

WYROK
z dnia 19 grudnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2016 roku przez organizację **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku**
- 2) **Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- 3) **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w tym Istotnych Postanowień Umowy (dalej „IPU”) oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu i innych dokumentów w następujący sposób:
 - a) zmianę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego spełniania przez pojazdy normy emisji spalin Euro 6 na Euro 5

- b) usunięcie z punktu 2.8 OPZ w zakresie pojazdów i sprzętu odnoszących się do momentu podpisania umowy dla nośników sprzętu ZUD, sprzętu ZUD (solarki, pługi) wymogów: „wiek max. 2 lata w momencie podpisania umowy, dodatkowo wymaga się by pojazdy/sprzęt biorące udział w realizacji zlecenia nie były starsze 8 lat w całym okresie trwania umowy”
 - c) usunięcie z punktu 2.7 ppkt b) OPZ zapisu dotyczącego obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w stosunku do osób wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania dróg
 - d) wykreślenie z kryterium „samodzielność” z zasadniczych usług czynności koszenia i Zimowego Utrzymania Dróg;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Zamawiającego Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** na rzecz **Odwołującego - Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 2 grudnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.; dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożyła organizacja **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód (z węzłem) wraz ze wszystkimi elementami administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie”, prowadzi **Zamawiający Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 225-410155 w dniu 22 listopada 2016 r.

Odwołanie wniesiono wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), wskazując, iż Zamawiający prowadząc postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszące się do posiadania potencjału technicznego oraz sposobu dokonania jego oceny, w zakresie wymogu, by wykonawcy ubiegający się o zamówienie dysponowali pojazdami o określonym przez Zamawiającego wieku oraz spełniające wskazane normy, tj. normę emisji spalin EURO 6;
- 2) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 29 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszące się do konieczności wykazania się na etapie składania oferty dostępem w celu realizacji zamówienia do określonych w pkt 7.2 pkt 3.1 b) SIWZ narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (wymóg posiadania odpowiedniego potencjału technicznego), które to narzędzia, sprzęt i urządzenia muszą w momencie podpisania umowy spełniać wyższe wymagania niż określone w warunkach udziału w postępowaniu, tj. wymagania określone

w pkt 2.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia, co powoduje że zasadność żądania posiadania odpowiedniego potencjału technicznego na moment składania oferty jest nieuzasadniony;

3) art. 29 ust. 3a i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu opisanie przedmiotu zamówienia odnoszące się do wymaganego okresu zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania drogi (pkt 2.7 ppkt 1 b) i d) OPZ) polegające na konieczności utrzymania okresu zatrudnienia tych osób na umowę o pracę od rozpoczęcia świadczenia usług aż do końca realizacji przedmiotu zamówienia, co nie znajduje uzasadnienia w zakresie i okresie prac, do jakich ten potencjał winien być zatrudniony;

4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp oraz art. 7 ust 1 w zw. z art. 91 ust 2 ustawy Pzp przez niedopuszczalne określenie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w zakresie kryterium „Samodzielność” (pkt 19.1.2 SIWZ), tj. nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa (premiowanie tego podwykonawstwa w zakresie kryteriów oceny ofert) bez powiązania tego kryterium z określeniem w OPZ kluczowych części zamówienia, na które Zamawiający nakłada obowiązek osobistego wykonania zamówienia; względnie nieuzasadnione objęcie w ramach tego kryterium jako „zasadniczej usługi” usługi „Koszenia” oraz wszystkich usług związanych z „ZUD” [Zimowym Utrzymaniem Drogi], co jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nieuzasadnione jego specyfiką, względnie brak określenia w zakresie tego kryterium oceny ofert w sposób dostatecznie precyzyjny stopnia spełniania przez oferowany przez wykonawcę sposób realizacji przedmiotu zamówienia i przypisanie tym stopniom określonych wag (punktów), ponad wymagania minimalne;

5) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, bez dokładnego określenia zakresu prac wykonawcy realizującego zamówienie udzielone po przeprowadzeniu postępowania oraz przy wskazaniu obowiązków niespójnych lub wzajemnie się wykluczających, tj. przez:

a. regulowanie obowiązków wykonawcy o podobnym zakresie przedmiotowym zarówno w umowie, jaki i w OPZ, w sposób niespójny lub sprzeczny, co powoduje istotne wątpliwości, co do rzeczywistego przedmiotu świadczenia i odpowiedzialności wykonawcy, a w szczególności:

i. poprzez określenie w projekcie umowy oraz w OPZ, różnych zakresów odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy oraz odpowiedzialności wykonawcy za zniszczenie mienia wobec zamawiającego oraz wobec osób trzecich, co powoduje wątpliwości, co do charakteru tej odpowiedzialności (wina/ryzyko);

ii. nieprecyzyjne określenie przedmiotu świadczenia wykonawcy w ramach utrzymania rutynowego, w szczególności niespójnych postanowień OPZ, z których nie można wywieść

w sposób jednoznaczny, czy wykonawca zobowiązany jest do naprawy uszkodzeń i braków drogi, które są konsekwencją siły wyższej;

b. nieprecyzyjne określenie obowiązków wykonawcy w przypadku wykonywania robót w trybie awaryjnym, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, co powoduje między innymi wątpliwości, czy wykonawca zobowiązany jest do naprawy uszkodzeń i braków drogi, które są konsekwencją siły wyższej;

c. niejasnego określenia maksymalnego łącznego wynagrodzenia wykonawcy, za wykonanie przedmiotu zamówienia, co może prowadzić do wniosku, iż wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia na rzecz Zamawiającego pomimo przekroczenia 120% wynagrodzenia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu/ SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W zakresie legitymowania się interesem i możliwości poniesienia szkody, Odwołujący podniósł, że jest organizacją wpisaną dnia 22 lipca 2005 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05). Już sama ta okoliczność w połączeniu z treścią art. 179 ust. 2 ustawy Pzp, przyznającą uprawnienie do kwestionowania treści SIWZ organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp, determinuje, że Odwołujący może skorzystać ze swoich uprawnień poprzez wniesienie odwołania.

Niezależnie od tego, Polski Związek Pracodawców Budownictwa to ogólnopolska organizacja zrzeszająca firmy z branży infrastruktury i budownictwa, które wspólnie reprezentują ponad 70 % potencjału rynku generalnego wykonawstwa inwestycji w Polsce. Celem Związku jest m.in. ochrona praw i reprezentowanie interesów zrzeszonych członków w zakresie równouprawnienia stron umów o zamówienia publiczne. Ponadto, celem działalności Związku jest przyczynianie się do ukształtowania zasad rzetelnego działania etyki zawodowej i uczciwości kupieckiej w działalności gospodarczej. Naruszenia ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach postępowania, wprost godzą w interesy zrzeszonych w ramach Związku członków, naruszając przy tym postulowaną przez Związek zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy opisując przedmiot zamówienia, ustalają kryteria oceny ofert i warunki udziału w postępowaniu, a także w sposób wadliwy kształtując przyszły stosunek zobowiązaniowy doprowadzić mogą do niemożliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty przez zrzeszone w ramach Związku podmioty. Powyższe, w negatywny sposób może odbić na całym rynku infrastruktury i budownictwa, w którym partycypuje Związek.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu/ SIWZ została opublikowana w dniu 22 listopada 2016 r. W związku z tym, 10-dniowy, ustawowy termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zaznaczono, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót i usług całorocznego, kompleksowego, bieżącego letniego i zimowego utrzymania autostrady A4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód (z węzłem) administrowanej przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie w latach 2017-2023. Zakres utrzymania to autostrada A4 na odcinku od km 581,092 do km 622,292 (według dokumentacji projektowej od km 581,263 do km 622,463) o łącznej długości 41,2 km wraz ze wszystkimi jej elementami. W zakres robót i usług przewidywanych do wykonania w ramach bieżącego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych wchodzi następujące asortymenty robót:

- a) bieżące utrzymanie dróg (oznaczone skrótem BUD),
- b) bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich (oznaczone skrótem BUM),
- c) zimowe utrzymanie dróg (oznaczone skrótem ZUD).

