

Warszawa dnia 21 maja 2020 r.

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

Zamawiający: **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd**
Dróg Miejskich
ul. Chmielna 120
00-801 Warszawa
email: zzp@zdm.waw.pl
faks: +48 228909211

Odwołujący: **Jakub Borys**
ul. Szpitalna 11,
16-100 Sokółka
reprezentowana przez:
Bartłomieja Ziółkowskiego
CZUBLUN TRĘBICKI
Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Solec 18 lok. U12
00-410 Warszawa
e-mail: b.ziolkowski@cztr.pl

ODWOŁANIE

dotyczy: **postępowania prowadzonego przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie m.st. Warszawy, obejmująca 10 rejonów na terenie dzielnic: Białołęka, Bielany, Mokotów, Ochota, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Śródmieście, Targówek, Ursynów, Wawer, Wesoła, Wilanów, Włochy, Wola, Żoliborz na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych.” Numer referencyjny: ZDM/UM/DZP/38/PN/33/20, (dalej: „Postępowanie”).**

ogłoszenie o zamówieniu: ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 091-217498.

dotyczy: czynności Zamawiającego z dnia 11 maja 2020 r., polegającej na opublikowaniu Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami. Postanowienia SIWZ zostały ukształtowane w sposób niejasny, sprzeczny z przepisami prawa, naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

termin: 11 maja 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazane wyżej czynność w Postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz Jakuba Borysa, dalej: „**Odwołujący**”, lub „**Wykonawca**” (pełnomocnictwo w załączeniu), zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843; dalej: „**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- I. ukształtowaniu treści SIWZ wraz z załącznikami, opublikowanej w Postępowaniu, w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez wprowadzenie w jego treści postanowień niejasnych, nieprecyzyjnych, wewnętrznie sprzecznych oraz brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, . z art. 36 ust. 1 pkt 3)i 16) ustawy PZP;

- II. ukształtowaniu w ramach Rozdziału IV SIWZ opublikowanej w Postępowaniu, treści Wzoru Umowy ZDM/UM/DZP/38/PN/33/20 dla części 1-9 oraz dla części 10 (Rozdział IV SIWZ; dalej: „Umowa”), w sposób nieprecyzyjny, naruszający zasadę równowagi stron zasadę proporcjonalności, oraz zasady współzycia społecznego z nadużyciem prawa podmiotowego

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP, w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 483 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

W związku z naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy PZP, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu, tj. poprzez ich usunięcie lub ich doprecyzowanie zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;
2. dokonanie odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;
3. przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 11 maja 2020 r., tj. w dniu opublikowania Ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie Zamawiającego wraz z SIWZ. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanego SIWZ w szczególności opisu przedmiotu zamówienia i załączników oraz wzoru umowy, Wykonawca może ponieść szkodę, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Wykonawca wykazuje, iż w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych, może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

Na wstępie Odwołujący zaznacza, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, a w konsekwencji przedmiot umowy, w sposób uniemożliwiający złożenie oferty

w Postępowaniu zarówno przez Odwołującego jak i inne zainteresowane podmioty ze względu na jego niejasność, nieprecyzyjność, niejednoznaczność, co uniemożliwia złożenie ważnej oferty, oraz uniemożliwia porównanie złożonych ofert. W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ i załączników do SIWZ powinny zostać zmienione w sposób, o jaki wnioskuje Odwołujący, co umożliwi Odwołującemu złożenie oferty, spowoduje zachowanie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Ad I Niejasny i nieprecyzyjny SIWZ

1) Zgodnie z Załącznikiem nr 10a, Formularzem ofertowym nr 1 CZĘŚĆ 2 poz. 19

W treści SIWZ pkt. 7.2.2.3., Zamawiający, w ramach wymagań sprzętowych wymaga dysponowania dźwigiem lub samochodem typu HDS

Dla części 1-9

1. Samochód pogotowia (osobowy lub van) – 1 szt. - podstawa dysponowania
2. Dźwig lub samochód typu HDS - 1 szt. - podstawa dysponowania
3. Podnośnik koszowy – 1 szt. - podstawa dysponowania
4. Koparka – 1 szt. - podstawa dysponowania

natomiast w formularzu ofertowym w poz. 19, Zamawiający wskazał już tylko dźwig

19	kalkulacja własna	dźwig powyżej 5t (1 szt./rejon) w pełnej dyspozycji w trakcie trwania umowy
----	-------------------	---

Odwołujący wskazuje, że to postanowienie jest niejasne i nieprecyzyjne. Przede wszystkim w ramach wymogu z SIWZ pkt. 7.2.2.3, Zamawiający wskazuje, że Wykonawca może dysponować dźwigiem lub samochodem typu HDS, tymczasem w Formularzu ofertowym wprowadził w tym zakresie jedynie poz. Nr 19 dot. dźwigu powyżej 5t, uniemożliwiając dokonanie wyceny i zaoferowania samochodu typu HDS.

Należy również zauważyć, że wymóg dźwigu powyżej 5t jest wymogiem nieprecyzyjnym, nie sposób bowiem stwierdzić czy wartość: 5 t oznacza masę całkowitą samego dźwigu/samochodu HDS czy udźwig tego dźwigu/samochodu typu HDS.

Odwołujący podkreśla, że wymóg zaoferowania dźwigu/samochodu typu HDS o masie całkowitej 5t byłby wymogiem nadmiernym i niczym nieuzasadnionym, przez co ograniczającym konkurencję. Sprzęt ten jest bowiem używany głównie w pracach demontażu i montażu słupów, a do wykonania tych prac całkowicie wystarczającym jest samochód typu HDS, o tonażu 3 tony (udźwigu, a nie masy całkowitej).

