



Szczecin, dnia 17 grudnia 2018r.

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

Zamawiający: Gmina Miasto Szczecin- Zarząd Dróg i
Transportu Miejskiego
ul. S. Klonowica 5
71-241 Szczecin

tel. (91) 48 00 444
fax: (91) 43 93 003
e-mail: zditm@zditm.szczecin.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

numer ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych
660707-N-2018 z dnia 2018-12-12 r.

ODWOŁANIE

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

Działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 - dalej: „PZP”), „Remondis Szczecin” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Odwołujący”), niniejszym wnosi odwołanie wobec niezgodnego z przepisami PZP opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin*” o numerze referencyjnym **DZP/65/PN/2018** (dalej: „Postępowanie”) polegającym na:

- nieprawidłowym (tj. niejednoznacznym i niewyczerpującym) opisie przedmiotu zamówienia stwarzającym niepewność co do 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 (obowiązek oszacowania kosztów prac bez przekazania przez Zamawiającego jednoznacznych i wyczerpujących informacji w tym zakresie) oraz uzależnieniem zakresu zamówienia od czynności, których zakres jest nieznany i niemożliwy do przewidzenia na etapie składania oferty- w zakresie **Rozdz. XV pkt. 2 ppkt 1 SIWZ (usunięcie zanieczyszczeń oraz doprowadzenie do stanu sprzed zdarzenia) oraz rozdz. XV pkt. 3 ppkt 3 oraz pkt. 3 ppkt 4 SIWZ (czas wyjazdu do zdarzenia i czas wykonania).**

(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 odniesieniu do Rozdz. XV ust. 2 pkt 1 SIWZ (usunięcie zanieczyszczeń oraz doprowadzenie nawierzchni do stanu sprzed zdarzenia), 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 od zdarzeń, których zakres jest niemożliwy do przewidzenia, bez wskazania za pomocą jakich środków świadczenie ma być realizowane i bez podania elementów mogących mieć wpływ na kalkulację oferty;
 - określenie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający normy współżycia społecznego poprzez przerzucenie na wykonawcę w całości ryzyka gospodarczego związanego z wystąpieniem zdarzeń, których zakres i skutki są niemożliwe do przewidzenia, bez określenia górnego zakresu świadczeń;
- (ii) **art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 353¹ KC, w związku z art. 14 i art. 139 §1 PZP** w odniesieniu do Rozdz. XV pkt. 3 ppkt 3 ppkt 4 SIWZ (czas wyjazdu do zdarzenia i czas wykonania) poprzez określenie zakresu świadczenia wykonawcy w sposób arbitralny oraz niedokładny, uniemożliwiający skalkulowanie oferty , tj. bez określenia limitu zdarzeń , które ma za zadanie zlikwidować wykonawca w wyznaczonym czasie.
- (iii) **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.
- (iv) dodatkowo w związku z zarzutami wskazanymi w ppkt (i)-(iii) – naruszenie **art. 186 ust. 2 PZP**, poprzez ponowne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny, niedookreślony oraz naruszający zasady równego traktowania wykonawców, pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości odwołania w postępowaniu o sygn. KIO 2427/18, w którym to Odwołujący również wnosił ww. zarzuty skarżąc te same punkty opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, co w niniejszym odwołaniu.

(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

- (iii) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.
- (iv) 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 poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

(III) Termin na wniesienie odwołania

Zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej nastąpiło w dniu 12 grudnia 2018r. Wobec powyższego, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt. 2 PZP termin do wniesienia odwołania wynosi 5 dni od dnia zamieszczenia ww. dokumentów.