I. Zarzut naruszenia opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie konieczności posiadania odpowiedniego potencjału technicznego spełniającego normy emisji spalin EURO 6

Zamawiający w punkcie III.1.3) b) postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, aby wykonawca wykazał się dostępem w celu realizacji zamówienia do m.in. następujących narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych:
„1) Nośnik uniwersalny wyposaż, w zespoloną lampę sygn. (belkę świetlną), z osprzętem: pług lemieszowy, pług wirnikowy, solarka, kosiarka wysięgnikowa, podwójna szczotka myjąca, spełn, normę emisji spalin EURO 6. min. ilość -2 szt;

2) Solarki o poj. min. 6 m³ na nośnikach dostosowanych do montażu pługów odśnieżnych lemieszowych wyposaż, w układ hydrauliczny umożl. ustawienia pługa na prawo lub lewo, o długości lemiesza min. 3,5 m (wraz z pługami i nośnikami) wyposaż, w zespoloną lampę sygnał, (belkę świetlną), spełn. normę emisji spalin EURO 6. min. ilość - 8 szt;

3) Pługi odśnieżne lemieszowe wyposaż, w układ hydrauliczny umożliw, ustawienia pługa na prawo lub lewo, o długości lemiesza min. 3,5 m (wraz z nośnikami) wyposaż, w zespoloną lampę sygn. (belkę świetlną), spełn. normę emisji spalin EURO 6. min. ilość - 4 szt.

Powyższy opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował określonymi nośnikami, solarkami i pługami, a więc potencjałem technicznym związanym wyłącznie z usługami Zimowego Utrzymania Drogi nie starszymi de facto niż z 2014 r. (kiedy wprowadzono wskazaną normę Euro 6) jest nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia (tutaj w szczególności konieczności wykorzystania tego sprzętu jedynie przez okres zimy), jak również nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Postanowienie to narusza zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy byłoby w stanie w należyty sposób zrealizować zamówienia, tj. przy użyciu nośników, pługów i solarek spełniających wszystkie funkcjonalności, lecz nieco starszych od wymaganych. Wymagania Zamawiającego nie prowadzą do poprawienia jakości świadczonych usług lecz jedynie do wyeliminowania z rynku wykonawców, którzy nie mogą przeznaczyć całkowicie nowych nośników, pługów i solarek do realizacji przedmiotu zamówienia. Wymagania dotyczące emisji spalin nie są ani uzasadnione potrzebami Zamawiającego ani nie wynikają z wewnętrznych regulacji.

Skutkiem obecnego wymagania, zdaniem Odwołującego będzie oprócz ograniczenia konkurencji, zwiększenie kosztów realizacji zamówienia, wynikające z wydłużenia okresu amortyzacji zakupionych na potrzeby tylko tego zamówienia pojazdów, powodujące podniesienie ceny, które ostatecznie poniesie Zamawiający. Ponadto, wymóg spełnienia normy Euro 6 powiązany z pojazdami (potencjałem technicznym) przeznaczonym wyłącznie do Zimowego Utrzymania Drogi, a więc wykorzystywanych wyłącznie w krótkim okresie czasu. Doświadczenia wykonawców, zrzeszonych w organizacji Odwołującego, wskazują, że sprzęt przeznaczony do zimowego utrzymania jest wykorzystywany kilka miesięcy i to z różnym natężeniem. Wskazać należy, że zasadność limitowania wieku pojazdów poprzez konieczność spełnienia normy Euro 6 nie potwierdzają inne realizacje kontraktów utrzymaniowych, wykonywanych na rzecz różnych zarządców, w tym w szczególności na rzecz GDDKiA. Nie miało to także żadnego wpływu na uprzednie realizacje, w tym w szczególności na sposób wykonania usług, ich terminowości oraz jakości.

Pamiętać również należy, że stawianie przed wykonawcami warunków ograniczających ich udział w postępowaniu musi być zgodne z zasadą proporcjonalności, która nakazuje dobór takiego środka jaki jest konieczny, a zarazem wystarczający do założonego celu. Jeśli zatem przyjąć, że celem takim jest wybór wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie za konkurencyjną cenę, to dobór środka do osiągnięcia tego celu winien być adekwatny, wystarczający i zarazem zgodny z zasadą uczciwej konkurencji. Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga, by środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie

wykraczały poza to co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok z 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco*, rec. 2002, s-I-11453). W ten sam sposób państwa członkowskie są związane zasadą proporcjonalności podczas procesu transpozycji prawa unijnego do prawa krajowego. Już w 2004 r. ustawodawca unijny przyjmując dyrektywę 2004/18/WE w pkt 2 preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE - w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności. Zasada ta wymaga przeprowadzenia dwustopniowego testu wprowadzanego środka w celu stwierdzenia: 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji? 2) Jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy nie wykracza on poza to co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?

W niniejszym przypadku z pewnością nie można uznać za zgodnego z powyższymi zasadami środka, który już na wstępie ogranicza w sposób znaczny i kompletnie nieuzasadniony konkurencję, poprzez zastosowanie nieuzasadnionej normy emisji spalin. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie powinien formułować wskazanych warunków w sposób nadmiernie wygórowany (tutaj najnowsza norma emisji spalin), stawiając potencjalnym wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia (czy też zakres usług do wykonania, których wymagane jest posiadanie sprzętu spełniającego określone, wygórowane normy), wymagania. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące, że proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców (uchwała Izby z 3 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 30/15).

W przypadku sprzętu ciężkiego, jak w zaskarżonym zakresie, kryterium normy (idącym za nią wiekiem) nie przesądza o sprawności ani o niezawodności pojazdu. Decydujące znaczenie ma stan techniczny pojazdu, jego użytkowanie i eksploatacja. Przedmiotem postępowania nie jest zakup sprzętu przez Zamawiającego a jedynie zakup usługi z wykorzystaniem sprzętu wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, zrzeszonych w organizacji Odwołującego.