Dodatkowo dźwigiem czy samochodem o zbyt dużym tonażu nie można operować na niektórych nawierzchniach bez ryzyka ich zniszczenia czy uszkodzenia samego dźwigu/samochodu typu HDS (np. w parkach czy na nawierzchniach zabytkowych). Tonaż dźwigu/samochodu typu HDS, ma duży wpływ na cenę wskazaną w ofercie, wobec czego wynajem godzinowy dźwigu powyżej 5t jest znacznie droższy i skutkować będzie dla Zamawiającego wyższą ceną złożonych ofert, a w konsekwencji wyższym kosztem wykonania przedmiotu zamówienia, co nie wpłynie jednak na lepszą jakość świadczonych usług. Dodatkowo gabaryty dźwigu o udźwigu 5t i więcej utrudniają ruch uliczny na tyle że jego prace wykonywano by jedynie nocą, a dyżur konserwacyjny objęty przedmiotowym zamówieniem według założeń ma być świadczony 24 godziny na dobę.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie uzasadnił również dlaczego jego zdaniem dysponowanie dźwigiem czy samochodem typu HDS o masie 5 t, jest niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, a okoliczność ta nie wynika wprost z treści SIWZ. Wykonawca wskazuje, że dla dokonania wymiany słupa maksymalnej przewidzianej w Formularzu Ofertowym nr 2 wadze – 1100 kg, w zupełności wystarczającym jest właśnie samochód typu HDS o udźwigu 3 tony.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o:

- a) usunięcie z poz. 19 Załącznika nr 10a do SIWZ, Formularza ofertowego nr 1 CZĘŚĆ 2 wymogu tonażu w stosunku do zaoferowanego dźwigu/samochodu typu HDS;
lub
- b) zmianę wymogu w zakresie tonażu i ustanowienie wymogu zaoferowanego dźwigu/samochodu typu HDS o udźwigu 3 tony;
lub
- c) doprecyzowanie poz. 19 Załącznika nr 10a do SIWZ, Formularza ofertowego nr 1 CZĘŚĆ 2 poprzez wskazanie w tej pozycji obok dźwigu również samochodu typu HDS .

2) Zgodnie z Załącznikiem nr 10a, Formularzem ofertowy nr 1 CZĘŚĆ 2 poz. 23

Zamawiający oczekuje, że wykonawca dysponował będzie:

23	kalkulacja własna	sprzęt diagnostyczny: pozwalający wykrywać uszkodzenia aparatury elektronicznej i elektrycznej (2 szt.)
----	-------------------	---

Odwołujący wskazuje, że określenie sprzęt diagnostyczny, jest ogólne i niedoprecyzowane i Odwołujący nie może na podstawie tak sformułowanego wymagania przygotować w sposób rzetelny oferty, gdyż brak jest precyzyjnych wytycznych w SIWZ jakim sprzętem diagnostycznym ma dysponować wykonawca.

Należy zauważyć, że pod pojęciem sprzęt diagnostyczny może kryć się zarówno wóz pomiarowy, którego koszt zakupu to milion złotych, lokalizatory przenośne, których koszt zakupu wynosi kilkadziesiąt tysięcy złotych, czy mierniki których koszt wynosi od kilkuset do kilku tysięcy.

Wskazany wymóg w obecnej formie, wymusza na Wykonawcy uwzględnienie ryzyka jego niejasności i ewentualnych żądań Zamawiającego w trakcie wykonywania umowy do zapewnienia np. wozu pomiarowego. Wymaganie dysponowania takim wozem byłoby niczym nieuzasadnione i nadmierne przez co ograniczające konkurencję, ponadto skutkować będzie dla Zamawiającego wyższą ceną złożonych ofert, a w konsekwencji wyższym kosztem wykonania przedmiotu zamówienia, co nie wpłynie jednak na lepszą jakość świadczonych usług.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z jego doświadczeniem, całkowicie wystarczającym do wykonania pomiarów jest w ramach usług objętych przedmiotem zamówienia jest dysponowanie przez Wykonawcę sprzętem diagnostycznym w postaci przenośnego lokalizatora uszkodzeń kabli.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o sprecyzowanie poz. 23 Załącznika nr 10a, Formularza ofertowego nr 1 CZĘŚĆ 2 poprzez doprecyzowanie, że w ramach spełniania tego wymogu Wykonawca powinien dysponować sprzętem diagnostycznym w postaci przenośnego lokalizatora uszkodzeń kabli.

3) Zgodnie z pkt 7.2.2.4 SIWZ

Zamawiający oczekuje, że wykonawca dysponował będzie obiektem do składowania opraw oświetleniowych LED zgodnie z wymaganiami składowania opraw określonymi przez producentów:

1. Zaplecze techniczne (tzw. Baza techniczna) wykonawcy

Wymagania w tym zakresie:

- powierzchnia placu składowego umożliwiającą przechowanie wszystkich pojazdów i narzędzi niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia;
- pomieszczenie socjalne dla pracowników;
- obiekt umożliwiający jednoczesne przechowywanie minimum 500/1000* nowych opraw oświetleniowych w opakowaniach od dostawcy, zgodnie z wymaganiami składowania opraw oświetleniowych LED określonych przez producentów.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zgodnie z jego doświadczeniem, dysponowanie obiektem do składowania opraw, nie jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, i nie zwiększa jakości świadczonych usług. Dysponowanie obiektem do

składowania opraw wprowadza po stronie Zamawiającego i Wykonawcy dodatkowe koszty, zwiększając cenę złożonych ofert, jednocześnie wprowadzając dodatkową odpowiedzialność na Wykonawcy związaną z koniecznością utrzymania obiektu.

Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego dostawy opraw, przy zapewnieniu odpowiednich rozwiązań logistycznych, mogą się odbywać bezpośrednio na terenie budowy od producenta, co zwolniło by Odwołującego z odpowiedzialności za składowanie opraw (w tym za ich uszkodzenie bądź utratę) a Zamawiającego z konieczności kontrolowania sposobu przechowywania opraw.

Należy zauważyć, że wprowadzając dostawy opraw bezpośrednio od producenta, Zamawiający i Wykonawca mieliby również całkowitą pewność, że dostarczone oprawy były przechowywane zgodnie z zaleceniami producenta.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe wykonawca wnosi o usunięcie wymogu z pkt 7.2.2.4. dot. dysponowania obiektem umożliwiającym jednoczesne przechowywanie minimum 500/1000 nowych opraw świetlnych w opakowaniach dostawcy, zgodnie z wymaganiami składowania opraw oświetleniowych LED określonych przez producentów.