(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

1. W dniu 26 listopada 2018r. Odwołujący wniósł odwołanie od nieprawidłowego oraz niezgodnego z przepisami PZP opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin” o numerze referencyjnym DZ/54/PN/2018. W wyniku wniesienia odwołania wszczęte zostało postępowanie odwo-

ławcze toczące się pod sygnaturą KIO 2427/18. Do postępowania tego nie przystąpił żaden wykonawca. W dniu 29.11.2018r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym uwzględnił odwołanie w całości, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 5 grudnia 2018 r. umorzyła postępowanie na posiedzeniu niejawnym. Natomiast Zamawiający unieważnił postępowanie o numerze referencyjnym DZ/54/PN/2018 i w dniu 12 grudnia 2018r. ogłosił ponownie postępowanie na „*Likwidację zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin*” o numerze referencyjnym DZP/65/PN/2018. W postępowaniu tym nie zostały uwzględnione zarzuty, które Odwołujący podnosił w odwołaniu z dnia 26 listopada 2018r. Co prawda z zakresu Rozdz. XV pkt 2 ppkt 1 SIWZ usunięto zakres związany z usuwaniem zanieczyszczeń i przeszkód powstałych w wyniku wypadków i kolizji a także usunięto obowiązek naprawy lub wymiany urządzeń pasa drogowego takich jak znaki drogowe, bariery, ekrany dźwiękochłonne, oraz doprecyzowano, że chodzi o doprowadzenie do stanu sprzed zdarzenia NAWIERZCHNI, to jednak zasadniczo punkt ten, tak samo jak w poprzednim postępowaniu nie opisuje przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i wyczerpujący. Zasadnicze kwestie, tj. nieznaną zakres świadczenia związanego ze skutkami tak niepewnych i niedookreślonych zdarzeń jak zdarzenia losowe oraz katastrofy pozostały bez zmian. Natomiast wprowadzenie do Rozdz. XV pkt. 3 ppkt 3 SIWZ wymogu uzyskania „akceptacji Dyspozytora Centrali Ruchu” w przypadku gdyby konieczne było opóźnienie wyjazdu do kolejnych zdarzeń powoduje, iż kwestionowane uprzednio zapisy pozostały bez zmian. Wykonawca nie wie bowiem, czy akceptację taką otrzyma, a tym samym nie wie, czy w takiej sytuacji nie powinien dysponować kolejnymi brygadami, które w terminie będą mogły do zdarzenia wyjechać.

Dowód: -SIWZ na „*Likwidację zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin*”, nr referencyjny DZ/54/PN/2018

-Odwołanie z dnia 26 listopada 2018r.

-Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 29 listopada 2018r.

2. Z uwagi na powyższe Odwołujący wywodzi w zakresie poszczególnych zarzutów niniejszego odwołania następująco:

(I) **zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 353¹ i art. 5 KC, w związku z art. 14 i art. 139 §1PZP w odniesieniu do Rozdz. XV pkt 2 ppkt 1 SIWZ (usunięcie zanieczyszczeń i doprowadzenie nawierzchni do stanu sprzed zdarzenia)**

3. Zgodnie z postanowieniem Rozdziału XV pkt 2 ppkt 1) SIWZ, „zakres zamówienia obejmuje:

1) usuwanie wszelkich zanieczyszczeń oraz wszelkich przeszkód powstałych w wyniku:

- a) *zdarzeń losowych (zdarzenia losowe - to zdarzenia przyszłe i pozbawione cech pewności wystąpienia),*
- b) *katastrof naturalnych (katastrofa naturalna - zdarzenie związane z działaniem sił natury w szczególności wyładowania atmosferyczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, osuwiska ziemi),*
- c) *aktów wandalizmu,*

w szczególności wykazujących właściwości niebezpieczne lub stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa wszystkich użytkowników ruchu drogowego, powstałych w pasie drogowym z wyjątkiem wypadków i kolizji i doprowadzenie nawierzchni tych miejsc do stanu

sprzed zdarzenia (z wyjątkiem m.in. napraw lub wymian urządzeń pasa drogowego takich jak znaki drogowe, barierki, ekrany dźwiękochłonne)

