

**WYROK**

**z dnia 26 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2013 r.

przez wykonawcę: **J..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J..... W..... Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, Bytom**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zimowe oczyszczanie i utrzymanie czystości na terenie miasta Jaworzna z podziałem na dwa rejony* (nr postępowania SA.271-13/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, Jaworzno**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez dopuszczenie wykazania się należytych wykonaniem usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, polegającym na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego o wartości nie mniejszej niż 1 300 000 zł brutto, przy czym usługi te nie muszą wynikać z jednej umowy, lecz z większej liczby umów.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego:**

**J..... W..... Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych z Bytomia** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **zamawiającego: Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie** na rzecz **odwołującego: J..... W..... Zakładu Usługowego Konserwacji Terenów Zielonych z Bytomia** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zimowe oczyszczanie i utrzymanie czystości na terenie miasta Jaworzna z podziałem na dwa rejonu* (nr postępowania SA.271-13/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2013/S 068-113479 z 6 kwietnia 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.mzdim.jaworzno.pl](http://www.mzdim.jaworzno.pl)), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

16 kwietnia 2013 r. (pismem z tej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia J..... W..... Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych z Bytomia (dalej zwany „Odwołującym”), zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp (lub aktów wykonawczych):

1. Art. 22 ust. 4 – przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
2. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 36 ust 1 pkt 14 oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817; dalej zwane „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”) – przez zażądanie od wykonawców złożenia dokumentów, które nie są niezbędne do realizacji zamówienia.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

4. *innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w ogłoszeniu i SIWZ:

1. W pkt III.2.1) ppkt III.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 1.2) SIWZ – zmianę sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w ten sposób, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający wymaga, aby: *Wykonawca wykazał się należytych wykonaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi lub usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia polegającej na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 300 zł brutto oraz doręczył dokument potwierdzający jej należyte wykonanie (...). Przez usługę Zamawiający rozumie świadczenie, które było lub jest realizowane w ramach jednej lub wielu umów. W przypadku usług wykonywanych – doświadczeniem wykonawcy są usługi zrealizowane w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, do daty składania ofert w niniejszym postępowaniu. Wykonawca podaje wartość wykonanej usługi w ramach wykonywanej umowy, a nie łączną wartość umowy.*
2. Dopuszczanie możliwości korzystania przez wykonawcę z niezadaszonych magazynów tymczasowych, wykreślenie wymogu, aby magazyn do przechowywania soli drogowej był zadaszony oraz dopuszczenie możliwości dysponowania przez wykonawcę magazynem położonym w odległości nie większej niż 50 km, licząc od granic miasta Jaworzna.
3. Wykreślenie z treści SIWZ (załącznika nr 12 do *Umowy na usługę zimowego oczyszczania i utrzymania*) obowiązku dostarczenia Zamawiającemu potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii aktu własności lub umowy najmu, dzierżawy ww. obiektów.

Odwołujący podał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający winien kierować się celem, jakiego zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować

uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Odwołujący przywołał w tym zakresie następujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- uchwałę z 22 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 83/10): *Przed wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.*
- wyrok z 24 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1947/10): *Izba podkreśla, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakiemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.*

Według Odwołującego z przywołanego powyżej orzecznictwa wynika, że warunki udziału w postępowaniu powinny być tak postawione, aby wykonawca wybrany na podstawie warunków dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Jednocześnie, nie mogą one ograniczać konkurencyjności postępowania – cechy istotnej z punktu widzenia funkcjonowania całego systemu zamówień publicznych. Liczne regulacje ustawy, łącznie z naczelną zasadą wyrażoną w art. 7 pzp, ukazują wagę jaką ustawodawca (krajowy, jak również wspólnotowy), przywiązuje do zapewnienia jak najbardziej otwartego charakteru prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego warunki w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym określone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zostały określone w sposób nadmierny i nieadekwatny do powyższego wymogu.