Aktualne brzmienie SIWZ praktycznie eliminuje z przetargu wykonawców, którzy posiadają odpowiedni sprzęt, w pełni funkcjonalny, niespełniający jedynie przykładowo

wskazanej normy Euro 6. Posiadany przez nich dotychczas park maszynowy, który jak dotąd pozwalał im na wykonywanie przedmiotu zamówienia, a aktualnie uniemożliwia im złożenie oferty. Wskazać należy, że żadne z obowiązujących przepisów prawa, tak dotyczących sposobu wykonania przedmiotowej usługi, jak i dotyczących poruszania się po drogach publicznych takich ograniczeń jak w SIWZ nie przewidują. Przykładowo nośniki na zimowym utrzymaniu dróg poruszają się średnio 2 razy na dobę przy niesprzyjających warunkach atmosferycznych, co w połączeniu z incydentalnym charakterem usług, z użyciem których mają być wykorzystywane pojazdy wskazane przez Zamawiającego w SIWZ powoduje, że wpływ emisji zanieczyszczeń do atmosfery generowany przez pojazdy używane przez wykonawców jest nieistotny. Przedmiot zamówienia nie obejmuje świadczenia usług na terenie przykładowo aglomeracji miejskich, a sam przedmiot usług nie dotyczy przykładowo usług komunikacji publicznej w takich miejscach co mogłoby mieć znaczenie dla sposobu wykonania zamówienia i dopuszczalnych norm zanieczyszczeń.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu usunięcie z przywołanych postanowień SIWZ warunku spełnienia przez pojazdy normy emisji spalin EURO 6, względnie zastąpienie jej normą Euro 5, dopuszczająca przez to starsze pojazdy.

II. Zarzut dotyczący konieczności wykazania się na etapie składania oferty dostępem w celu realizacji zamówienia do określonych w pkt 7.2 pkt 3.1 b) SIWZ narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (wymóg posiadania odpowiedniego potencjału technicznego), które to narzędzia, sprzęt i urządzenia muszą w momencie podpisania umowy spełniać wyższe wymagania niż określone w warunkach udziału w postępowaniu, tj. wymagania określone w pkt 2.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia

Zamawiający w punkcie III. 1.3) b) postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, aby wykonawca wykazał się dostępem w celu realizacji zamówienia do m.in. następujących narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych:

- „4) Ładowarka do załadunku o poj. łyżki min. 2 m³, min. ilość -1 szt;
- 5) Równiarka wyposażona, min. ilość -1 szt;
- 6) Sprzęt mechaniczny do sprzątnięcia ulic - zmiatarka samochodowa z lampą ostrzeg. zespoloną, min. ilość -1 szt;
- 7) Samochód osobowo-towarowy z miejscami siedzącymi dla kierowcy i zespołu patrolującego oraz przedziałem bagażowo-towarowym o poj. min. 700 dm³ wyposaż., w zespoloną lampę sygnał. (belkę świetlną) na dachu kabiny oraz z tyłu pojazdu znaki A14 i obrotowy C-9/10 oraz tablice U-3d folia min. II generacji, min. ilość -2 szt;
- 8) Samochód dostawczy o ład. 1,0 - 3,5 Mg wyposaż., w hak holowniczy, zespoloną lampę sygnał. (belkę świetlną) na dachu kabiny oraz z tyłu pojazdu znaki A14 i obrotowy C-9/10 oraz tablicę U-3d folia min. II generacji, min. ilość -2 szt.;

9) Przyczepa sygnalizacyjna z tablicami zamykającymi U-26a lub U-26b, zgodną z punktem 11.9 (Tablice zamykające) załącznika nr 3 (Szczeg. warunki techn. dla sygn. drogowych i warunki ich umieszcz. na drogach) do Rozp. Min. Infr. z dnia 3.7.2003 r. w sprawie szczeg. warunków techn. dla znaków i sygnałów dróg. oraz urządzeń bezp. ruchu dróg. i warunków ich umieszsz. na drogach, min. ilość - 6 szt."

Jednocześnie w OPZ w pkt 2.8 postawiono wymóg w zakresie pojazdów i sprzętu, że określone tam pojazdy mają spełniać w momencie podpisania umowy wymóg odpowiedniego wieku, np.:

- w odniesieniu do pojazdów patrolowych: „max. 5 lat w momencie podpisania umowy: dodatkowo wymaga się by średnia wszystkich pojazdów patrolowych biorących udział w realizacji zlecenia nie była większa niż 6 lat w całym okresie trwania umowy”;
- w odniesieniu do pojazdów dostawczych: „max. 5 lat w momencie podpisania umowy, dodatkowo wymaga się by średnia wszystkich pojazdów patrolowych biorących udział w realizacji zlecenia nie była większa niż 6 lat w całym okresie trwania umowy”;
- w odniesieniu do nośników sprzętu ZUD: „max. 2 lata w momencie podpisania umowy. dodatkowo wymaga się by pojazdy (nośniki ZUD) biorące udział w realizacji zlecenia nie były starsze niż 8 lat w całym okresie trwania umowy”;
- w odniesieniu do sprzętu ZUD (solarki, pługi): „max. 2 lata w momencie podpisania umowy, dodatkowo wymaga się by sprzęt ZUD biorący udział w realizacji zlecenia nie był starszy niż 8 lat w całym okresie trwania umowy.

Powyższe wymagania Zamawiającego, narzucone w OPZ, wskazują że niezasadne jest jakiegokolwiek żądanie przez Zamawiającego wykazania przez wykonawców dysponowania określonym w SIWZ w warunkach udziału w postępowaniu sprzętem, skoro wymagania tego samego sprzętu w momencie podpisania umowy mają prezentować wyższy poziom.

Wobec powyższego, Odwołujący żąda nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie opisu spełnienia warunków dotyczących potencjału sprzętowego, określonych zarówno w warunkach udziału w postępowaniu w SIWZ, jak i w OPZ, w taki sposób, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli określić, jakie wymagania i na jakim etapie będą musieli wykazać.

III. Zarzut dotyczący konieczności utrzymania okresu zatrudnienia osób na umowę o pracę wykonujących czynności w zakresie zimowego utrzymania drogi przez cały okres realizacji umowy w sposób ciągły

Zamawiający w OPZ w pkt 2.7 sformułował wymóg, aby m.in. w zakresie wykonywania obsługi nośników zimowego utrzymania drogi, wykonawca lub jego podwykonawcy w celu realizacji zamówienia zawarli z dedykowanym do tego personelem

umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Jednocześnie Zamawiający sformułował w ppkt d) wymóg, aby „wymagany okres zatrudnienia osób na umowę o pracę rozpoczął się nie później niż od dnia rozpoczęcia świadczenia usług i musi trwać do końca realizacji przedmiotu umowy”.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku konieczności zatrudnienia personelu (np. kierowców) do czynności zimowego utrzymania drogi, przy fakcie bardzo sporadycznego w kontekście innych prac zaangażowania tego personelu (a więc tylko w okresie zimowym), utrzymywanie tego personelu przez cały okres realizacji zamówienia na pełnym etacie, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Analogicznie jak w przypadku wykorzystania sprzętu w zakresie zimowego utrzymania drogi, tak samo dedykowany do obsługi tego sprzętu personel, nie będzie w całym okresie realizacji umowy wykorzystywany. Trudno będzie wykonawcom pozyskać personel, który będzie musiał być utrzymywany bez zagwarantowania mu czynności odpowiadających zawartej umowie.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wyłączenie z obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę, o którym mowa w pkt 2.7 ppkt b) OPZ osób „wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania drogi”.

