie chodników,
- 4) ręczne zamiatanie chodników,
- 5) grabienie zieleni w pasach drogowych,
- 6) opróżnianie śmietniczek,
- 7) sprząkanie rejonów,
- 8) sprząkanie Promenady,
- 9) utrzymanie porządku i czystości na Placu Wolności,
- 10) oczyszczenie słupów ogłoszeniowych,
- 11) opróżnianie pojemników,
- 12) sprząkanie terenów przeprawy promowej Karsibór i innych,
- 13) oczyszczanie słupów ogłoszeniowych,
- 14) zabezpieczenie pojemników na odpady i sprząkanie terenu w trakcie imprez masowych,
- 15) ustawianie koszy z flagami,
- 16) utrzymanie czystości w czasie wydarzenia „Pchli Targ”,
- 17) zbieranie padłych zwierząt
- 18) usuwanie skutków zdarzeń losowych, które nastąpiły na drogach Gminy Miasto Świnoujście,

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla Postępowania^{AM1}

3. Zgodnie z Rozdz. XV pkt 2 SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SIWZ. Natomiast na mocy pkt 3, wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Powyższe oznacza, iż przedmiotowe dokumenty również stanowią opis przedmiotu zamówienia.
4. Odwołując się do brzmienia załącznika nr 1 do SIWZ- Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ”) zakres przedmiotu zamówienia zawarty został w pkt 1.1-1.4 tego dokumentu i stanowi powielenie postanowień SIWZ. Natomiast w pkt 4 i dalsze SOPZ, Zamawiający zawarł szczegółowe wytyczne co do zakresu zamówienia oraz sposobu realizacji zamówienia. W tym w szczególności w pkt 4.3 oraz 4.4. SOPZ znalazły się postanowienia o treści jak poniżej:
 - „4.3. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania zmiany zakresu harmonogramu oraz częstotliwości wynikających z bieżących potrzeb powstałych w trakcie realizacji Umowy, o których będzie informował z wyprzedzeniem w formie elektronicznej.
 - 4.4. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia zamówienia o wielkość do zakresu rzeczowego i ilościowego Umowy, w przypadku części I zamówienia dotyczącej całorocznego utrzymania porządku i czystości terenów Gminy Miasto

Świnoujście, poprzez trwałe wyłączenie z zakresu określonych ulic oraz obiektów lub okresowe zmniejszenie częstotliwości ich wykonania w zależności od:

- wysokości posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych określonych w budżecie Miasta Świnoujście na poszczególne lata;*
- innych przyczyn niezależnych od Zamawiającego (tj. panujących w danym okresie warunków atmosferycznych, likwidacji lub wyłączenia z użytkowania niektórych ulic spowodowanych np.: remontami, naprawami, imprezami okolicznościowymi, itp.)."*

5. Ponadto podobne klauzule w zakresie dowolnego zmniejszenia zakresu zamówienia pojawiły się również w załączniku nr 6- wzorze umowy. I tak, zgodnie z § 5 ust. 2 wzoru umowy:

„2. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia zakresu zamówienia, bez prawa podnoszenia jakichkolwiek roszczeń przez Wykonawcę z tego tytułu, w razie gdy:

a) dojdzie do trwałego lub czasowego wyłączenia z zakresu określonych ulic oraz obiektów, spowodowanych np. remontami, naprawami, imprezami okolicznościowymi itp.

b) okresowego zmniejszenia częstotliwości świadczonych usług w zależności od:

- wysokości posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych określonych w budżecie Miasta Świnoujście na poszczególne lata;

- innych przyczyn niezależnych od Zamawiającego, tj. panujących w danym okresie warunków atmosferycznych"

6. Z powyższego wynika, iż w trakcie realizacji zamówienia może dojść do (1) (a) trwałego lub (b) czasowego zmniejszenia zakresu zamówienia poprzez wyłączenie określonych ulic oraz obiektów, bez podania ilości takich ulic i obiektów podlegających wyłączeniu jednorazowo oraz w trakcie całego wykonywania umowy oraz (2) okresowego zmniejszenia częstotliwości świadczonych usług w przypadkach zarówno zależnych od Zamawiającego (wysokość środków finansowych), jak i od niego niezależnych – przy czym przyczyny te podane są w sposób niespójny pomiędzy pkt 4.4. SOPZ a §5 ust. 1 lit.b) tiret drugie wzoru umowy.