Na konieczność wykazania związku postanowionego warunku udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania jego oceny z przedmiotem zamówienia i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego przywołano w odwołaniu następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z 6 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1814/10): *Sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – ma urzeczywistnić i zapewnić jego przebieg z poszanowaniem podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis warunków udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, nie może eliminować, czy ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Potencjał wykonawcy ma być odnoszony do przedmiotu zamówienia, skoro stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, winien pozostawać proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oraz być związany z przedmiotem zamówienia. (...) Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu. Wymagania Zamawiającego, w stosunku do których Izba uwzględniła zarzuty odwołania, należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i wykraczające poza konieczność osiągnięcia zamierzonego celu w postaci należytego wykonania zamówienia. Ponieważ Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie przedstawił przekonującego uzasadnienia dla określonego w ogłoszeniu o zamówieniu poziomu wymagań, skład orzekający Izby stwierdził, że wymogi te zostały określone w sposób dowolny i uznaniowy.*
- wyrok z 10 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 517/08): *Celem procedury zamówień publicznych jest wyłonienie wykonawcy, który w postępowaniu złoży najkorzystniejszą ofertę i jest zdolny do wykonania zamówienia. Realizacji tego celu służy możliwość ustalenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający precyzując normę o charakterze blankietowym zawartą w art. 22 ust. 1 Pzp wskazuje, jakie warunki uznana za wystarczające dla zapewnienia wykonania zamówienia z należytą starannością. W celu weryfikacji spełniania ustalonych przez siebie warunków Zamawiający żąda oświadczeń i dokumentów na ich potwierdzenie. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą naruszać zasady równości i uczciwej konkurencji.*

*Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

I. zarzut przeciwko warunkowi udziału dotyczącemu wiedzy i doświadczenia

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne. W pkt III.2.1) ppkt III.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 1.2) SIWZ Zamawiający określił, że w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, wymaga aby wykonawca wykazał się *należyтым wykonaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia polegającej na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego o wartości nie mniejszej niż 1 300 000 zł brutto oraz doręczył dokument potwierdzający jej należyte wykonanie (...). Przez jedna usługę Zamawiający rozumie świadczenie, które było lub jest realizowane w ramach jednej umowy. W przypadku usług wykonywanych – doświadczeniem wykonawcy są usługi zrealizowane w okresie ostatnich 3 lat przed upływem termin składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, do daty składania ofert w niniejszym postępowaniu. Wykonawca podaje wartość wykonanej usługi w ramach wykonywanej umowy, a nie łączną wartość umowy.*

W ocenie Odwołującego opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w powyższy sposób stanowi nieuzasadnione specyfiką zamówienia ograniczenie konkurencyjności postępowania. Wskazanie, że wykonawca może wykazać się doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji tylko jednej usługi, i dodatkowo, realizowanej w ramach jednej umowy, zawęża krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Eliminuje wykonawców, którzy dysponują odpowiednim potencjałem wiedzy i doświadczenia nabytym poprzez realizowanie usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i spełniających wymogi w zakresie wartości, zakresu i czasu realizacji.

Odwołujący podniósł, że w szczególności warunek w tej postaci uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy realizowali zadanie odpowiadające wskazanym wymogom, jednak na podstawie kilku odrębnych umów. Zdaniem Odwołującego fakt objęcia zadania zimowego oczyszczania i utrzymania czystości miasta kilkoma odrębnymi umowami ma charakter czysto techniczny, może wynikać z różnych okoliczności prawno-formalnych, w żaden sposób jednak nie wpływa na zakres czy poziom doświadczenia uzyskanego w ramach realizacji danej usługi. W opinii Odwołującego brak istotności z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu objęcia zakresu czynności jedną lub wieloma

umowami znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, przy czym w odwołaniu przywołano następujące orzeczenia:

- ponownie wyrok z 10 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 517/08): *W badanym postępowaniu Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego się, iż roboty budowlane pozwalające na uznanie, iż wykonawca posiada niezbędne doświadczenie powinny być wykonane na podstawie jednej umowy i fakt, iż wykonawca KURNATOWSKI zrealizował roboty budowlane o wymazanej przez Zamawiającego wartości na odstawie kilku stosunków cywilno-prawnych skutkuje brakiem wymaganego doświadczenia. (...) Skoro wszystkie kolejno zawierane umowy były realizowane przez wykonawcę KURNATOWSKI z należyta starannością i zawierały prace o charakterze termomodernizacyjnym, co potwierdzone zostało w referencjach, to nie ma podstaw do przyjęcia, że przy ich realizacji nie nabył wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.*
- wyrok z 4 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 653/09): *Podstawowa bowiem kwestia jest ocena możliwości podjęcia się przez wykonawcę realizacji zamówienia, przede wszystkim zakresu rzeczowego, z uwiarygodnieniem, iż jest zdolny należycie i terminowo wykonać roboty, a nie to czy zadanie referencyjne było finansowane w ramach jednej umowy, czy też na kontrakt składało się kilka umów realizacyjnych. Sposób zlecenia, prowadzenia robót (etapowania) i ich finansowania, a szczególności obiektów przemysłowych o długoletnim okresie realizacji, z reguły leży w gestii zamawiających, co pozostaje poza sferą wpływu wykonawcy. (...) W myśl ugruntowanych poglądów doktryny i orzecznictwa np. wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 517/08 i KIO/UZP 561/08, doświadczenie wykonawcy to wprawa, umiejętności zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, niezależnie od tego czy były one wykonywane w ramach jednego czy kilku kontraktów. Sam fakt, że istnieją wykonawcy, którzy są w stanie spełnić warunki ustalone przez zamawiającego odnośnie przedstawienia odpowiedniej roboty budowlanej wykonanej na podstawie jednego kontraktu, nie przesadza o prawidłowości tych kryteriów oceny spełnienia warunków udziału w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał, iż są one niezbędne dla przedmiotowego postępowania.*

