

Gdynia, 27.08.2010r.

RZJ.S.- EZP/340/36/ZDiZ/2010/.....

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **oczyszczanie zimowe i pozimowe dróg na terenie miasta Gdyni w rejonie I i II**, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2010-08-19, numer ogłoszenia 2010/S 160-247401.

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759) Zamawiający informuje, że w dniu 27.08.2010r. wpłynął protest dotyczący treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego, w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W załączeniu kopia odwołania.

KIEROWNIK REFERATU  
  
mgr Dorota Tużnik

ZARZĄD DRÓG I ZIELENI

Poznań, 27 sierpnia 2010 r.

Wpł. 2010 -08- 27

L.dz. .... Zał. ....

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

**Odwołujący:**

Zakład Sprzątania  
Placów i Ulic  
Mielczarek Sobański Sp. J.  
Ul. Jasielska 7B  
60-476 Poznań

**Zamawiający:**

Gmina Miasta Gdynia  
Zarząd Dróg i Zieleni  
81-364 Gdynia  
ul. 10 lutego 24  
tel. 58 761 20 87  
fax 58 662 2841

**Dotyczy:** przetargu nieograniczonego na oczyszczanie zimowe i pozimowe dróg na terenie Gdyni w rejonie I i II, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U/S S160 19/08/2010 247401-2010-PL

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej Ustawą PZP, oraz § 1 ust. 1 pkt.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej Rozporządzeniem, wnoszę odwołanie od opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, sposobu dokonywania przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzucam Zamawiającemu, że sposób, w jaki Zamawiający zamierza dokonywać tej oceny jest sprzeczny z przepisami Ustawy PZP, bezprawnie utrudniający uczciwą konkurencję wykonawców. Zarzucam także, że:

- Zamawiający przewiduje możliwość zlecenia wykonawcom wywozu śniegu, nie przewidując żadnej formy wynagrodzenia za tego typu czynności,
- wprowadzone zostały pozorne warianty gotowości zimowej o zróżnicowanym sposobie wynagradzania, które godzą w interes wykonawców,
- przewidziano możliwość umniejszenia zamówienia nie określając żadnych realnych podstaw do tego typu ograniczeń,
- przewidziano niewspółmiernie wysokie, niekiedy także bezpodstawne kary umowne

Wobec powyższego wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakwestionowanym przez nas zakresie.

1. Zamawiający bezpodstawnie wymaga, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego załączyli do oferty zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 ze zmianami), obejmujące odpady o kodach:

- dla części AI i AII: 20 02 01, 20 02 02, 20 02 03, 15 02 02\*, 15 02 03, 16 81 02,
- dla części B, C, D i E: 20 02 01, 20 02 02, 20 02 03, 20 03 03.

Mając na uwadze przepisy przywołanej powyżej Ustawy stwierdzić należy, że wykonawca realizujący na rzecz Zamawiającego usługi związane z przedmiotem zamówienia, nie jest zobowiązany do uzyskania zezwolenia na transport odpadów.

Domaganie się więc przez Zamawiającego od wykonawców wspomnianego powyżej dokumentu jest nieuzasadnione. Dokument ten jest dokumentem zbędnym do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania.

Zamawiający powinien więc odstąpić od swojego żądania w powyższym zakresie.

2. Z treści ogłoszenia o zamówieniu bezspornie wynika, że obok odpisu z właściwego rejestru Zamawiający żąda od wykonawców aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Dokument ten nie został wymieniony w zamkniętym katalogu dokumentów określonym w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), wobec czego żądanie Zamawiającego w powyższym zakresie jest bezpodstawnie i nieuzasadnione z punktu widzenia konieczności wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 2 Ustawy.

3. Z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że Zamawiający żąda, aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienia dokonali wizji lokalnej terenów objętych zamówieniem w celu uzyskania informacji niezbędnych do sporządzenia oferty. Na potwierdzenie odbycia tej wizji wykonawca zobowiązany jest podpisać oświadczenie zawarte w treści formularza ofertowego. Można więc się spodziewać, że oferta każdego z wykonawców, który nie podpisze tego oświadczenia (np. wykreśli jego treść z formularza ofertowego) może zostać odrzucona jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niedopełnienie tego obowiązku, a co za tym idzie, żądanie, aby informacje konieczne do przygotowania oferty wykonawcy zdobyli w trakcie wizji lokalnej w miejscu realizacji zamówienia, stanowi naruszenie przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych. Obszerne uzasadnienie takiego stanowiska zawarte zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20. 01. 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 3/09.