7. Tym samym wykonawca składając ofertę nie wie, na jaki zakres zamówienia powinien być przygotowany (tj. jaki zakres jest pewny do wykonania). Nie ma bowiem w całej SIWZ, ani również załącznikach do niej podanego minimalnego, gwarantowanego zakresu zamówienia ani częstotliwości wykonywania świadczeń. Nie podano w jakim zakresie może nastąpić zmniejszenie zakresu zamówienia. Godzi się przy tym podkreślić, iż ilość obiektów oraz częstotliwość wykonywania świadczeń określona jest w załącznikach nr 2.2 oraz 7-19 do SIWZ (łącznie 13 załączników z tabelami), co czyni kalkulacje w zakresie przygotowania oferty bardzo skomplikowanymi. Tym samym prawidłowa kalkulacja oferty przy założeniu dowolnej zmiany zakresu zamówienia, w tym częstotliwości świadczonych usług biorąc pod uwagę wszelkie możliwe zmiany w tych wszystkich tabelach jest wręcz niemożliwa.

8. Wprowadzenie przez Zamawiającego możliwości nieograniczonej ingerencji w zakres zamówienia, w tym poprzez zmniejszenie częstotliwości świadczonych usług stwarza po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych usług, warunkującej rzetelną wycenę oferty.

9. W szczególności trzeba wskazać, iż zmiana częstotliwości przy wskazanych w załącznikach obmiarach poszczególnych robót spowoduje zmianę nakładów pracy wymaganych w jednostce czasu (np. w ciągu tygodnia lub w ciągu miesiąca), a tym samym zmianę potrzebnych do wykonania zasobów w postaci pracowników i sprzętu, niezbędnych do wykonania robót. Ilość pracy do wykonania w jednostce czasu wynika bowiem z obmiaru robót i ilości cykli wykonania tych robót w jednostce czasu. Inna jest ilość zamiatarek i pracowników potrzebnych do oczyszczenia określonej liczby ulic raz w tygodniu/miesiącu a inna, jeśli to oczyszczanie to ma mieć miejsce 5 razy w tygodniu/miesiącu.
10. Zmniejszenie częstotliwości spowoduje, że zasoby staną się nadmierne, a przez to obciążające wykonawcę koszty stałe zatrudnienia personelu i utrzymania sprzętu (amortyzacja lub leasing) spowodują wzrost kosztów jednostkowych wykonania robót. Brak szacunkowego określenia, o ile może zostać zmniejszona częstotliwość wykonania robót uniemożliwia wykonawcom ustalenie, jaki będzie ten wzrost kosztów jednostkowych, a tym samym uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie cen jednostkowych dla poszczególnych robót.
11. Powyższe powoduje, iż całość ryzyka kontraktowego związanego z realizacją zamówienia w niemożliwym do ustalenia zakresie została nałożona na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż każdy z wykonawców poczyni inne założenia według własnych przypuszczeń co do zakresu zamówienia i inaczej kalkulować będzie ryzyko, to taka sytuacja doprowadzi do tego, iż złożone w Postępowaniu oferty będą nieporównywalne.

(II) ZARZUT NARUSZENIA ART. 29 UST. 1 I 2 PZP ORAZ ART. 353 I 5 KC, W ZWIĄZKU Z ART. 14 I ART. 139 §1 PZP POPRZEZ ZANIECHANIE OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB JEDNOZNACZNY I WYCZERPUJĄCY ORAZ OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB NARUSZAJĄCY NORMY WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO POPRZEZ PRZERZUCENIE NA WYKONAWCĘ W CAŁOŚCI RYZYKA GOSPODARCZEGO

12. Zgodnie z hipotezą normy prawnej zawartej w art. 29 ust. 1 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. Jak wskazuje utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej „Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. umożliwia wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala obliczyć cenę oferty, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...)Istota przepisu art. 29 p.z.p. sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.”(por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2018r., sygn.. akt KIO/KD 17/18).
13. Jak wskazano również w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1151/17, „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 wystawioną w art. 29 ust. 2 p.z.p."