4) Zgodnie z pkt 16.2.2. SIWZ

Zamawiający ustanowił następujący sposób obliczania kryterium oceny ofert pn.: „deklarowana przez Wykonawcę liczba wyeksploatowanych słupów oświetleniowych, które wymieni w trakcie obowiązywania umowy na nowe stalowe (ocynkowane) lub aluminiowe, w ramach oferowanej stawki za konserwację (oddzielnie dla każdej części) - *Ws*”:

- 16.2.2. W zakresie kryterium „deklarowana przez Wykonawcę liczba wyeksploatowanych słupów oświetleniowych, które wymieni w trakcie obowiązywania umowy na nowe stalowe (ocynkowane) lub aluminiowe, w ramach oferowanej stawki za konserwację (oddzielnie dla każdej części) - *Ws*” oferta może uzyskać maksymalnie 30 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie zgodnie z formułą:

$$\text{Ws} = \frac{\text{Liczba deklarowana / oferowana dla danej części}}{\text{Liczba maksymalna dla danej części}} \times 30 \text{ pkt}$$

UWAGA:

Maksymalne liczby słupów do wymiany dla poszczególnych części:

Część 1 – 150 słupów

Wykonawca wskazuje, że kryterium to jest niejasne i nieprecyzyjne, co uniemożliwia złożenie Wykonawcy prawidłowej i konkurencyjnej oferty. Zamawiający nie wskazał typu słupów, co

do których kosztów wymiany należy odnieść się na gruncie przedmiotowego kryterium. Nie wiadomo więc czy w ramach przedmiotowego kryterium należy odnieść się do wartości konkretnych słupów czy należy uwzględnić wszystkie typy słupów i uśrednić cenę. Dla przykładu koszt wymiany latarni parkowej jest kilkunastokrotnie niższy niż koszt wymiany 30 metrowego masztu oświetleniowego.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca wnosi o sprecyzowanie przedmiotowego kryterium poprzez przedstawienie dokładnej listy modeli słupów, wraz z podaniem szczegółowych parametrów, które mogą zostać zlecone na wymianę w ramach zadeklarowanej przez potencjalnych wykonawców liczby

5) W Formularzu ofertowym nr 2 – Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ

Zamawiający wskazał, szacowane i wyceniane ilości np. usług wymiany słupów oświetleniowych o masie 720-890 kg betonowych, nie precyzując czy w ramach tych pozycji wykonawcy powinni zawrzeć wszystkie koszty, tj. robocizna, sprzęt i materiały:

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	j.m.	Ilość	Cena jednostkowa netto zł	c.j.R	c.j.M	c.j.S
-----	-----------------	------	------	-------	---------------------------	-------	-------	-------

Należy zauważyć, że z aktualnej treści Formularza ofertowego nr 2 nie wynika, czy Wykonawca składając ofertę ma uwzględnić koszt materiałów, czy nie jest to wymagane, co w zasadzie uniemożliwia złożenie Wykonawcy prawidłowej i skutecznej oferty z odpowiednio skalkulowaną ceną.

Co istotne, jeśli wycena ma uwzględniać koszt materiałów, to w zakresie Formularza ofertowego nr 2 znajduje się wiele pozycji, które cechuje ogromna rozbieżnością cenowa. Wykonawca dla przykładu wskazuje, że zwyczajna latarnia parkowa może kosztować ok. 1000zł, a stylizowane latarnie ze starego miasta niemalże 30 tysięcy za sztukę. Ich ciężar natomiast jest podobny, tym samym wystąpiłyby w zakresie komentowanego załącznika w jednej pozycji. Wykonawca nie ma informacji, czy ewentualną wycenę ma więc uśrednić, a jeśli tak to na podstawie jakich założeń ilościowych.

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że nie ma powodu, by Zamawiający wymagał uwzględnienia kosztów materiałów w formularzach cenowych. Wykonanie przedmiotowego zamówienia w zakresie usług konserwacji może i powinno bowiem polegać na usłudze wymiany/naprawy przy użyciu niezbędnych materiałów zamówionych u producenta w momencie wystąpienia takiej potrzeby. Rozliczenie za koszt materiałów powinno być zależne od faktury zakupu lub dokonywane na podstawie obiektywnego cennika np. miernika np. broszury Sekoncenbud.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca wnosi o:

- a) sprecyzowanie Formularza ofertowego nr 2 – Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ, poprzez wskazanie czy w ramach tego formularza Wykonawca powinien podać koszt materiałów, koniecznych do wykonania wymienionych w nim usług.

ewentualnie

- b) o usunięciu wymogu uwzględnienia w ofercie kosztów koniecznych do wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia i wprowadzenie płatności Zamawiającego za zakupione w celu wykonania przedmiotowych usług materiały, dokonywanych na podstawie faktury zakupu lub dokonywanych na podstawie obiektywnego cennika np. miernika np. broszury Sekoncenbud.

6) Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy pkt 1 lit. f)

Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, w ramach podstawowych czynności konserwacyjnych:

- f) prawidłowe położenie opraw oświetleniowych, pozwalające na zachowanie wystarczającej równomierności oświetlenia.

Natomiast Zamawiający nie przewidział sytuacji, w której zastosowane w chwili zawierania Umowy rozwiązania projektowe na wybranej ulicy, już nie spełniają założeń równomierności, np. w przypadku, w którym po uzyskaniu zamówienia w zakresie danego rejonu z istniejącą już infrastrukturą, po przeprowadzonych przez ZDM pomiarach okaże się, że oświetlenie danej ulicy jest niewystarczające co wynika z nieprawidłowej równomierności, spowodowanej np. zbyt dużą odległością pomiędzy słupami, a inwestycja jest już po okresie gwarancji i rękojmi. W takim wypadku, niejasne jest czy zgodnie z aktualną treścią SIWZ, Zamawiający może żądać od Wykonawcy, w ramach wykonywania podstawowych obowiązków, prawidłowego położenia opraw oświetleniowych, tj. przestawienia słupów, tak by uzyskać odpowiednią równomierność oświetlenia.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca wnosi o usunięcie wymogu określonego w Załączniku nr 1 do Umowy pkt 1 lit. f)

7) Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy pkt 4c

Zamawiający wymaga, by w ramach obsługi konserwatorskiej Wykonawca zapewnił:

- c) całodobowy dostęp właściwego terenowego przedstawiciela Zamawiającego do danych GPS dotyczących aktualnej lokalizacji pojazdów pogotowia oświetlenia ulic.