4. Już samo użycie sformułowanie „wszelkich” zanieczyszczeń i przeszkód powstałych w okolicznościach wymienionych w powyższym katalogu wskazuje, iż spektrum mogących powstać zdarzeń jest bliżej nieokreślone zarówno co do ilości, jak i zakresu. Mogą być to zdarzenia od rangi łatwych do usunięcia zanieczyszczeń aż po ogromne skutki katastrof naturalnych – w szczególności osuwiska ziemi, zniszczenia dróg, zerwania mostów, powalenia drzew. Mogą być to okoliczności, które występują w jednym miejscu w określonym czasie, a może być to kilka lub nawet kilkadziesiąt zdarzeń, które mogą powstać chociażby w obrębie kilku godzin. W opisie przedmiotu zamówienia nie zlimitowano ani rodzajów, ani rozmiarów skutków okoliczności wymienionych w Rozdziale XV pkt 2 ppkt 1) SIWZ, ani ich liczby, tym samym stwarzając stan niepewności co do zakresu zamówienia oraz późniejszego świadczenia wykonawców. Jedyną różnicę w stosunku do poprzedniego postępowania stanowi wyłączenie napraw i wymiany urządzeń pasa drogowego takich jak znaki drogowe, barierki, ekrany dźwiękochłonne oraz doprecyzowanie, że chodzi o doprowadzenie do stanu sprzed zdarzenia „nawierzchni”. Biorąc jednakże pod uwagę, iż takie wyłączenie stanowi jedynie ułamek potencjalnych zdarzeń, jakie mogą wystąpić w związku z działaniem sił natury, bądź zdarzeń losowych, uznać należy, iż stan niepewności nie został w ogóle wyeliminowany. Nadal możliwe jest bowiem wystąpienie wydarzeń od chociażby usunięcia zabrudzenia spray'em w wyniku aktu wandalizmu do całkowitego zniszczenia nawierzchni drogi w wyniku katastrofy naturalnej (np. zapadnięcie się nawierzchni w wyniku osuwiska ziemi lub podmycia).
5. Taki opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w całości prawidłową kalkulację oferty. Bez podania chociażby górnego zakresu świadczeń co do liczby oraz rodzaju, niemożliwa jest ocena świadczenia wykonawcy, a tym samym kalkulacja poszczególnych elementów oferty, w szczególności w zakresie przywrócenia nawierzchni wskazanych przez zamawiającego miejsc do stanu sprzed zdarzenia. Godzi się zauważyć, iż „doprowadzanie nawierzchni miejsca do stanu sprzed zdarzenia” wymagać może różnorodnych czynności, dając w konsekwencji możliwość żądania od wykonawcy zamówienia nieograniczonego spektrum świadczeń, których nie mógł on uwzględnić na etapie przygotowania i składania oferty, działając nawet jako doświadczony profesjonalista.
6. W związku z powyższym możliwe jest żądanie przez Zamawiającego w toku realizacji umowy tak różnorodnych czynności jak: naprawa drogi zniszczonej w wyniku osuwiska ziemi (bo niemożliwe jest odtworzenie nawierzchni, bez odtworzenia podbudowy), frezowanie nawierzchni w przypadku braku możliwości usunięcia zanieczyszczeń strumieniem wody i środkami chemicznymi, malowanie znaków poziomych uszkodzonych w trakcie usuwania zanieczyszczeń i wiele innych prac, których zakresu nawet nie sposób przewidzieć. Istotną konsekwencją powyższego jest również fakt, iż oprócz braku możliwości kalkulacji zasobów koniecznych do wykonania zamówienia, takich jak liczba ludzi i sprzętu oraz ilość roboczogodzin, niemożliwe jest nawet określenie prawidłowej stawki VAT, która to będzie inna dla robót budowlanych, a inna dla usuwania zanieczyszczeń.
7. Niepewność co do zakresu zamówienia oraz możliwości kalkulacji oferty spotęgowana jest również opisem sposobu kalkulacji ceny. Zgodnie z Rozdz. X SIWZ Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wszystkie koszty związane z realizacją kompletnego zamówienia, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, w tym mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Wynagrodzenie takie ma być ujęte w wymiarze miesięcznym (x 12 miesięcy). Przy czym Zamawiający nie podał absolutnie żadnych czynników, ryzyk bądź elementów mogących mieć wpływ na wykonywanie zamówienia, nie ograniczył kategorii i zakresu przywrócenia nawierzchni do stanu poprzedniego, przerzucając w całości ryzyko ekonomiczne związane z brakiem dookreślenia przedmiotu zamówienia na wykonawców. Takie działanie należy uznać za sprzeczne na gruncie norm współżycia społecznego. Zamawiający żąda bowiem od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zło-