IV. Zarzut ograniczenia podwykonawstwa w ramach kryterium pozacenowego pn. „Samodzielność”

Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert określił jako jedno z pozacenowych kryteriów „Samodzielność” przyznając jej wagę 20%. Kryterium to zostało zdefiniowane jako: „Samodzielność (S) - wykonanie zasadniczych usług (ZUD, Patrolowanie, Dyżury na OUA, Koszenie) siłami własnymi (bez podwykonawców): 20%. „Kryterium „wykonanie zasadniczych usług (ZUD, Patrolowanie, Dyżury na OUA, Koszenie) siłami własnymi (bez podwykonawców)” (S) - 20 pkt”.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „Wykonawca może zadeklarować w ofercie wykonanie zasadniczych usług tj. ZUD, Patrolowanie, Dyżury na OUA, Koszenie, siłami własnymi (bez podwykonawców) co będzie punktowane przyznaniem 20 pkt. Brak takiej deklaracji spowoduje nie przyznanie punktów.”

Powyższe kryterium ma więc charakter fakultatywny, tzn. wykonawcy mogą zdecydować się na pełną, czy też częściową realizację składających się na to kryterium zakresu usług przy udziale podwykonawców i tym samym nie otrzymają za te kryterium punktów. Taki zabieg Zamawiającego, polegający na nieokreśleniu kluczowych części zamówienia, który byłby związany z osobistym wykonaniem tych części przez wykonawcę, de facto jest próbą ograniczenia podwykonawstwa poprzez premiowanie tych z wykonawców, którzy w pełnym (oczekiwanym przez Zamawiającego) zakresie zobowiążą się do samodzielnego wykonania tych prac. Taka praktyka konstruowania kryterium oceny

ofert jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalna i zmierza do obejścia możliwości określenia kluczowych części zamówienia, co wiąże się zawsze z koniecznością możliwości uzasadnienia, że mamy w ich przypadku z faktycznie istotnymi (kluczowymi) częściami zamówienia, istotnymi z punktu widzenia ich prawidłowej realizacji.

W ocenie Odwołującego kryterium to powinno być połączone z określeniem w OPZ kluczowych części zamówienia, przez co nie byłoby utożsamiane w próbą ograniczenia, dopuszczalnego przy realizacji tego zamówienia podwykonawstwa. Ponadto w ocenie Odwołującego, nie ma żadnego uzasadnienia dla powiązania w ramach tego kryterium jako „zasadniczych usług” czynności koszenia oraz w zasadniczej części usług zimowego utrzymania drogi.

Zamawiający ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert zgodnie ze swoimi oczekiwaniami, ale nie może w sposób arbitralny, nieuzasadniony swoimi potrzebami preferować określonych rozwiązań (tutaj uznawać za „zasadnicze” usługi składające się faktycznie na około 80% wszystkich prac związanych z całym zamówieniem). Warto pamiętać, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż określony sposób realizacji zamówienia umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienie publicznego (wyrok SO w Bydgoszczy z dn. 25.01. 2006 sygn. akt II Ca 693/5). Niestety preferencje Zamawiającego odnośnie samodzielnego wykonania takich prac jako koszenie nie dają się racjonalnie wytłumaczyć, szczególnie w kontekście dodatkowego punktowania tego kryterium.

Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do przyszłego wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty jej wykonania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 sierpnia 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1363/04). To wykonawcy prowadzący profesjonalną działalność powinni mieć możliwość określić rodzaj rozwiązań właściwy dla potrzeb Zamawiającego, a nie być poddani ograniczeniom, które nie wynikają z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego (takie jakby były, zostałyby określone w postaci określenia kluczowych części zamówienia), ale z próby ograniczenia podwykonawstwa, czy też ewentualnego preferowania większych wykonawców, mających większe zasoby własne. W postępowaniu nie sposób uznać, że wykonawca realizujący usługi koszenia samodzielnie niż korzystając z podwykonawstwa będzie te usługi realizował lepiej.

Zamawiający dysponuje swobodą określenia kryteriów oceny ofert oraz swobodą określenia ich wagi (znaczenia), jednakże wagi przypisane poszczególnym kryteriom muszą służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej i nie mogą w sposób nieuzasadniony ograniczać konkurencji. W ocenie Odwołującego określone przez Zamawiającego kryterium „Samodzielnosci” jest rozstrzygane w zasadzie zero-jedynkowo i na tej podstawie może

ograniczać konkurencję i w sposób nieuzasadniony preferować określone grupy np. dużych usługodawców. Kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a ich kształt musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalania kryteriów oceny ofert), w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu (tak wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r., KIO 368/09).

Z powyższych powodów należy według Odwołującego dokonać zasadniczej modyfikacji kryterium „Samodzielność”, poprzez wyznaczenie najmniejszego udziału procentowego samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia, a ocenie powinna podlegać jedynie różnica między udziałem procentowym określonym przez oferenta, a wyznaczonym przez Zamawiającego. Tylko w taki sposób kryterium to będzie mogło dotyczyć stopnia spełniania przez oferowany przez wykonawcę sposób realizacji zamówienia (samodzielnie lub przy udziale podwykonawców), a punktacja powinna wtedy odnosić się do dodatkowych elementów (dodatkowego, zakresu samodzielności) ponad wymagania minimalne. Ponadto prawidłowe posłużenie się tym kryterium wymaga od Zamawiającego opisanie, w ramach tego kryterium, jakie wagi punktowe zostaną przyporządkowane poszczególnym zakresom usług, punktowanych w ramach tego kryterium - przy kluczowym zagadnieniu, że tylko szczególnie istotne usługi (uzasadnione specyfiką zamówienia) powinny być uwzględniane w ramach tego kryterium.

V. Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia i postanowień kontraktowych

Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- a. zmianę OPZ oraz Umowy w zakresie:
 - i. jednoznacznego określenia rodzaju odpowiedzialności cywilnej wykonawcy
 - ii. usunięcie postanowień, niejednoznacznie określających zakres odpowiedzialności wykonawcy (niespójnych), poprzez jasne sformułowania obowiązków wykonawcy i określenie, czy w ramach wynagrodzenia ryczałtowego powinien likwidować skutki siły wyższej;
 - iii. usunięcia wątpliwości dotyczących zakresu wykonywanych w trybie prac awaryjnym i precyzyjnego opisanie obowiązków wykonawcy w tym zakresie;
 - iv. usunięcia wątpliwości, co do wynagrodzenia przysługującego wykonawcy oraz określenia skutków dla umowy przekroczenia 120 % wynagrodzenia określonego w ofercie wykonawcy;

b. dokonanie analogicznych zmian również w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Jednym z podstawowych obowiązków podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wynikający z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymóg opisanie 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.

Powyższa regulacja stanowi instrument ochrony wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W takim bowiem postępowaniu, to zamawiający jest stroną określającą swoje wymagania, opisującą przedmiot umowy oraz nadającą kształt postanowieniom umowy. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w praktyce nie ma możliwości kształtowania w jakikolwiek sposób dokumentacji przetargowej oraz umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełną odpowiedzialność za treść wymagań określonych w SIWZ oraz kształt istotnych postanowień umowy jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia, ponosi zamawiający (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt KIO 330/12).

Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji. Nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez zamawiającego (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. sygn. akt 2376/10). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (wyrok Izby z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1556/11). Opis przedmiotu zamówienia powinien być zatem dokonany w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (wyrok Izby z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11).