14. Podobna teza postawiona została w wyroku KIO z dnia 30 czerwca 2017 r. KIO 1265/17, w którym wskazano, iż „zamawiający musi tak określić przedmiot zamówienia, w tym w zakresie warunków realizacji umowy, by wykonawca, już na etapie składania oferty, mógł prawidłowo ustalić zakres swojego zobowiązania przez cały czas trwania umowy, swoje ryzyko biznesowe, oraz - przede wszystkim - nakłady i koszty, które będzie musiał ponieść na jego realizację, oraz potencjalny zysk, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych części usługi oraz cenę oferty”.
15. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 stycznia 2017 r., (sygn. akt KIO 2346/16), nie jest dopuszczalne zastrzeżenie przez zamawiającego ingerencji w ilość zamawianych dostaw. Izba podkreśliła, iż „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. Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym”.
16. Na wymóg jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia pod kątem ilościowym wskazała KIO w wyroku z dnia 1 czerwca 2015r. (sygn. akt KIO 1011/15). Co prawda wyrok ten odnosił się do zakresu robót budowlanych, jednakże *per analogiam* można zastosować go również na kanwie niniejszego stanu faktycznego. Jak wskazała w ww. KIO, określenie wielkości planowanych robót jest obowiązkiem zamawiających. „Przerzucenie w tym zakresie obowiązku na uczestników postępowania rodzi niebezpieczeństwo złożenia nieporównywalnych ofert, każdy bowiem może uzyskać odmienne rzędne w zależności od stopnia wiedzy i doświadczenia, czy umiejętności skalkulowania tego rodzaju wielkości w tego rodzaju inwestycji. Art. 29 ust. 1 p.z.p. nakazuje wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w sposób podający wszelkie informacje potrzebne dla sporządzenia oferty, a pozostawienie braków w tym zakresie powoduje, że zakres świadczenia wykonawcy jest otwarty, niejednoznaczny i bliżej niedookreślony”.
17. W kontekście zaistniałego stanu faktycznego na szczególną uwagę zasługuje również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 listopada 2014r. (sygn. akt KIO 2177/14,), który to określa granice prawa zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami. Jest to o tyle istotne, iż w wyroku tym Izba odniosła się również do naruszenia granic prawa podmiotowego Zamawiającego w kształtowaniu stosunku prawnego przy uwzględnieniu naruszenia dyspozycji normy prawnej zawartej w art. 353¹ KC. W ocenie Izby, uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Stosunek prawny kształtowany przez Zamawiającego powinien mieścić się w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 KC, co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Jak wskazała Izba „umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy

będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane". KIO podkreśliła w cytowanym wyroku, iż „zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych”. W powyższym aspekcie godzi się zauważyć, iż zakres zamówienia stanowi fundamentalną część stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Co więcej, w przedmiotowym stanie faktycznym niedookreślony zakres zamówienia zawarty w OPZ powtórzony został w § 3 ust. 12 i 13 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ. Oznacza to, iż zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP będzie ściśle skorelowany z naruszeniem art. 353¹ oraz art. 5 KC.

18. Reasumując, należy uznać, iż wprowadzenie dowolności ingerencji Zamawiającego w zakres przedmiotu zamówienia (w tym częstotliwość świadczonych usług) w Postępowaniu wywoła skutki, takie jak:

-brak możliwości określenia koniecznego i niezbędnego, gwarantowanego zakresu zamówienia,

-brak możliwości określenia ryzyka biznesowego dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia- w tym niemożliwość określenia koniecznych nakładów oraz kosztów związanych z realizacją zamówienia, jak również prognozowanie możliwego zysku,

-w rezultacie powyższego- odmienność metod kalkulacji ofert oraz ich nieporównywalność

co oznacza, iż OPZ został sporządzony w sposób uchybiający art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, jak również przepisom art. 353¹ oraz art. 5 KC.

19. W tym w szczególności wymaga podkreślenia, iż klauzule zastosowane w pkt 4.3 oraz 4.4. SOPZ jak również w § 5 wzoru umowy nie dają żadnej możliwości wykonawcom składającym ofertę przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. Brak jest jednoznaczności oraz precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia. Taki opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów postawionych chociażby w fundamentalnym wyroku KIO z dnia 23 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1447/10), w którym Izba zwróciła uwagę, iż *„opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala obliczyć cenę oferty, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...)Istota przepisu art. 29 ustawy Pzp sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje”*.

(III) ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 I 3 PZP POPRZEC PROWADZENIE POSTĘPOWANIA W SPOSÓB POWODUJĄCY NARUSZENIE ZASAD ZACHOWANIA UCZCIWEJ KONKURENCJI ORAZ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW

20. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP pozostaje w ścisłym związku z zarzutem naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 353¹ oraz 5 KC. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 269/17) *„zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być*

pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny. Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte - nie gwarantujące koniecznego współdziałania zamawiającego, niekompletne, niespójne - naruszają art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. - działają w sposób antykonkurencyjny - zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślony opis przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty”.