zenia ofert nie określając szczegółowo rodzaju czynności wchodzących w zakres takiego zamówienia.

8. Dodać również w tym miejscu należy, iż w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, iż wykonawcy mają dysponować narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia, tj. minimum jednym/ą: podnośnikiem koszowym, polewaczką, mechanicznym sprzętem czyszczącym (np. zamiatarka uliczna lub zamiatarka ręczna), samochodem skrzyniowym, samochodem ciężarowym z HDS, piłą łańcuchową spalinową o mocy nie mniejszej niż 5KM, wysokociśnieniowym urządzeniem czyszczącym, urządzeniem sygnalizacyjnym „ostrzegawczym” zamykającym pas ruchu od strony nadjeżdżających pojazdów, wyposażonym w lampy wczesnego ostrzegania co oznacza, iż wykonawca kalkulując ofertę powinien we własnym zakresie zdecydować, czy konieczne będzie użycie większej ilości wymienionych tu urządzeń i sprzętu (Rozdz. V pkt 2 ppkt 2 lit. b) SIWZ). Brak jest podania jakiegokolwiek limitu świadczenia również w kategoriach dysponowania sprzętem.
9. Na okoliczność taką wskazuje również Rozdz. XV pkt 3 ppkt 5) tiret czwarte SIWZ, w którym to Zamawiający wskazuje, iż czasami rozmiar zdarzenia wymagać będzie pomocy innych służb, jak chociażby Straży Pożarnej czy Policji. Dość łatwo z powyższego wnioskować, iż usunięcie skutków niektórych zdarzeń-np. katastrof naturalnych- wymagać będzie zaangażowania środków w postaci sprzętu i ludzi znacząco większych niż określone w OPZ, pociągających bardzo duże koszty, które muszą być ustalone indywidualnie dla takiego zdarzenia i nie da się ich objąć wynagrodzeniem ryczałtowym, jak w przypadku tego zamówienia. Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie określa granicy rozmiaru działań, po przekroczeniu której zaangażowanie innych służb jest uprawnione i w jakim zakresie powinny one przejąć działania, niezbędne do usunięcia skutków zdarzenia.
10. 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).
11. 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 wysłowaną w art. 29 ust. 2 p.z.p.”
12. 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”.

13. 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 § 1 ust. 2 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. Oznacza to, iż zarzut naruszenia art. 2 ust. 1 oraz 2 PZP będzie ściśle skorelowany z naruszeniem art. 353¹ oraz art. 5 KC.
14. Reasumując, należy uznać, iż zakres przedmiotu zamówienia w postaci usunięcia wszystkich zanieczyszczeń oraz w szczególności przywrócenia nawierzchni do stanu sprzed zdarzenia został sporządzony w sposób uchybiający art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, jak również przepisom art. 353¹ oraz art. 5 KC. Nie daje on 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. Nie spełnia on 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”.

15. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnioskuje o modyfikację SIWZ w Rozdz. XV pkt 2 ppkt 1 SIWZ poprzez:
- Wykreślenie części zdania: „i doprowadzenie nawierzchni tych miejsc do stanu sprzed zdarzenia”
- alternatywnie
- zmianę tego zapisu na :
- „1) usuwanie wszelkich zanieczyszczeń oraz wszelkich przeszkód powstałych w wyniku:
- a) zdarzeń losowych (zdarzenia losowe - to zdarzenia przyszłe i pozbawione cech pewności wystąpienia).
 - b) katastrof naturalnych (katastrofa naturalna - zdarzenie związane z działaniem sił natury w szczególności wyładowania atmosferyczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, osuwiska ziemi).
 - c) aktów wandalizmu.
- wykazujących właściwości niebezpieczne lub stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa wszystkich użytkowników ruchu drogowego, powstałych w pasie drogowym i doprowadzenie nawierzchni tych miejsc do stanu sprzed zdarzenia w zakresie, w jakim będzie to możliwe do wykonania przez jedną brygadę roboczą określoną w pkt 3 ppkt 2)”.
- (ii) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 353¹ oraz 5 KC, w związku z art. 14 i art. 139 §1 PZP w odniesieniu do Rozdz. XV pkt. 3 ppkt 3 oraz ppkt 4 SIWZ (czas wyjazdu do zdarzenia i czas wykonania)
16. Zgodnie z postanowieniem Rozdz. XV pkt. 3 ppkt 2 SIWZ, Zamawiający żąda, aby do realizacji zadania Wykonawca dysponował całodobowym pogotowiem, do którego zalicza się dyżur minimum 1 brygady roboczej składającej się z dwóch pracowników wyposażonych w środek transportu (dysponujących podnośnikiem koszowym, mechanicznym sprzętem czyszczącym (np. zmiatarka uliczna lub zmiatarka ręczna), polewaczką, samochodem skrzyniowym, samochodem ciężarowym z HDS, piłą łańcuchową spalinową o mocy nie mniejszej niż 5KM, wysokociśnieniowym urządzeniem czyszczącym, urządzeniem sygnalizacyjnym „ostrzegawczym” zamykającym pas ruchu od strony nadjeżdżających pojazdów, wyposażonym w lampy wczesnego ostrzegania), posiadających odpowiednie kwalifikacje do kierowania pojazdami
17. Zamawiający w ppkt 3 oraz ppkt4 żąda jednocześnie, aby wyjazd służby dyżurnej nastąpił w ciągu maksymalnie 60 minut, a zdarzenie zlikwidowane było w ciągu 4 godzin od chwili zgłoszenia. Warto przy tym podkreślić, iż czas wyjazdu służby dyżurnej stanowi jednocześnie kryterium oceny ofert.
18. Przy braku określenia ilości zdarzeń, jakie mogą w ramach zakresu zamówienia ewentualnie nastąpić w trakcie określonej jednostki czasu nie jest możliwe dla Odwołującego określenie, iloma brygadami roboczymi powyżej 1 stanowiącej minimum powinien on dysponować. Są bowiem bardzo prawdopodobne sytuacje, w których Zamawiający wystąpi z kolejnym zgłoszeniem w trakcie likwidacji przez Odwołującego poprzednio zgłoszonego zdarzenia (tj. w trakcie 4 godzin). Co więcej, zgłoszeń takich w okresie nawet 4 godzin może być kilka, a Odwołujący zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, nadal będzie zobowiązany do świadczenia usług zgodnie ze zgłoszeniem.

19. W poprzednim- unieważnionym postępowaniu Odwołujący kierował w tym zakresie za-
pytanie do treści SIWZ w celu uzyskania jakichkolwiek wytycznych od Zamawiającego.
W tym celu wskazał on iż nie będzie on w stanie wyjechać w ciągu 30 min od zgłoszenia
wezwania w sytuacji , gdy brygada nie zakończyła jeszcze likwidacji poprzedniego zda-
rzenia. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 22.11.2018r. odpowiedział, iż wykonawca
zobowiązany jest do dochowania ww. określonego terminu niezależnie od liczny zdarzeń,
a wymóg dysponowania 1 brygadą roboczą stanowi jedynie minimum. Tym samym Za-
mawiający przerzucił na wykonawców w całości ryzyko kalkulacji oferty bez określenia
górnego zakresu świadczenia.

Dowód: Pismo pytania i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 22.11.2018r.