Tymczasem system GPS lokalizacji pojazdów nie jest wymaganiem sprzętowym w SIWZ. Powstaje więc niejasność, dot. kwestii wymagania przez Zamawiającego dysponowania przez Wykonawców systemem GPS. Wymóg ten jest nieuzasadniony i nadmierny.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca wnosi o usunięcie wymogu określonego w Załączniku nr 1 do umowy pkt 4c.

8) Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy pkt 1 lit. h)

Wykonawca zobowiązany jest między innymi do zapewnienia jednolitego typu wysięgników, opraw itd.:

- h) estetyczny wygląd urządzeń w trakcie obowiązywania umowy, tj.:
 - a. czyste klosze, układy soczewek LED i korpusy,
 - b. pozamykane wnęki słupowe i skrzynki podziału sieci,
 - c. jednolity typ wysięgników, opraw, słupów i źródeł światła w określonym ciągu latarni, o ile geometria drogi nie wymusza innego rozwiązania,
 - d. wypionowane, czyste słupy,

Tymczasem Zamawiający nie przewidział, co w przypadku, gdy elementy te nie są jednolite w momencie zawierania Umowy. Możliwe jest, że na terenie miasta znajdują się dawno nieremontowane ulice z przestarzałą, nieprodukowaną obecnie infrastrukturą, gdzie obecnie występują różne modele i typy infrastruktury zastępczej, a na podstawie treści Umowy, nie sposób stwierdzić czy Wykonawca jest zobowiązany do ich wymiany, również w OPZ nie ma żadnych informacji w jakie działania ma wykonać wykonawca aby zagwarantować jednolitość w tym zakresie.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca wnosi o usunięcie wymogu określonego w Załączniku nr 1 do Umowy pkt 1 lit. h).

9) Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy pkt 5 lit. a)

Wykonawca zobowiązany jest w ramach Umowy, między innymi do wymiany zabrudzonych kloszy i układów soczewek na nowe:

- a) W każdym roku obowiązywania umowy przeprowadzenie czynności mycia kloszy i układów soczewek LED na ulicach wytypowanych przez Zamawiającego do malowania metalowych części urządzeń oświetleniowych (zgodnie z pkt. 5) lit. b) lub innej lokalizacji wskazanej przez Zamawiającego. W przypadku dużego zabrudzenia klosza lub układu soczewek LED uniemożliwiającego jego umycie, Wykonawca wymieni zabrudzone klosze lub układy soczewek na nowe.

Tymczasem Zamawiający nie wskazał, co w przypadku gdy konstrukcja oprawy nie przewiduje wymiany samego klosza lub klosze nie są produkowane, bądź też producent nie prowadzi sprzedaży samych kloszy.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca wnosi o usunięcie z treści postanowienia zawartego w Załączniku nr 1 do Umowy pkt 5 lit. a) ostatniego zdania w brzmieniu: *W przypadku dużego zabrudzenia klosza lub układu soczewek LED uniemożliwiającego jego umycie, Wykonawca wymieni zabrudzone klosze lub układy soczewek na nowe*

10) Zgodnie z Załącznikiem nr 10a do SIWZ, Formularzem ofertowym nr 1 CZĘŚĆ 1 poz. 5.

Zamawiający oczekuje, że w ramach czynności konserwacyjnych Wykonawca wykona:

5	kalkulacja własna	utrzymanie masztów i latarni oświetlenia ulicznego w stanie zapewniającym pełne bezpieczeństwo osób, mienia oraz ruchu pieszego i kołowego - np. stabilność konstrukcji. <u>wypionowanie</u>	szt.	50
---	-------------------	--	------	----

W ocenie Odwołującego treść komentowanej pozycji jest niedoprecyzowana i sformułowana zbyt ogólnie. Niemożliwe jest wykonanie jej prawidłowej wyceny, bowiem zbyt duże jest zróżnicowanie samej infrastruktury oświetleniowej. Wykonawca wskazuje w szczególności, że istnieją gigantyczne różnice cenowe w wypionowaniu ręcznym małej latarni parkowej w gruncie zielonym, a 30 metrowego masztu w asfalcie, gdzie potrzebny jest ciężki sprzęt oraz odpowiednia logistyka, czego Zamawiający w ramach wprowadzonych przez siebie postanowień SIWZ zdaje się nie zauważać.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o sprecyzowanie Załącznika nr 10a do SIWZ, Formularza ofertowego, nr 1 CZĘŚĆ 1 poz. 5. poprzez dokładne wskazanie (z podaniem wszelkich niezbędnych informacji do wyceny, takich jak wysokość, średnica, sposób mocowania w podłożu), jakich i ile konkretnie masztów i latarni oświetlenia ulicznego dotyczy wycena.

11) Zgodnie z Załącznikiem nr 10a do SIWZ, Formularzem ofertowym nr 1 CZĘŚĆ 2 poz. 16 i 17.