Sporządzony w postępowaniu Opis Przedmiotu Zamówienia w określonym poniżej zakresie przywołanych wymogów nie spełnia. Powyższa sprzeczność powoduje po stronie Wykonawcy istotną trudność w zidentyfikowaniu, jakie są w rzeczywistości wymagania Zamawiającego. Trudność ta może się przełożyć na wadliwe oszacowanie kosztów zamówienia i tym samym doprowadzić do nierzetelnego skalkulowania ceny ofertowej. Co więcej, może ona komplikować proces realizacji przedmiotu zamówienia, powodując niepewność co do rzeczywistych obowiązków wykonawcy wynikających z zawarcia umowy.

Uzasadnienie zarzutu sformułowanego w pkt. 5) lit. a

W przypadku zarzutu określonego w lit. a. (i) Zamawiający w sposób sprzeczny lub niespójny określa obowiązki wykonawcy w zakresie odpowiedzialności wobec Zamawiającego oraz osób trzecich. Z postanowień OPZ wywodzić można, iż jest to do odpowiedzialność quasi-ubezpieczeniowa wobec zamawiającego oraz osób trzecich - obejmująca skutki zdarzeń losowych (niezdefiniowanych). Nie bez znaczenia jest, iż obowiązki wykonawcy opisane są w części nazwanej odpowiedzialność cywilna, ubezpieczenie - postanowienia poniższe należy czytać bowiem w kontekście tytułu, który nadał im zamawiający.

Zgodnie z OPZ (pkt. B.I. 3 (ubezpieczenie) pkt 3.1. (odpowiedzialność cywilna): 3.1.1. Wykonawca jest odpowiedzialny i ponosi wszelkie koszty z tytułu strat materialnych powstałych w związku z zaistnieniem zdarzeń losowych i odpowiedzialności cywilnej w czasie realizacji przez Wykonawcę usług i robót objętych umową.

Zgodnie z pkt. 3.1.4. OPZ Wykonawca jest odpowiedzialny ponadto za ewentualne szkody osób trzecich, do których doszło w wyniku zdarzeń na drodze powstałych na skutek nie realizowania przez Wykonawcę zadań wynikających z umowy bądź realizowania ich w sposób niedostateczny tj. niezgodny z wymaganiami kontraktu.

Z kolei, z projektu umowy wynika (§ 19 ust. 4), że wykonawca przyjmuje pełną odpowiedzialność cywilną za wszelkie zdarzenia na przekazanym odcinku drogi powstałe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy bezpośrednio związane z przedmiotem umowy, w tym za zdarzenia dotyczące szkód osób trzecich.

Cytowane postanowienia są niespójne i wymagają wyjaśnienia, jaki rodzaj odpowiedzialności powinien ponosić wykonawca wobec zamawiającego i osób trzecich.

W zakresie zarzutu określonego w lit. a) ii. wskazać należy, iż sposób opisu przedmiotu zamówienia w obecnym kształcie nie pozwala na rozstrzygnięcie, skutki jakich zdarzeń powinien usuwać (naprawiać) wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Z jednej strony Zamawiający w pkt. B.I. 1 (zakres utrzymania) wskazuje, iż Wykonawca (w ramach otrzymywanego Cyklicznego Wynagrodzenia) zobowiązany jest do utrzymania i konserwacji Drogi, zapewniając jej trwałość i bezpieczeństwo jej użytkowników oraz ponosi pełną odpowiedzialność za właściwy stan drogi przez cały okres trwania umowy. W przypadku, w którym standard drogi nie jest dotrzymany, Wykonawca zobowiązany jest do bezwzględnego przystąpienia do prac mających na celu osiągnięcie standardu Drogi.

Powyższe wydaje się wskazywać na przeniesienie na wykonawcę wszelkich ryzyk uszkodzenia Drogi, co prowadziłoby do wniosku, iż także w przypadku wystąpienia siły wyższej wykonawca zobowiązany jest do naprawy Drogi i jej elementów na swój koszt. Jednocześnie Zamawiający zarówno w OPZ, jak i samej umowie wydaje się ograniczać lub przynajmniej różnicować obowiązki wykonawcy w zależności od przyczyny wystąpienia

szkody oraz elementu drogi, w którym uszkodzenie wystąpiło. Nie jest przy tym jasny wzajemny stosunek postanowień regulujących obowiązki wykonawcy.

W zakresie przyczyn uszkodzeń/szkód w połączeniu z obowiązkiem ich naprawy Zamawiający operuje terminami: „zdarzenie losowe” (3.1.1 oraz 3.2.1 OPZ), „zdarzenie drogowe”, „zdarzenie nadzwyczajne” (B.II.2 OPZ) „zdarzenie” (§ 8 ust. 5 umowy). Używanie tak licznych terminów w zakresie przyczyn uszkodzeń wskazuje, że Zamawiający pragnie każdemu z nich nadać odrębne znaczenie. Żaden z tych terminów nie został jednak zdefiniowany w słowniczku zawartym w OPZ. Jednocześnie Zamawiający nie posługuje się terminem siła wyższa w powyższym zakresie.

Jedynie tytułem przykładu wskazać należy, że zgodnie z § 8 ust. 5 projektu umowy wykonawca, w ramach otrzymywanego miesięcznego cyklicznego wynagrodzenia, zobowiązany jest w ramach umowy do usuwania i uzupełniania uszkodzeń lub zniszczeń wynikających ze skutków zdarzeń, kradzieży, aktów wandalizmu lub innych okoliczności powodujących braki utrzymywanego wyposażenia drogi określonego w OPZ.

Z kolei w pkt. B.I.2.1.y) OPZ wśród szczególnych obowiązków wykonawcy dotyczących sposobu realizacji umowy (a nie jej przedmiotu) Zamawiający wskazuje, iż obowiązkiem wykonawcy jest uzupełnianie wszelkich braków elementów Drogi wynikających ze skutków zdarzeń drogowych (dotyczy w szczególności wypadków i kolizji), kradzieży, aktów wandalizmu lub innych.

Z kolei, cytowany powyżej pkt. 3.1.1 odwołuje się do zdarzeń losowych. Jednocześnie Zamawiający nie definiuje co należy rozumieć pod pojęciem wyposażenie drogi, czym wzmacnia niepewność wykonawcy, co do zakresu jego świadczenia.

Wskazać należy, iż wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w wycenie prac ciężące na nim ryzyko i wycenić usunięcie skutków wystąpienia ryzyk. Mnogość postanowień określających zbliżone przedmiotowo obowiązki wykonawcy powoduje niepewność wykonawcy, co do zakresu jego rzeczywistych obowiązków, a w szczególności tego, czy powinien, czy też nie przewidzieć konieczność na prawy Drogi w przypadku, gdy jej uszkodzenie będzie spowodowane działaniem siły wyższej. Wątpliwości te powinny zostać usunięte przez Zamawiającego. W innym bowiem przypadku niektórzy z wykonawców uwzględnią w cenie ofertowej koszty usuwania skutków siły wyższej, a inni tego nie zrobią. Tym samym ich oferty będą nieporównywalne.

Uzasadnienie zarzutu sformułowanego w pkt. 5iii. lit. b

Jednym z trybów realizacji usługi świadczonej przez wykonawcę, jest utrzymanie drogi w trybie awaryjnym (pkt. B.II.2 OPZ). Jego specyfika polega na konieczności szybkiego (24 h) usunięcia zagrożenia - uszkodzeń drogi. Wskazany w OPZ zakres przyczyn tych uszkodzeń jest opisany za pomocą niezdefiniowanych pojęć, co powoduje wątpliwości co do

zakresu świadczenia wykonawcy. W szczególności wykonawca powinien usunąć skutki zdarzeń nadzwyczajnych i katastrofy budowlanej.