20. Należy stwierdzić, iż w obecnym postępowaniu pomimo zwiększenia ilości czasu wyjaz-
du z 30 na 60 min. nie wyeliminowano w jakikolwiek sposób stanu niepewności co do
zakresu świadczenia. Odwołujący nie może bowiem się liczyć z tym, iż w ciągu 4 godzin
przewidywanych na usuwanie jednego zdarzenia szczególnego nie zostaną przez Zamawia-
jącego kolejne zgłoszenia usunięcia zdarzeń. Nie zna również maksymalnego limitu zgło-
szeń w jednostce czasu. W konkluzji powyższego Zamawiający dysponuje pełną swobodą
na etapie realizacji umowy do określenia zakresu świadczenia. Sytuacja taka jest niedo-
puszczalna.
21. Powyższego nie zmienia również fakt, iż Zamawiający wprowadził dodatkowo zapis, iż
*„w przypadku, gdy liczba zgłoszeń w ciągu 1 godziny wyniesie 3 zgłoszenia lub więcej i
będzie konieczność wydłużenia czasu wyjazdu służby dyżurnej, Wykonawca zobowiązany
jest poinformować o tym Dyspozytora centrali Ruchu i otrzymać jego akceptację”*. Jest to
zapis pusty i pozbawiony znaczenia, który zupełnie nic nie wnosi do postępowania. Nie
ma bowiem opisanych żadnych skutków takiego zgłoszenia. Wykonawca nie ma bowi em
pewności, że wymaganą akceptację wydłużenia czasu wyjazdu do kolejnych zgłoszeń
otrzyma, nie ma też pewności, iż dyspozytor wkrótce nie przekaze kolejnego zlecenia, ani
nie uzyskuje pewności, że nie zostaną naliczone kary umowne za niedotrzymanie umow-
nego terminu wyjazdu. Nieokreśloność rozmiaru prac jakie mogą być wymagane dla usu-
nięcia poszczególnych zdarzeń powoduje też, że chociaż brygada może w ciągu godziny
usunąć skutki nawet 3 drobnych zdarzeń, to mogą wystąpić zdarzenia, z któryc każde
może wymagać wielu godzin pracy jednej brygady, nawet więcej niż 4 godziny określone
jako czas graniczny przez Zamawiającego.
22. 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, warunkują-
cego rzetelną wycenę oferty. Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponie-
waż 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”*.
23. Na wymóg jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia pod kątem ilościowym wska-
zała 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, określe-
nie wielkości planowanych robót jest obowiązkiem zamawiających. *„Przerzucenie w tym
zakresie obowiązku na uczestników postępowania rodzi niebezpieczeństwo złożenia niepo-
równywalnych ofert, każdy bowiem może uzyskać odmienne rzędne w zależności od stop-
nia wiedzy i doświadczenia, czy umiejętności skalkulowania tego rodzaju wielkości w tego
rodzaju inwestycji. Art. 29 ust. 1 p.z.p. nakazuje wyczerpujący opis przedmiotu zamówie-
nia, w sposób podający wszelkie informacje potrzebne dla sporządzenia oferty, a pozosta-*

wienie braków w tym zakresie powoduje, że zakres świadczenia wykonawcy jest otwarty, niejednoznaczny i bliżej niedookreślony”.