Zamawiający oczekuje, że Wykonawca dysponował będzie:

16	kalkulacja własna	samochód osobowy, furgon - min 2 szt./rejon w pełnej dyspozycji w trakcie trwania umowy
17	kalkulacja własna	podnośnik koszowy - min 2 szt./rejon w pełnej dyspozycji w trakcie trwania umowy

Tymczasem wymagania sprzętowe wskazane w powyższym punkcie są większe niż wymagania sprzętowe w SIWZ, Odnosnie podnośników w punkcie 17 Zamawiający oczekuje dysponowania min. 2 podnośnikami na rejon tymczasem w SIWZ Zamawiający sformułował wymóg dysponowania 1 podnośnikiem koszowym, odnośnie samochodu osobowego, furgon, w punkcie 16 Zamawiający oczekuje min. 2, zaś w innym miejscu SIWZ Zamawiający sformułował wymóg dysponowania 1 samochodem:

7.2.2.3. Wykonawca ma do dyspozycji **następujące narzędzia**, wyposażenie zakładu lub urządzenia techniczne:

Lp. - narzędzia, wyposażenie zakładu lub urządzenia techniczne – ilość – podstawa dysponowania:

Dla części 1-9

1. Samochód pogotowia (osobowy lub van) – 1 szt. - podstawa dysponowania
2. Dźwig lub samochód typu HDS - 1 szt. - podstawa dysponowania
3. Podnośnik koszowy – 1 szt. - podstawa dysponowania
4. Koparka – 1 szt. - podstawa dysponowania

Dla części 10

1. Samochód pogotowia (osobowy lub van) – 1 szt. - podstawa dysponowania
2. Dźwig lub samochód typu HDS - 1 szt. - podstawa dysponowania
3. Podnośnik koszowy – 1 szt. - podstawa dysponowania

Zatem istnieje wewnątrz sprzeczność w treści SIWZ odnośnie ilości wymaganych narzędzi, którymi ma dysponować wykonawca. Niezgodność ta powoduje brak możliwości dokonania prawidłowej wyceny oferty.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o jednoznaczne wskazanie dokładnej ilości podnośników koszowych oraz samochodów osobowych, jaką ma dysponować Wykonawca, i ujednolicenie tego wymogu w całej dokumentacji postępowania.

Ad I Uzasadnienie prawne

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy PZP:

Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zacytowany przepis niejako zobowiązuje Zamawiającego do 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.

Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Przy czym należy zauważyć, że braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia nie może usprawiedliwiać stwierdzenie, iż wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka.

Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia, co zdaniem Wykonawcy ma miejsce na gruncie niniejszego Postępowania. W związku z niejasnym i nieprecyzyjnym SIWZ, w zakresie omówionym powyżej, Odwołujący w rzeczywistości nie wie jakim sprzętem powinien dysponować, wymiany jakich elementów/urządzeń powinien się spodziewać, co uniemożliwia mu wyliczenie prawidłowej ceny w ofercie, w tym koszty ewentualnego ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

Wykonawca przypomina, że opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający zobligowany jest przestrzegać podstawowych reguł przewidzianych w ustawie PZP. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie

z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania

i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt XIX Ga 214/08, wskazano:

Z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. wypływa wniosek, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06, który wskazał, iż:

Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Na gruncie Postępowania w przygotowanym SIWZ wraz z załącznikami Zamawiający opisanym w przytoczonym orzecznictwie obowiązkom nie sprostął.

Kolejnym obowiązkiem Zamawiającego związanym z formułowaniem postanowień SIWZ, jest obowiązek przekazania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego wszystkich niezbędnych dla przygotowania oferty i jej prawidłowej wyceny informacji. Co wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO, prezentowanym m. in. w:

a) wyroku KIO z dnia 6 marca 2013 r. sygn. akt 411/13:

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć

wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.

b) wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2741/12:

Przy braku informacji co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie. Wszelkie niezbędne informacje umożliwiające oszacowanie kosztu wykonania zamówienia powinien dostarczyć zamawiający, ponieważ to on jest podmiotem odpowiadającym za opis przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w niniejszym piśmie nieprecyzyjne postanowienia SIWZ, Wykonawca nie może złożyć prawidłowej oferty z odpowiednio skalkulowaną ceną, bowiem nie zna faktycznego zakresu przedmiotu zamówienia oraz wymogów rzeczywiście stawianych przez Zamawiającego.

Wykonawca wskazuje również, że do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego, jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust 2 ustawy PZP, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie Odwołujący podziela pogląd wyrażony w poniżej przytoczonych orzeczeniach:

1) wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-514/08:

fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać

2) wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-254/08:

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógł utrudniać uczciwą konkurencję”, wskazuje iż dla uznania naruszenia ustanowionego powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.

Odwołujący przyznaje, że Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia dostosowanego do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji poprzez stawianie nadmiernych i nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego warunków, które w nieuzasadniony sposób ograniczają Odwołującemu możliwość złożenia oferty w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał dokonania należytego opisu przedmiotu zamówienia, czym narusza art. 29 ustawy PZP, a dodatkowo sformułował postanowienia umowy oraz SIWZ w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i nie zapewnia równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ustawy PZP.

Ad II Nieprecyzyjna, jednostronna i naruszająca zasadę równowagi stron Umowa

1) Zgodnie z §3 pkt 2 Umowy

Wynagrodzenie podstawowe oblicza się na podstawie Załącznika nr 1 do Umowy, pkt 1,2,4,5:

§ 3

1. Łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy, obejmująca realizację wszystkich czynności opisanych w **Załączniku nr 1 do niniejszej Umowy oraz § 1 ust. 4 niniejszej umowy**, nie będzie wyższa niż:
 - netto zł słownie:
 - VAT %
 - brutto zł słownie: - **wartość Umowy.**
2. Łączna wartość wynagrodzenia podstawowego Wykonawcy, obejmująca realizację wszystkich czynności opisanych w **Załączniku nr 1 do niniejszej Umowy w punktach 1, 2, 4 i 5** w okresie obowiązywania Umowy, o którym jest mowa w § 2 Umowy wyniesie:
 - netto zł słownie:
 - VAT %
 - brutto zł słownie:

Jednak zakres obowiązków wymienionych w Załączniku nr 1 do Umowy, nie pokrywa się jednoznacznie z Załącznikiem nr 10a, Formularzem cenowym nr 1.

Tym samym Odwołujący nie wie czy sumaryczna kwota jaką poda w ostatniej kolumnie formularza cenowego nr 1 (RAZEM CZĘŚĆ 1 + CZĘŚĆ 2) będzie stanowić wynagrodzenie podstawowe z Umowy (wypłacane w stałych miesięcznych transzach).

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe wykonawca wnosi o zmianę treści §3 wzoru umowy poprzez precyzyjne określenie postanowień dotyczących wynagrodzenia wykonawcy.

2) Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy pkt 1 d)

Wykonawca zobowiązany jest do:

- d) uruchomienie w czasie maksymalnym 3 h od chwili otrzymania zgłoszenia, ciemnego ciągu opraw, wraz ze zwrotnym potwierdzeniem uruchomienia do Pogotowia Drogowego Zamawiającego i/lub Systemu Zdalnego Powiadamiania o Awariach. Usunięcie awarii powodującej zaciemnienie ciągu opraw musi zostać wykonane w czasie określonym w pkt. 3) lit. a) - d) - zależnie od przyczyny.

Przy czym Zamawiający przewidział za niewykonanie tego zobowiązania następującego kary umowne:

- 1) za każdy odnotowany w Pogotowiu Drogowym Zamawiającego przypadek niedopełnienia obowiązków wynikających z Załącznika nr 1 pkt. 2) lit. d) zdanie 1 Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 1000 zł.
- 2) za każdą zakończoną godzinę opóźnienia czynności wynikających z Załącznika nr 1 pkt. 2) lit. d) zdanie 1, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 500 zł, liczone dla każdej nieprawidłowości i urządzenia osobno. Kara umowna w z pkt 2) może być naliczana niezależnie od kary umownej z pkt 1

Wykonawca stoi na stanowisku, że wskazane kary umowne, są w znacznym stopniu zawyżone. Kary umowne naliczane od każdej nieprawidłowości, liczone za każdą zakończoną godzinę opóźnienia, a więc również niezawinionego niewykonania umowy w terminie, podlegające kumulacji, wprowadzają ryzyko braku opłacalności wykonania przedmiotu zamówienia.

Przyjmując, że wykonawca opóźni się z wykonaniem obowiązków wynikających z Załącznika nr 1 pkt lit. d) zdanie 1, tj. z uruchomieniem w czasie maks. 3 h od chwili otrzymania zgłoszenia, ciemnego ciągu opraw, o 12 godziny, to będzie zobowiązany do zapłaty kwoty 6 tysięcy złotych, a byłoby to tylko jedno naruszenie i pojedyncza kara.

Należy zwrócić uwagę, że czas trwania umowy to 36 miesięcy. W tym okresie ewentualnych naruszeń i opóźnień może nastąpić co najmniej kilka, co sprawi, że wykonanie zamówienia będzie całkowicie nieopłacalne.

Odwołujący zauważa również, że obowiązek zapłaty kar umownych zastrzeżone za opóźnienie aktualizuje się również w przypadku nie zawinionego niewykonania zobowiązania w terminie, a więc zgodnie z aktualnym brzmieniem komentowanych postanowień Umowy, Zamawiający może domagać się zapłaty kar umownych w przypadku opóźnienia w naprawie opraw wynikającego z działania osób trzecich, np. podjętej na terenie, na którym usytuowano oprawy, naprawy kanalizacji i związanym z nią brakiem możliwości wejścia na ten teren.

Wykonawca wskazuje ponadto, że w przypadku napraw związanych z koniecznością lokalizacji i usunięcia zwarcia, które trwają kilka dni, nie ma możliwości wykonania naprawy we wskazanym przez Zamawiającego terminie.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca wnosi o zmianę Załącznika nr 2 do Umowy pkt 1 d):

- a) poprzez zmniejszenie kary umownej z pkt 1 do kwoty: 500zł ;
- b) oraz zmniejszenie kary umownej z pkt 2 do kwoty 500 zł i zmianę zasad jej naliczania, poprzez wprowadzenie w miejsce kary umownej za opóźnienie kary umownej za zwłokę (zawinione opóźnienie) naliczanej od zawinionego niewykonania w terminie naprawy wynikającej ze zgłoszenia potrzeby wykonania czynności wynikających z Załącznika nr 1 pkt 2, lit. d, zdanie 1, a nie od poszczególnych elementów infrastruktury, których naprawę obejmować będzie zgłoszenie.

Wniosek: Wykonawca wnosi również o zmianę komentowanych postanowień poprzez wprowadzenie w ich treści kary umownej za zwłokę, w miejsce kary umownej za opóźnienie.

3) Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy pkt 1 g)

Wykonawca zobowiązany jest do:

- g) wymianę, naprawę lub uzupełnienie w ciągu 24 h od chwili zgłoszenia, opraw oświetleniowych, tabliczek bezpiecznikowych, wymiana źródeł światła, gdy uległy one uszkodzeniu wskutek czynników losowych (np. w wypadku drogowym), wskutek wyeksploatowania, wandalizmu lub kradzieży, wraz ze zwrotnym potwierdzeniem uruchomienia do Pogotowia Drogowego Zamawiającego i/lub Systemu Zdalnego Powiadamiania o Awariach.

Przy czym Zamawiający przewidział za niewykonanie tego zobowiązania następujące kary umowne:

za każdą odnotowaną w Pogotowiu Drogowym Zamawiającego rozpoczętą dobę opóźnienia czynności wynikających z Załącznika nr 1 pkt. 3) lit. g) Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 500 zł.

Odwołujący wskazuje, że kara ta jest rażąco wygórowana, a jej naliczenie w niektórych przypadkach będzie stanowić nadużycie prawa podmiotowego.

W ramach Umowy Wykonawca być może będzie musiał dokonać wymiany opraw o charakterze nietypowym, który nie można uzyskać od ręki, czy opraw w ogóle nieprodukowanych. W takich okolicznościach biorąc pod uwagę treść cytowanego postanowienia Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej za niewykonanie zobowiązania

w terminie 24 h, chociaż nie tylko nie ponosiłby za to opóźnienie winy, ale w zasadzie nie miałby możliwości wykonać wymiany w terminie, np. z powodu konieczności oczekiwania na wyprodukowanie oprawy na zamówienie.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca wnosi o zmianę Załącznika nr 2 do Umowy pkt 1 g), poprzez zmniejszenie kary umownej z pkt 1 do kwoty: 200 zł

Wniosek: Wykonawca wnosi również zmianę komentowanego postanowienia poprzez wprowadzenie w ich treści kary umownej za zwłokę, w miejsce kary umownej za opóźnienie.

4) Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do Umowy, pkt 4 f:

Wykonawca zobowiązany jest do:

- f) Wymiana wyeksploatowanych opraw oświetleniowych na nowe w technologii LED, zgodnie z postanowieniami § 10 umowy część 1-9. .

Przy czym Zamawiający przewidział za niewykonanie tego zobowiązania następującego kary umowne:

za każdy potwierdzony przez przedstawiciela Zamawiającego dokumentacją fotograficzną przypadek przechowywania nowych opraw oświetleniowych LED dostarczonych przez Zamawiającego w sposób nieodpowiedni, tj. niezgodnie z warunkami magazynowania określonymi przez producenta, Zamawiający naliczy karę w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek.

za każdą rozpoczętą dobę opóźnienia w realizacji wymiany opraw w odniesieniu do harmonogramu przekazanego przez Zamawiającego zostanie naliczona kara w wysokości 1 000 zł.

za każdy przypadek niezapewnienia wywozu starych opraw do miejsca składowania wskazanego przez Zamawiającego zostanie naliczona kara w wysokości 100 zł za każdą oprawę.

Wykonawca wskazuje, że sformułowanie: „za każdy przypadek” jest nieprecyzyjne, bowiem nie sposób stwierdzić, czy Zamawiający ma na myśli daną partię dostawy (pojedynczy protokół odbioru opraw zgodny z Załącznikiem nr 6 do umowy), czy pojedynczą źle składowaną oprawę.

Ponadto ani z treści SIWZ, ani z postanowień Umowy nie wynika jakie miejsce składowania wskaże zamawiający, co uniemożliwia Wykonawcy obliczenie kosztów wywozu.

Należy również zauważyć, że w treści SIWZ ani Umowy, nie dookreślono, jakim trybem zamawiający potwierdzi fotograficznie nieprawidłowości. W dokumentacji postępowania nie wskazano czy przewidywane są kontrole magazynowania opraw, a jeśli tak to jaka będzie planowana procedura i przebieg kontroli.

Odwołujący wskazuje że kara umowna w wysokości 10 000 zł, jest rażąco wygórowana. Biorąc pod uwagę wskazane wyżej niejasności, każdy przypadek nieprawidłowego składowania choćby jednej oprawy oświetleniowej może skutkować naliczeniem kary, a w okresie czasu

trwania umowy (36 miesięcy), takich nieprawidłowości, nawet przy zachowaniu należytej staranności może się zdarzyć, co najmniej kilka.

Odwołując wskazuje, że na gruncie komentowanych postanowień ma również zastosowanie argumentacja z pkt. 5 i 6 powyżej dotycząca naliczania kar umownych za opóźnienie.

Wniosek: Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca wnosi o zmianę Załącznikiem nr 4 do Umowy, pkt 4 f, poprzez zmniejszenie kary umownej z pkt 1 do kwoty: 1000 zł.

Wniosek: Wykonawca wnosi również zmianę komentowanego postanowienia poprzez wprowadzenie w ich treści kary umownej za zwłokę, w miejsce kary umownej za opóźnienie.

Ad II Uzasadnienie Prawne

Odwołujący wskazuje, że określenie treści SIWZ wraz z załącznikami, w tym w szczególności z treścią umowy w sprawie zamówienia, która zostanie podpisana z wybranym wykonawcą jest jednym z uprawnień Zamawiającego wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP.

Odwołujący przypomina, że Zamawiający nie może czynić z powyższego uprawnienia użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego nie może być uznane za wykonywanie prawa, i nie powinno korzystać z ochrony.

Wykonawca zwraca uwagę, że zgodnie z orzecznictwem KIO zarówno zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący jak i sformułowanie wzoru umowy w sposób niejasny i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, uniemożliwia rzetelną wycenę oferty. Przykładem orzeczenia KIO, które potwierdza powyższy pogląd jest wyrok KIO z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15 w którym Izba uznała, że:

Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

(...)

Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie zamawiającego jest działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Klauzule takie są pośrednią aprobatą nieprofesjonalnego działania zamawiającego i próbą ubezpieczenia kosztem wykonawcy własnych zaniechań czy też zaniedbań. Powoływanie się na bliżej niezdefiniowany interes publiczny przez zamawiającego nie jest żadnym uzasadnieniem wprowadzenia takich klauzul do umów o realizację zamówienia publicznego. Interes publiczny wymaga od zamawiającego starannego działania, przygotowania właściwych i prawidłowych dokumentów niezbędnych do uzyskania koniecznych pozwoleń i decyzji, podejmowania współpracy z wykonawcą w celu wyeliminowania opóźnień, nie zaś jednostronnego formułowania postanowień umowy, które obarczają wykonawcę zaniechaniami i nieprawidłowym działaniami zamawiającego.

Zasady uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej wyrażają się w tym, że podział ryzyka związanego z ewentualnym zawieszeniem prac budowlanych winien być skorelowany ze źródłem zawieszenia. O ile zasadnym może być przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za zawieszenie robót spowodowane działaniem lub zaniechaniem samego wykonawcy lub osób trzecich, to w kontekście umowy o realizację zamówienia publicznego obarczenie wykonawcy skutkami działań i zaniechań zamawiającego nie może się ostać. Celem bowiem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Obarczenie zaś wykonawcy konsekwencjami zaniechań i działań zamawiającego nie służy powyższemu celowi w żaden sposób. Jest wyłącznie próbą niezasadnego obarczenia wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że chociaż co do zasady naliczanie kar umownych jest powszechnie stosowanym mechanizmem ochrony, to jednak wysokość i sposób naliczania kar umownych musi być zgodny z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym, tym samym kary umowne nie mogą być rażąco wygórowane, godnie z art. 484 § 2 kc.

Podkreślić trzeba, że przygotowane przez Zamawiającego postanowienia Umowy w zakresie kar umownych naruszają zasadę równości stron umowy i przepisy Kodeksu Cywilnego w zakresie zasad współżycia społecznego i słuszności kontraktowej, na co wskazuje wprost cytowane niżej orzecznictwo, prezentowane między innymi w wyroku:

z dnia 31 października 2017 r., Sygn. akt: KIO 2163/17:

Okoliczność, że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający - wykonawca). W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c. zgodnie z którym jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.