Działania wykonawcy mają polegać m.in. na naprawie elementów drogi, które uległy zniszczeniu, uzupełnieniu ubytku, usunięciu z jezdni, chodnika i innych części pasa drogi, wszelkich elementów i materiałów obcych mogących stworzyć zagrożenie dla użytkowników oraz ich utylizacja, oraz wymiana uszkodzonych elementów na elementy nowe (również w przypadku elementów uszkodzonych na skutek wandalizmu lub skradzionych).

Jednocześnie usunięcie zagrożeń powinno nastąpić w ciągu 24 h, co ogranicza *per se* zakres robót, które można wykonać w tak krótkim czasie. Niemożliwym będzie bowiem np. wykonanie w tym trybie złożonych robót drogowych, wymagających przygotowania projektu, bądź uzgodnień z Zamawiającym.

Zmawiający dopuszcza jednak możliwość przedłużenia 24 godzinnego terminu na usunięcie zagrożenia, poprzez co wprowadza wątpliwość, co do rzeczywistego zakresu robót objętych utrzymaniem w trybie awaryjnym. Postanowienie to może być interpretowane rozszerzająco, w ten sposób, iż wykonawca obowiązany jest do naprawy drogi rozumianej zarówno jako remont częściowy, jak i pełny, czyli wykraczającej poza obowiązki wykonawcy zgodnie z OPZ.

Ponadto Zamawiający nie wskazuje, czy w ramach utrzymania awaryjnego wykonawca powinien usuwać skutki siły wyższej, oraz posługuje się niezdefiniowanym terminem „zdarzenie mające charakter katastrofy budowlanej”, co powoduje, iż zakres robót i usług wykonawcy realizowanych w trybie awaryjnym może być różnie interpretowany przez wykonawców. Powyższe wątpliwości powinny być przez Zamawiającego wyjaśnione.

Uzasadnienie zarzutu sformułowanego w pkt. 5) lit. c

W § 4 ust. 7 projektu umowy Zamawiający określił, iż maksymalna wysokość zobowiązania z tytułu świadczenia usługi nie może przekroczyć 120 % wynagrodzenia. Jednocześnie w § 4 ust. 7 Zamawiający odsyła do zmian wynagrodzenia określonych w ust. 8, podczas gdy w § 4 brak jest ust. 8. Jest to o tyle istotne, że obecne brzmienie § 4 ust. 7 w połączeniu z § 6 ust. 2 sugeruje, iż Zamawiający może zmieniać zakres świadczenia wykonawcy, a w przypadku przekroczenia 120% wynagrodzenia wykonawca nadal będzie miał obowiązek świadczyć usługę do zakończenia terminu obowiązywania umowy - umowa nie ulega rozwiązaniu. Oznaczałoby to, że zakres świadczenia wykonawcy jest nieograniczony. Zmawiający powinien usunąć tę wątpliwość.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosil jak na wstepie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentów złożonych na rozprawie, włączonych w poczet materiału dowodowego, a także stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 2 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 179 ust. 2 ustawy środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują organizacją wpisanym na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 154 pkt 5 ustawy Pzp). Niewątpliwie regulacja art. 179 ust. 2 ustawy Pzp jest odmienna od tej z ust. 1, tym samym w przypadku Odwołującego, który jest wpisany na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu, wykazanie przesłanek materialnoprawnych do korzystania ze środków ochrony prawnej w postaci interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy - nie jest konieczne do złożenia odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli następujący wykonawcy:

- 1) **Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku**
- 2) **Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- 3) **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**

Przystąpienia uznano za skuteczne.

Odwołujący na rozprawie podtrzymywał odwołanie w całości i wnosił o jego uwzględnienie. Do stanowiska tego przyłączyli się wykonawcy przystępujący po stronie Odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, przedstawiając obszerną argumentację prawną i faktyczną przemawiającą za oddaleniem odwołania. Na rozprawie Zamawiający podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości.

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła

pod uwagę wynikające z odwołania oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył kwestionowane zapisy ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym także zapisy warunków umownych oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem aktualnym nadal po nowelizacji ustawy z dnia 28 lipca 2016 roku, że: "(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Izba podkreśla, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: <<Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11), Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą

konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07)". Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomię postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: "W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych." (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni (podobnie w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)>> (za wyrokiem KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12).

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne

wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnienie należytego wykonania umowy. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W analizowanym postępowaniu Zamawiający nie do końca sprostął tym wymaganiom, co obligowało Izbę do stwierdzenia naruszenia właściwych przepisów. Również opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy wreszcie kryteriów oceny ofert, musi pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami. Analiza zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, a w szczególności wyjaśnienia Zamawiającego, prowadzą do stwierdzenia, że Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu oraz wyznaczył warunki kontraktowe i kryteria oceny ofert, w sposób, który może utrudniać wykonawcom dostęp do przedmiotowego zamówienia i możliwość skonstruowania konkurencyjnej oferty, a z drugiej strony warunki te w pewnych elementach uznać można za nadmierne i nieadekwatne co do celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie umowy, posiadającego odpowiednie doświadczenie, a jednocześnie proponującego Zamawiającemu ofertę korzystną ekonomicznie.

Izba uznała, iż wymaganie wykazania się dostępem do realizacji zamówienia potencjałem technicznym, gdzie nośnik uniwersalny, solarki oraz pługi muszą spełniać normę emisji spalin Euro 6 jest nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Przed wszystkim zauważyć należy, iż wymóg ten postawiono wobec sprzętu, który wykorzystywany jest jedynie przez pewien czas realizacji zadań umownych, w okresie zimowym. Postawienie więc wyższych wymogów w odniesieniu do sprzętu używanego okresowo zdaniem Izby podwyższa koszt wykonywania usługi. Siłą rzeczy wykonawcy musieliby zainwestować znaczne środki w nowy sprzęt, spełniający wymogi normy Euro 6, bowiem norma ta obowiązuje dopiero od 2014 roku, a jednocześnie sprzęt ten nie byłby efektywnie używany, tym samym okres jego amortyzacji i zwrot nakładów inwestycyjnych byłby wydłużony. Z drugiej strony Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż używanie sprzętu spełniającego wymogi wyższej normy emisji spalin w sposób korzystny przełoży się na jakość świadczenia usług, czy w istotny sposób poprawi się aspekt ekologiczny świadczenia usługi. Być może długość kontraktu (6 lat) umożliwiłaby całkowite zamortyzowanie kosztów zakupionego sprzętu do jego realizacji, jednakże podkreślić należy, iż teza ta jest prawdziwa jedynie w stosunku do wykonawcy, z którym podpisana zostanie umowa. Trudno zatem oczekiwać, aby wykonawcy inwestowali znaczne środki na zakup nowego sprzętu bez gwarancji otrzymania zamówienia, tylko po to, by potwierdzić formalnie spełnianie wygórowanego warunku udziału w postępowaniu. Nie ma przeszkód, aby uregulować natomiast w przyszłej umowie, iż posiadany potencjał techniczny może ulec

odświeżeniu, modernizacji. Istniała także możliwość zapremiowania wykonawców, którzy wykażą, iż dysponują potencjałem technicznym spełniającym wyższe wymogi. Z tej możliwości jednak Zamawiający nie skorzystał.