21. Nadto na marginesie Odwołujący zauważa, iż przytoczony w części (I) odwołania sposób opisu przedmiotu zamówienia może w przyszłości prowadzić do naruszenia art. 140 ust. 1 PZP. Jak wskazała bowiem KIO, „wykonawca wycenia ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. 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”. (por. wyrok z dnia 22 lipca 2015r., sygn. akt KIO 1372/15).

(IV) ŻĄDANIE MODYFIKACJI OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

22. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnioskuje o modyfikację SIWZ w pkt 4.3. oraz 4.4. SOPZ oraz odpowiednio §5 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ-wzoru umowy poprzez:
- 1) Modyfikację § 5 ust. 1 Zał. Nr 6 do SIWZ (wzór umowy) w następujący sposób (treści zmieniane zaznaczono kursywą i kolorem czerwonym):

**„§5
Upewnienia Zamawiającego**

2. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia zakresu zamówienia, bez prawa podnoszenia jakichkolwiek roszczeń przez Wykonawcę z tego tytułu, w razie gdy:
- a) dojdzie do trwałego lub czasowego wyłączenia z zakresu określonych ulic oraz obiektów, spowodowanych np. remontami, naprawami, imprezami okolicznościowymi itp.
- b) okresowe zmniejszenie częstotliwości świadczonych usług w zależności od:
- wysokości posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych określonych w budżecie Miasta Świnoujście na poszczególne lata;
 - innych przyczyn niezależnych od Zamawiającego, tj. panujących w danym okresie warunków atmosferycznych,
- przy czym wyłączenie z zakresu określonych ulic oraz obiektów lub okresowe zmniejszenie częstotliwości świadczonych usług będzie skutkowało zmniejszeniem wartości prac według poszczególnych pozycji o numerach od 1 do 14 oraz pozycji 16, wskazanych w załączniku nr 2.2. do SIWZ (Roczny zakres rzeczowo-finansowy), nie więcej niż o 10% każda w całym okresie obowiązywania umowy”.

2) **Modyfikację pkt 4.3 orz 4.4. zał. Nr 1 do SIWZ: SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w następujący sposób:**

„4.3 Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania zmiany zakresu harmonogramu oraz częstotliwości wynikających z bieżących potrzeb powstałych w trakcie realizacji Umowy, o których będzie informował z wyprzedzeniem minimum 5 dni roboczych w formie elektronicznej.

4.4. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia zamówienia o wielkość do zakresu rzeczowego i ilościowego Umowy, ~~w przypadku części I zamówienia dotyczącej całorocznego utrzymania porządku i czystości terenów Gminy Miasto Świnoujście~~, poprzez trwałe wyłączenie z zakresu określonych ulic oraz obiektów lub okresowe zmniejszenie częstotliwości ich wykonania w zależności od:

- wysokości posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych określonych w budżecie Miasta Świnoujście na poszczególne lata;
- innych przyczyn niezależnych od Zamawiającego (tj. panujących w danym okresie warunków atmosferycznych, likwidacji lub wyłączenia z użytkowania niektórych ulic spowodowanych np.: remontami, naprawami, imprezami okolicznościowymi, itp.).

przy czym wyłączenie z zakresu określonych ulic oraz obiektów lub okresowe zmniejszenie częstotliwości świadczonych usług będzie skutkowało zmniejszeniem wartości prac poszczególnych pozycji o numerach od 1 do 14 oraz pozycji 16, wskazanych w załączniku nr 2.2. do SIWZ (Roczny zakres rzeczowo-finansowy), nie więcej niż o 10% w całym okresie obowiązywania umowy”.

3. Mając na uwadze wszystkie podniesione zarzuty oraz przywołane na ich poparcie okoliczności faktyczne Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobrana na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym „Remondis Szczecin” Sp. z o.o.,
- 2) pełnomocnictwo z dowodem opłaty skarbowej
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 4) dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania.

5) Załączniki jak w treści uzasadnienia:

- Ogłoszenie
- SIWZ
- załącznik 6 do siwz
- załącznik 2.2 do siwz

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez
Sławomir Garstka
Data: 2020.03.20 16:01:15 CET