4. Zamawiający wymaga od wykonawców, aby na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia utrzymywali w gotowości sprzęt i osoby niezbędne do podjęcia określonych zadań. Za pozostawanie w stałej dyspozycji Zamawiający zamierza płacić wykonawcy według cen określonych w formularzu ofertowym. W tym jednak celu Zamawiający wprowadził trzy warianty gotowości zimowej, którym ma odpowiadać określona liczba jednostek sprzętowych jakie wykonawca ma zagwarantować do podjęcia natychmiastowych działań, jak również

stosowna do nich cena należna wykonawcy. Zamawiający podał także przewidywaną liczbę dni, w jakich mogą obowiązywać poszczególne warianty gotowości. Oczekiwania Zamawiającego zmierzają także to tego, że dla poszczególnych wariantów gotowości Wykonawca określi cenę stosowną do liczby jednostek sprzętu, który w danym wariantcie ma pozostawać w stałej dyspozycji.

Na szczególne podkreślenie w tym miejscu zasługuje fakt, że Zamawiający zastrzegł prawo do zmiany wariantu gotowości, a więc liczby osób i sprzętu pozostającego w stałej gotowości, w przeciągu 6 godzin od przekazania wykonawcy stosownej informacji w tym zakresie. Stwierdzić więc należy, że w rzeczywistości Zamawiający zmusza wykonawców do utrzymywania w stałej gotowości maksymalnej ilości sprzętu (zarezerwowanego pozornie dla wariantu I gotowości), gdyż decyduje o tym sześciogodzinny termin na zmianę wariantu gotowości. Skoro zmiana liczby sprzętu może nastąpić w przeciągu 6 godzin, to nie może być mowy o tym, że sprzęt rezerwowy może uczestniczyć w realizacji jakiegokolwiek innego zadania.

Chcąc podważyć oczekiwaniom Zamawiającego co do standardów zimowego utrzymania dróg i wymagań sprzętowych, wykonawca zmuszony jest utrzymywać w stałej gotowości maksymalną liczbę sprzętu i osób zdolnych do jego obsługi. Zatem podział na warianty gotowości zimowej jest pozorny, zmierzający do bezpodstawnego uszczuplenia wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Termin zmiany wariantu gotowości jaki Zamawiający zastrzegł w SIWZ (6 godzin) może także narazić wykonawców na nieuzasadnione nakładanie kar umownych za nieterminową realizację powierzonych zadań. W drugim i trzecim wariantcie gotowości zgodnie z przewidywaniami Zamawiającego wykonawca nie musi dysponować pełną liczbą sprzętu. Zatem nie można mu zabronić, aby zbędny w danym czasie sprzęt został np. wypożyczony innemu podmiotowi. Jeżeli więc w takiej sytuacji Zamawiający zmieni wariant gotowości na wyższy (wymagający zabezpieczenia większej liczby sprzętu), to nie można wykluczyć, że Wykonawca nie będzie mógł w ciągu 6 godzin zadośćuczynić żądaniom Zamawiającego w powyższym zakresie. Wprowadzony więc podział na warianty gotowości jest podziałem pozornym, bowiem chcąc uniknąć dotkliwych kar wykonawca przez cały okres będzie musiał dysponować pełną ilością sprzętu i urządzeń.

Sprawa dotycząca identycznych poczynań Zamawiającego w zakresie bezprawnego umniejszania wynagrodzenia przysługującego wykonawcom za utrzymywanie gotowości zimowej była już przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok z dnia 20. 10. 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1066/08. Z uzasadnienia tego wyroku wynika jednoznacznie, że za określoną przez zamawiającego gotowość (dyspozycyjność sprzętu w ilości wymagającej zaangażowania i konieczność jego użycia, a więc zaangażowania też określonego potencjału osobowego) wykonawca powinien otrzymać 100% wynagrodzenia za utrzymanie gotowości zimowej. Stąd też ustalenie wariantów utrzymywania gotowości do podejmowania działań, w tym stanie rzeczy, należy uznać za bezcelowe. Nie może być bowiem tak, że w okresach obniżonego stanu gotowości, wykonawca będzie miał zapewnione wynagrodzenie na obniżonym poziomie, podczas gdy zobowiązany będzie zagwarantować tyle pojazdów, ile będzie potrzebnych do prawidłowego wykonania usługi.