W ocenie składu orzekającego Izby cel zakładany przez Zamawiającego, a więc zapewnienie prawidłowego utrzymania najważniejszego ciągu komunikacyjnego na Podkarpaciu, może być osiągnięty przy zastosowaniu wymogu dla pojazdów i urządzeń normy emisji spalin Euro 5 (obowiązującej od 2009 roku). Jednocześnie powyższe pozwala wykonawcom wykazać się potencjałem technicznym równie sprawnym, zdolnym do prawidłowej realizacji usługi bez konieczności ponoszenia nadmiernych i niezasadnionych nakładów inwestycyjnych. Inaczej mówiąc, taki poziom warunku umożliwia realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, jednocześnie skutkuje określeniem warunku na co najmniej minimalnym poziomie zdolności wykonawcy do realizacji zadania.

Konsekwencją uwzględnienia pierwszego z zarzutów odwołania jest nakazanie wykreślenia Zamawiającemu z punktu 2.8 OPZ wymagań odnoszących się do nośników sprzętu ZUD oraz sprzętu ZUD związanych z maksymalnym wiekiem pojazdów ustalonym na 2 lata w momencie podpisania umowy oraz zalecenia, aby pojazdy/sprzęt nie były starsze niż 8 lat w okresie trwania umowy.

Odwołujący celnie podkreślił, że Zamawiający przez wpisanie tych wymogów do opisu przedmiotu zamówienia pośrednio próbuje narzucić konieczność spełniania przez park maszynowy wyższych wymagań dla normy emisji spalin. Choć rozróżnić należy czynność ustalenia warunków udziału w postępowaniu i czynność opisu przedmiotu zamówienia, nie może być tak, iż obie te czynności prowadzić mogą do rozbieżnych wniosków w zakresie oceny zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawcy potwierdzając spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym nie czynią powyższego w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Zamówienie bowiem musi być wykonywane pojazdami, które wykonawca przedstawił jako swój potencjał techniczny. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił, że oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, można postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy, a jednocześnie wymagać należy realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający zatem formułuje określony poziom warunku udziału w postępowaniu, celem zapewnienia pewnego poziomu jakości usług. Skoro na poziomie oceny ofert zakres referencyjny warunku udziału w postępowaniu jest wystarczający, to ten poziom referencyjny przełożyć należy moment wykonywania usługi.

Izba uznała natomiast, iż nie jest nadmiernym wymaganiem określenie, że pojazdy patrolowe i pojazdy dostawcze muszą w momencie podpisania umowy mieć maksymalnie 5 lat, a średnia wieku pojazdów nie może być większa niż 6 lat. Jak słusznie zauważył

Zamawiający, w powiązaniu z OPZ warunkiem udziału w postępowaniu odnośnie tych pojazdów, Zamawiający nie wskazał na wymóg spełniania parametrów emisji spalin dla normy Euro 6.

Trzeci z zarzutów odwołania dotyczył sformułowania wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania drogi w okresie od rozpoczęcia świadczenia usług do końca realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i nakazała wykreślenie danego wymogu z OPZ.

Co do zasady Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że ten uprawniony jest przy opisie przedmiotu zamówienia do określenia wymogu, iż osoby zajmujące określone stanowiska lub wykonujące określone czynności były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Jednakże słusznie zwrócił uwagę Odwołujący na specyfikę wykonywania czynności związanych z obsługą nośników zimowego utrzymania dróg. Są to czynności wykonywane tylko w pewnym okresie roku, zatem utrzymanie całego personelu przez cały okres realizacji zamówienia na pełnym etacie nie znajduje racji bytu. Potwierdza to złożone przez Odwołującego zestawienie zawierające ilości wymaganych jednostek ZUD dla autostrady A1 i A2 pokazujące faktyczne zaangażowanie pracowników w okresie zimowym, które w latach 2014 i 2015 wahało się na poziomie około 10%. Nie do końca jest też tak, jak twierdził Zamawiający, że personel ten w innych porach roku może być oddelegowany do wykonywania innych czynności. Część obowiązków nie może być wykonywana zamiennie, mają one charakter stały (np. patrolowanie), zatem kierowcy nie mogliby znaleźć przy tych czynnościach zatrudnienia. Istnieje także prawdopodobieństwo, że część osób posiadanych odpowiednie uprawnienia do obsługi nośników (np. odpowiednie kategorie uprawnień i prawa jazdy) prowadzi samodzielną działalność gospodarczą i nie zgodzi się na podpisanie umowy o pracę. Z uwagi na powyższe, bez uszczerbku dla prawidłowego wykonania usługi i zaprzeczenia zasadzie promowania przestrzegania przepisów prawa pracy, uznano, że możliwe jest wyłączenie z kręgu osób, dla których zatrudnienie na podstawie umowy o pracę jest obowiązkowe, osób wykonujących obsługę nośników zimowego utrzymania dróg. W ocenie Izby charakter czynności jakie mają być realizowane przez te osoby nie wpisuje się w hipotezę normy prawnej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, która odsyła do treści art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy, tj. istota tych czynności nie powoduje, że mamy do czynienia z koniecznością zawarcia umowy o pracę, dla której charakterystyczne jest wykonywanie określonych czynności pod nadzorem (kierownictwem), w określonym miejscu i czasie realizacji wyznaczonymi przez pracodawcę.

Odnośnie kryterium pozacenowego „samodzielność”, Odwołujący co do zasady nie kwestionował, iż Zamawiający może dane kryterium zastosować. Odwołujący argumentował natomiast, że ustalone przez Zamawiającego kryterium ma charakter fakultatywny, w nieuzasadniony sposób premiowane jest wykonywanie zamówienia siłami własnymi, choć nie znajduje to uzasadnienia w specyfice wykonywanych czynności.

Dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga, że kryterium ma być „związane” z przedmiotem zamówienia, a zatem pozostające w logicznym i funkcjonalnym z nim związku. Zamawiający ma prawo w taki sposób ustalić kryteria w postępowaniu, aby zapewnić sobie w zakresie realizacji interesu publicznego najlepszą i najefektywniejszą realizację przedmiotu zamówienia ale nie może tego czynić z pominięciem podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych. Zamawiający ustalił cztery zakresy jako usługi zasadnicze, tj. ZUD, patrołowanie, dyżury na OUA, koszenie. Te części zamówienia muszą być wykonywane siłami własnymi, przy innych czynnościach Zamawiający dopuścił podwykonawstwo. Odwołujący natomiast podkreślał, że usługi zasadnicze składają się na około 80% wszystkich prac, więc dopuszczenie podwykonawstwa ma charakter iluzoryczny. Izba podzieliła argumentację Odwołującego w zakresie odnoszącym się do wyłączenia poza katalog usług zasadniczych czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg (ZUD) oraz koszeniem. Zdaniem składu orzekającego Izby, biorąc pod uwagę zakres zamówienia, zakres obowiązków spoczywający na wykonawcy kontraktu, efekt prawidłowego wykonania usługi możliwy jest do uzyskania nawet jeżeli wykonawca zdecyduje się powierzyć wykonywanie ZUD i koszenia podmiotowi trzeciemu. Nie można w chwili obecnej zapominać o znacznie zwiększonym zakresie odpowiedzialności solidarnej ponoszonej przez wykonawcę i jego podwykonawców, a więc ponieważ Zamawiający nie przedstawił argumentów przemawiających na konieczności osobistego wykonywania tych części zamówienia, Izba uznała, że możliwa jest ocena ofert w wyznaczonym kryterium przy ograniczeniu zakresu usług zasadniczych, za które wykonawca będzie samodzielnie odpowiedzialny. Żaden z wykonawców oraz Odwołujący nie kwestionowali bowiem, że pełną odpowiedzialność za patrołowanie i dyżury na obwodzie utrzymania autostrady powinien ponosić wykonawca danych usług i są istotne z punktu widzenia celu kontraktu jakim jest prawidłowe utrzymanie drogi. Zdaniem Izby Zamawiający nadal będzie mógł w ramach tego kryterium dokonać wyboru wykonawcy, który gwarantuje mu wykonanie najważniejszej części kontraktu siłami własnymi. Czynności koszenia oraz ZUD stanowią natomiast jedynie niewielki wycinek obowiązków wykonawcy, więc nawet powierzenie wykonywania tych czynności podmiotowi trzeciemu nie zaprzeczy celowi umowy i prawidłowej realizacji zadania.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmiany SIWZ i dokumentacji przetargowej w zakresie i kształcie określonym w sentencji orzeczenia.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów związanych z ustaleniem kształtu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców. Celem postępowania jest weryfikacja postanowień SIWZ w świetle ustawy Pzp, jak również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne

ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów Pzp zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę, prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Zamawiający nie jest także zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego. Dopuszczalne jest również nakazanie wykonawcy wkalkulowania w cenę oferty kosztów ewentualnych zmian umowy odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia lub zmian wynagrodzenia, rozszerzenie zasad odpowiedzialności wykonawcy realizującego kontrakt. Wykonawca wiedząc, że koszty takich zmian będą leżały po jego stronie, może je uwzględnić w cenie oferty jako potencjalne ryzyko gospodarcze.

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego nie uznano, że Zamawiający przy ustalaniu kształtu postanowień umownych w przedmiotowym postępowaniu nadużył przysługującego mu prawa.

Należy też zauważyć, że zarzuty podnoszone w odwołaniu przez Odwołującego (w większości oparte na naruszeniu równowagi stron, nałożeniu na wykonawcę nadmiernych obowiązków, rozszerzeniu jego odpowiedzialności), nie prowadzą w żaden sposób do wykazania, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców - w związku z kwestionowanymi postanowieniami wszyscy potencjalni wykonawcy są w tej samej sytuacji i żaden z nich nie jest dyskryminowany. Dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą dokonał wiążącej wykładni

autentycznej postanowień umownych kwestionowanych przez wykonawców, a złożone wyjaśnienia w ocenie składu orzekającego zbieżne są z intencjami Odwołującego i przystępujących po jego stronie Wykonawców (vide treść protokołu z rozprawy).

Odnosnie zarzutów dotyczących zasad odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, za Zamawiającym powtórzyć należy, iż wykonawca realizujący kontrakt odpowiadał będzie na zasadzie winy. Zamawiający na rozprawie jasno stwierdził, że: *<<Odpowiedzialność wynikająca z umowy ma charakter odpowiedzialności na zasadzie winy, o czym świadczy użycie sformułowania „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W umowie nie występuje odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, natomiast § 19 ust. 4 odnosi się do odpowiedzialności z tytułu umów OC, które zawrzeć musi wykonawca. Cały zaś kontrakt objęty jest odpowiedzialnością na zasadzie winy.>>* Rzeczywiście § 19 zatytułowany „Gwarancja” dotyczy konieczności zawarcia przez wykonawcę umów ubezpieczenia OC.

W przypadku niejasnych według Odwołującego zasad usuwania skutków zdarzeń w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, niejasności i mnogości użytych pojęć, których Zamawiający jednocześnie nie definiuje, dostrzeżenia wymaga, iż nie jest możliwe stworzenie zamkniętego katalogu zdarzeń, które mogą zaistnieć w trakcie wykonywania umowy, tym samym nie jest możliwe zdefiniowanie wszystkich pojęć w SIWZ i postanowieniach umownych. Zauważyć także należy, iż Odwołujący nie wskazał w odwołaniu konkretnych przykładów owych niejasności, niedoprecyzowanych pojęć. W odwołaniu ograniczono się jedynie do podkreślenia niejasności. Odwołujący ogólnikowo formułując zarzuty tej części odwołania nie wskazał również w jaki sposób Izba miałaby dokonać zmian postanowień umownych. Jak podał Zamawiający zakres obowiązków wykonawcy co do utrzymania przedmiotu umowy w należytym stanie określa § 8 ust. 5 wzoru umowy.

Co do prac w trybie awaryjnym Zamawiający przywołał str. 52 OPZ (etap II – likwidacja zagrożenia). Z postanowień tych wynika, iż możliwe jest wydłużenie czasu na naprawę prac poza wyznaczony podstawowy okres 24 godzin na naprawę drogi. Poza tym, jak podkreślił Zamawiający, katalog prac do wykonania w tym trybie, to przede wszystkim prace drobne, przy większych uszkodzeniach termin ten będzie wydłużany. Natomiast pojęcie „katastrofy budowlanej” zdefiniowane jest w przepisach odrębnych (w ustawie Prawo budowlane), a jak zauważył Zamawiający na rozprawie: *„w przypadku wystąpienia zdarzenia siły wyższej i katastrofy budowlanej odpowiedzialność przejmuje Zamawiający i odrębnie zleca usunięcie takiego zdarzenia z robót strukturalnych lub na podstawie innego zlecenia”*.

Zarzutu dotyczącego zobowiązania wykonawcy do świadczenia na rzecz Zamawiającego mimo przekroczenia progu 120% wynagrodzenia Izba także nie uznała za zasadny. Zamawiający w tym zakresie dokonał korekty postanowień SIWZ(dokładnie § 4 ust. 7 wzoru umowy). Jak podkreślał na rozprawie Zamawiający: *„określenia maksymalnego wynagrodzenia są to standardowe zapisy wzorów umowy, przywołuje par. 6 dotyczący zmian zakresu prac oraz możliwości zmiany wynagrodzenia wskazując, że każdorazowo zakres zmian prac jest ustalany z wykonawcą. Postanowienie to jednoznacznie wskazuje, kiedy może dojść do zmiany wynagrodzenia. W tym kontekście przywołuje także par. 7 ust. 3 wskazując, iż dotyczy on robót strukturalnych i możliwości wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia po uzyskaniu akceptacji Zamawiającego. Jednocześnie podkreśla, iż wykonawca wie, jaka pula wynagrodzenia została wykorzystana i nie może dojść do konieczności wykonywania prac bez uzyskania wynagrodzenia. Przywołuje par. 6 ust. 1, który odnosi się do zmiany zakresu prac o charakterze rutynowym i wynagrodzenia z tego tytułu.”* Zgodzić należy się zatem z twierdzeniem Zamawiającego, iż umowa przewiduje mechanizm zmian, zarówno w zakresie przedmiotowym, jak też wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach co do obu rodzajów robót objętych przedmiotem umowy.

Konkludując, konsekwencją uwzględnienia części zarzutów było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....