24. Do podobnych wniosków można dojść po lekturze wymogów Zamawiającego odnośnie opisu przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem nieznana jest liczba zdarzeń, które mogą wystąpić w danej jednostce czasu, jak też nieznana (bo w żaden sposób nielimitowana w opisie) jest pracochłonność usunięcia ich skutków, nie jest możliwe zarówno skalkulowanie oferty (co wymaga określenia zasobów, jakimi powinien dysponować wykonawca w celu realizacji nieznanej liczby zgłoszeń), jak i również zaoferowania konkretnego czasu wyjazdu w ramach kryterium oceny. W rezultacie, na podstawie tak dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, wykonawcy w ogóle nie mają możliwości poprawnego złożenia oferty.
25. Z uwagi na powyższe, w celu uzyskania możliwości skalkulowania oferty oraz zaoferowania czasu wyjazdu w kryterium oceny ofert Odwołujący żąda modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia SIWZ w Rozdz. XV pkt. 3 ppkt 3 oraz ppkt 4 SIWZ poprzez:
- 1) Określenie:
- maksymalnej ilości brygad, które powinny pełnić jednocześnie dyżur w trakcie zgłoszeń Zamawiającego
- alternatywnie
- maksymalnej ilości zgłoszeń jakie mogą zostać wydane w ściśle określonej jednostce czasu
- 2) Dodanie w Rozdz. XV pkt. 3 ppkt 3 oraz ppkt 4 SIWZ postanowienia, iż w przypadku, gdy wszystkie brygady w momencie zgłoszenia likwidują skutki wcześniej zgłoszonych zdarzeń, czas na wyjazd i zakończenie zostaje wydłużony o odpowiednio o czas, po którym przynajmniej jedna z brygad zakończy realizację swojego zadania.
- (iii) **zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób powodujący naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,**
26. 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 do myślności 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 obawę, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanym 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”.

(iv) **zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 PZP**

27. Zgodnie z brzmieniem art. 186 ust. 2 PZP, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Co prawda w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej fakt uwzględnienia odwołania nie oznacza, iż zamawiający musi wykonać wszystkie żądania odwołania co do joty (por. postanowienie KIO z 8 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1631/12.). Zamawiający może uznać, iż dokona czynności inaczej, niż żądano tego w odwołaniu, jednak z sytuacja taka powinna wystąpić, gdy Zamawiający uzna, iż co innego nakazują mu przepisy prawa. Tak samo wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 07 lipca 2016r. (sygn. akt KIO 1124/16), w którym Izba zajęła stanowisko, iż „Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, może i powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 p.z.p. uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą”. Analizując powyższe należy stwierdzić, iż poprzednie odwołanie dotyczyło niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, wobec czego jedyną czynnością, jaka powinien dokonać Zamawiający uwzględniając odwołanie była modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego. Nie zaistniała konieczność dokonania żadnych dodatkowych czynności, np. w postaci powtórnej oceny ofert. Uwzględniając odwołanie, Zamawiający niejako przyznał słuszność zarzutom stawianym uprzednio przez Odwołującego.
28. Pomimo to dokonana w obecnym postępowaniu modyfikacja zapisów SIWZ w stosunku do zapisów z poprzedniego postępowania zupełnie nie odpowiada zarzutom oraz żądaniu modyfikacji OPZ w odwołaniu z dnia 26 listopada 2018r. Zamawiający bowiem w żaden sposób nie wyeliminował niejednoznaczności i nieokreśloności opisu przedmiotu zamówienia. Nadal nie jest jasne, z jakimi zdarzeniami musi się liczyć wykonawca przygotowujący ofertę, jakie będzie natężenie zakresu prac podczas wykonywania umowy, jakim potencjałem technicznym powinien dysponować wykonawca, jak również ile zgłoszeń w jednostce czasu i o jakim zakresie pracochłonności może być jednocześnie wymagana przez Zamawiającego. Wobec powyższego nie sposób jest uznać, aby Zamawiający w jakikolwiek sposób uwzględnił odwołanie, czym naruszył art. 186 ust. 2 PZP. W powyższej sytuacji dodatkowe postawienie tego zarzutu jest konieczne i uzasadnione.
29. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak na wstępie.

PEŁNOMOCNIK

Dagmara Pach

Dagmara Pach

Załączniki:

- 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.,
- pełnomocnictwo z dowodem opłaty skarbowej

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania.

Załączniki jak w treści uzasadnienia:

-SIWZ na „Likwidację zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin”, nr referencyjny DZ/54/PN/2018

-Odwołanie z dnia 26 listopada 2018r.

-Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 29 listopada 2018r.

PEŁNOMOCNIK

Dagmara Pach

Dagmara Pach