Zakres świadczenia w poszczególnych wariantach jest uznaniowy (potrzeby Zamawiającego i warunki atmosferyczne), tymczasem zakres świadczenia musi być pewny, tak żeby wykonawca miał możliwość prawidłowo skalkulować cenę oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym, wykonawca ma pewność jedynie co do tego, że Zamawiający może wprowadzić obniżoną gotowość, która w istocie ma być na poziomie gotowości do wykonania

usługi według określonego standardu, zaś gwarantowane wynagrodzenie ma być obniżone proporcjonalnie do liczby dysponowanego sprzętu.

Zdaniem składu orzekającego KIO, stanowisko powyższe zostało potwierdzone również orzecznictwo. W ocenie Sądu Okręgowego Warszawa Praga (wyrok z dnia 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05) niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeb zamawiającego, bowiem jest to sformułowanie tak ogólne, iż nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. Zakres zmniejszenia zamówienia pozostaje dla wykonawców nieprzewidywalny, a zasadność takiego zmniejszenia trudno weryfikowalna. Tymczasem wykonawca przystępując do postępowania przetargowego, dokonuje analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny.

W konsekwencji sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru (usługi). Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04).

Mając na uwadze powyższe uzasadnienie oczekujemy, że Zamawiający wprowadzi takie zmiany do treści SIWZ, które zagwarantują wykonawcom prawo do wynagrodzenia za utrzymywania gotowości zimowej w maksymalnym, realnym zakresie.

5. Zamawiający bezprawnie przyjmuje, że w przypadku nie wywiązania się przez Wykonawcę z obowiązku wyposażenia pojazdów w prawidłowo działające urządzenia do monitorowania ich pracy, wykonawcy przysługiwać będzie 50% wynagrodzenia brutto obliczonego na podstawie innych dostępnych dokumentów, wskazujących zakres prac za dany okres realizacji usługi. Jest to postanowienie nie mające żadnych podstaw prawnych, albowiem skoro Zamawiający zakłada, że w przypadku braku urządzeń monitorujących możliwe jest ustalenie wysokości wynagrodzenia na podstawie innych dokumentów wskazujących zakres prac, to nie ma żadnych podstaw, aby tak ustalone wynagrodzenie mogło być obniżane o 50 %. Ograniczenie wynagrodzenia, o którym mowa powyżej, będzie mogło dotyczyć także sytuacji, w której ulegnie awarii urządzenie monitorujące, co Zamawiający będzie wykorzystywał do bezpodstawnego obniżania zapłaty należnej za zrealizowaną usługę. W naszej ocenie Zamawiający powinien odstąpić od zastrzeżonego w SIWZ prawa do obniżania wynagrodzenia.

6. Sprzeczne z przepisami Kodeksu Cywilnego jest postanowienie Wykonawcy, wedle którego będzie miał on prawo do nałożenia kary umownej w wysokości 0.5 % wynagrodzenia miesięcznego brutto za nie usunięcie awarii urządzenia monitorującego, za każdą rozpoczętą dobę. Przepisy art. 483 § 1 K. C. przewidują, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego może nastąpić poprzez zapłatę kary umownej. Z tytułu opóźnienia w naprawieniu uszkodzonych urządzeń monitorujących Zamawiający nie będzie ponosił żadnych szkód, więc nakładanie kar umownych w powyższym zakresie jest bezpodstawne. Ponadto posiadane sprawnych urządzeń monitorujących nie jest przedmiotem zamówienia, a więc nie stanowi także umownego zobowiązania niepieniężnego, w rozumieniu przytoczonych powyżej przepisów K. C.

Zamiar nakładania kar umownych za tego typu „przewinienia” nie ma żadnego uzasadnienia i jest wyrazem dominującej pozycji Zamawiającego nad wykonawcami.

7. Zamawiający przewiduje w SIWZ, że realizacja usług utrzymania zimowego rozpocznie się od dnia 1 listopada i trwać będzie do 15 kwietnia. W zależności zaś od panujących warunków

atmosferycznych Zamawiający może przesunąć termin rozpoczęcia usługi zimowego utrzymania nie później niż do dnia 1 grudnia, a termin zakończenia nie wcześniej niż na dzień 31 marca, przy czym o terminie rozpoczęcia i zakończenia usługi zimowego utrzymania Zamawiający powiadomi Wykonawcę z co najmniej ośmiogodzinnym wyprzedzeniem. Tak sformułowane zastrzeżenie godzi w interes wykonawców, albowiem nie daje pewności co do ilości zamawianych usług. Przytoczyć w tym miejscu należy uzasadnienie zawarte w pkt. 4 niniejszego odwołania:

*„Zdaniem składu orzekającego KIO, stanowisko powyższe zostało potwierdzone również orzecznictwo. W ocenie Sądu Okręgowego Warszawa Praga (wyrok z dnia 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05) niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeb Zamawiającego, bowiem jest to sformułowanie tak ogólne, iż nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. Zakres zmniejszenia zamówienia pozostaje dla wykonawców nieprzewidywalny, a zasadność takiego zmniejszenia trudno weryfikowalna. Tymczasem wykonawca przystępując do postępowania przetargowego, dokonuje analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny. W konsekwencji sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru (usługi). Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04)”.*

Ośmiogodzinny czas na powiadomienie Wykonawcy o rozpoczęciu (zakończeniu) usługi zimowego utrzymania sprawia, że Wykonawca praktycznie będzie pozostawał w stałej gotowości do podjęcia działań. Sprzęt i osoby niezbędne do jego obsługi będą w stałej dyspozycji Zamawiającego, który zastrzegł sobie prawo do ich uruchomienia w przeciągu 8 godzin. Termin realizacji usług powinien więc zostać określony jednoznacznie, aby wykonawca kalkulując ofertę miał pełne rozeznanie co do ilości i czasu realizacji zadań.

9. W ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający przewiduje dla siebie prawo zlecenia wykonawcy wywozu śniegu. Opisany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sposób obliczenia ceny ofertowej nie przewiduje możliwości skalkulowania tego typu robót, przez co Wykonawca może zostać narażony na straty finansowe związane z koniecznością bezpłatnego świadczenia tego rodzaju usług.

10. W załączonym do SIWZ wzorze umowy przewidziane zostały niewspółmiernie wysokie kary umowne za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy. Kary te zostały określone procentowo od przysługującego w danym miesiącu wynagrodzenia, co czyni je zupełnie niejasnymi. Na etapie składania ofert nie jest znana wysokość wynagrodzenia w poszczególnych miesiącach realizacji zamówienia, przez co Wykonawca nie posiada informacji o rzeczywistej wielkości tych kar. Ponadto stwierdzić także należy, że wobec zróżnicowanego wynagrodzenia w poszczególnych miesiącach, za podobne, czy wręcz identyczne zarzuty, Zamawiający będzie naliczać kary umowne w różnych wysokościach. Ponadto kary umowne za identyczne przewinienia będą różne dla różnych wykonawców. W przypadku niewłaściwego wykonania usługi wykonawca otrzyma karę za nienależyte wykonanie usługi zimowego utrzymania w wysokości np. 1 %. Wedle założeń Zamawiającego wysokość kary będzie wyliczona na

podstawie kwoty miesięcznego rozliczenia brutto. Z jakiego więc prawa za błędy w usłudze zimowego utrzymania dróg Zamawiający zamierza obliczać karę umowną od wynagrodzenia, na które składa się zapłata za pełnienie np. gotowości zimowej lub za realizację sprzątania pozimowego, czy też za oczyszczanie jezdni w warunkach pozazimowych, za pojemniki z piaskiem itp. Stwierdzić także należy, że wysokość przewidzianych w umowie kar umownych jest w sposób w sposób rażący wygórowana. Zgodnie z przepisami art. 483 § 1 K. C. kara umowna ma służyć naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań. W przypadku przedmiotowego postępowania wysokość kar umownych narusza przepisy K. C. dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia. Wykonawca powinien mieć jasność, co do wysokości kary, której wysokość musi być adekwatna do straty poniesionej przez Zamawiającego w związku z opóźnieniem, nienależyty wykonaniem czy też wreszcie niewykonaniem konkretnego zadania. Jeżeli więc kara ma się odnosić np. do nienależytego odśnieżenia odcinka drogi, to jej wysokość nie może się odnosić jednocześnie do wynagrodzenia za inne czynności zrealizowane przez wykonawcę prawidłowo w danym miesiącu. Wobec powyższego oczekujemy skorygowania SIWZ w powyższym zakresie do poziomu ogólnie przyjętych zasad w tym zakresie.

Załączniki:

1. Odpis z KRS
2. Dowód uiszczenia wpisu.
3. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Z poważaniem

ZAKŁAD  
SPRZĄTANIA PLACÓW I ULIC  
Włodzimierz Sobanski

ZAKŁAD  
SPRZĄTANIA PLACÓW I ULIC  
Mariani Meiczarek