W ocenie Izby odwołujący zasadnie podniósł argumentację co do naruszenia postanowieniami § 9 wzoru umowy w zakresie kar umownych na zasadzie opóźnienia a nie zwłoki postanowienia art. 3531 kodeksu cywilnego. Zgodnie z przywołanym artykułem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

W tym kontekście obciążanie wykonawcy na zasadzie opóźnienia obarcza z jednej strony jego działalność nadmiernym ryzykiem a z drugiej strony zamawiającego naraża na dodatkowe koszty wynikające z potrzeby ubezpieczenia tych ryzyk przez wykonawcę.

W kwestii rażąco wygórowanych kar umownych KIO zajęło stanowisko w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r., Sygn. akt: KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17:

Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być "rażąco wygórowana" już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane

i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt KIO 892/15, gdzie stwierdziła:

Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie, czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia zarówno wzajemności lub odpowiedniości uprawnień.

Dodatkowo należy wskazać, iż Zamawiający nie ma całkowitej swobody w kształtowaniu wzoru umowy, powinien w tym zakresie kierować się zasadami określonymi w Kodeksie Cywilnym. Takie stanowisko KIO zajęła m.in. w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt 2649/11:

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 3531 Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub nie zawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Pzp. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą

być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Zaproponowane przez Zamawiającego zapisy § 1 oraz § 3 wzoru umowy pozostawiają Zamawiającemu sporą uznaniowość w zakresie realizowanego w przyszłości zamówienia stoją tym samym w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych oraz w swych skutkach doprowadzić mogą do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący wskazuje również, że, zastrzeżenie kar umownych, których wielkość może wielokrotnie przekraczać wynagrodzenie wykonawcy nawet w sytuacji gdy druga strona nie poniosła z tego powodu strat, została uznana w licznych orzeczeniach sądów powszechnych, za działanie niezgodne z prawem i zasadami współżycia społecznego.

Zdaniem odwołującego taki właśnie stosunek wielkości możliwych kar umownych do wynagrodzenia wynika z postanowień Umowy w aktualnej treści.

W ocenie Wykonawcy wskazane we wcześniejszej części odwołania postanowienia wzoru umowy i załączników poza licznymi naruszeniami przepisów ustawy PZP, naruszają także podstawowe zasady prawa cywilnego, takie jak zasadę swobody umów i zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, a także stanowią nadużycie prawa podmiotowego.

Dodatkowo, poprzez brak doprecyzowania postanowień umowy, Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiadają precyzyjnych informacji. Konsekwencją takiej sytuacji będzie uzyskanie przez Zamawiającego zamówienia za kwotę znacznie wyższą (ponieważ obejmującą wiele niesprecyzowanych elementów i ryzyk wymagających podwyższenia ceny oferty), niż ta, za którą mógłby uzyskać zamówienie przygotowując jednoznaczną i pozbawioną nieścisłości dokumentację Postępowania, a w skrajnym przypadku brak ofert.

W zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że szereg zarzutów dotyczących wzoru umowy i załączników wskazanych wyżej w odwołaniu potwierdza działanie Zamawiającego niezgodne z ustawą PZP oraz przepisami kodeksu cywilnego.

Odwołujący podkreśla, że co do zasady zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak formułując wzór umowy nie może zapominać o zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc i art. 5 kc.

W przywoływanym już wyroku KIO dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15 Izba zauważyła, że zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z 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.

Dalej Izba uznała, iż szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie, czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia zarówno wzajemności lub odpowiedniości uprawnień – rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień – jak i proporcjonalności uprawnień, czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.

Mając na uwadze powyższe 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 zamawiający nie może korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążyących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

Odwołujący ponownie wskazuje na fakt, że Zamawiający (pomimo iż jest dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia) nie został przez ustawodawcę wyposażony w kompetencję do stosowania pełnej dowolności przy ustalaniu treści dokumentacji

postępowań, w tym w szczególności istotnych postanowień umowy, które to powinny być zgodne z ustawą PZP, ale również z innym powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jak np. z KC. Powyższe potwierdza także stanowisko doktryny - jak wskazuje Małgorzata Stachowiak (Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*. Komentarz, wyd. V, LEX 2012):

Należy podkreślić, że przy kształtowaniu zapisów umowy zamawiający powinien pamiętać o ekwiwalencji świadczeń, jak też o niewprowadzaniu zapisów naruszających uczciwą konkurencję. W przeciwnym wypadku narusza jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.

Na konieczność kształtowania przez zamawiających postanowień umowy zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego, wskazuje również liczne orzecznictwo KIO, między innymi w wyroku KIO z 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1758/11:

Wzór umowy musi zostać opracowany jednoznacznie, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). (...) Przepis ten, a także inne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dają zamawiającemu uprawnień do dowolnego formułowania postanowień wzoru umowy, a następnie negocjowania tych postanowień czy precyzowania ich znaczenia.

Cywilistyczny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego nie zezwala zatem Zamawiającemu na kształtowanie jej treści z przekroczeniem granicy swobody umów zawartych w art. 353 KC.

Przenosząc powyższe tezy na grunt Postępowania nie ulega wątpliwości, że Zamawiający naruszył zasady konstruowania umów, w szczególności równowagi stron poprzez wprowadzenie kar umownych, których przesłanki naliczania są bliżej niesprecyzowane, co prowadzi do wniosku, że postanowienia te należy albo doprecyzować albo usunąć ze wzoru Umowy.

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem zasługuje na uwzględnienie.

W wykonaniu dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana jednocześnie Zamawiającemu.

Wpis w kwocie 15.000,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

w imieniu Odwołującego:

Bartłomiej Ziółkowski

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania;
2. opłata skarbową;
3. dowód uiszczenia wpisu – 15000,00 zł na rachunek UZP;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.¹

¹ dot. kopii przekazywanej do Prezesa UZP