Zdaniem Odwołującego podkreślić należy, że istotą wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jest zapewnienie, że wykonawca ubiegający się o zamówienie dysponuje wystarczającymi umiejętnościami, zarówno na poziomie technicznym – daje rękojmię realizacji zamówienia



obejmującego dany poziom trudności i skomplikowania, jak i o charakterze organizacyjnym – dysponuje potencjałem umożliwiającym mu realizację przedsięwzięcia o danej skali. W ocenie Odwołującego dla oceny posiadania przez wykonawcę powyższych umiejętności w stopniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia nie jest konieczne wykazywanie się posiadaniem wiedzy i doświadczenia nabytego w ramach wykonywania jednej usługi. Wprowadzenie takiego ograniczenia uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy nabyli wymaganą wiedzę i doświadczenie realizując równolegle kilka zadań dla tego samego zamawiającego lub różnych zamawiających, spełniających wymagania postawione przez Zamawiającego co do zakresu czasowego i rodzaju usług, oraz łącznie – w zakresie minimalnej wartości wykonanych usług. Zdaniem Odwołującego dla wykazania posiadania przez wykonawców potencjału odpowiedniego do realizacji przedmiotu zamówienia o danej skali i trudności wystarczające jest wykazanie się realizacją nie tylko jednej usługi, ale również kilku usług, które – będąc realizowane równolegle (w jednym sezonie) i obejmując podobny do przedmiotu zamówienia zakres zadań – łącznie posiadają co najmniej wartość wskazaną przez Zamawiającego jako minimalną. Według Odwołującego realizacja kilku usług polegających na zimowym oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta w tym samym sezonie oznacza, że wykonawca dysponuje potencjałem wiedzy i doświadczenia wystarczającym (o ile nawet nie większym, szczególnie na poziomie organizacyjnym) do zrealizowania jednej usługi odpowiadającej swoją wartością i zakresem sumie wartości i zakresów poszczególnych usług. W ocenie Odwołującego o ile postawienie wymagań dotyczących wartości, okresu realizacji i zakresu czynności charakteryzujących usługi wskazywane w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu stanowi uprawnienie Zamawiającego, o tyle ograniczenie możliwości wykazywania się wiedzą i doświadczeniem do realizacji tylko jednej usługi o tych parametrach nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia. Ograniczenie takie nie służy wyłonieniu wykonawców dających w większym stopniu rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nie wynika z uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego, natomiast istotnie ogranicza konkurencyjność postępowania i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dotyczy w tym przypadku szczególnie podmiotów ubiegających się wspólnie o realizację zamówienia na podstawie art. 23 pzp. Przewidziana w ustawie możliwość łączenia potencjałów i odpowiedzialności za realizację zamówienia poprzez utworzenie konsorcjum wykonawców wspólnie biorących udział w postępowaniu, oznacza, że Zamawiający kształtując warunki udziału w postępowaniu jest zobowiązany do równego

traktowania wszystkich wykonawców biorących w nim udział, bez różnicy czy podmioty te występują w postępowaniu indywidualnie czy w formie konsorcjum. Odwołujący stwierdził, że wyraźnie potwierdza to m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 2765/11): *art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 PrZamPubl, w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 PrZamPubl, dopuszczalnym jest co do zasady wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia, za którą wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie (art. 141 PrZamPubl). Dlatego też i potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu.* Odwołujący kontynuując wywód wskazał, że ukształtowanie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunku udziału w postępowaniu przez ograniczenie możliwości wykazania się zdobytymi wiedzą i doświadczeniem do świadczeń wykonanych w ramach realizacji tylko jednej usługi, wyklucza możliwość udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w celu realizacji przedmiotu zamówienia zamierzają połączyć swoje potencjały. Stanowi to naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz stawia bariery w ubieganiu się o uzyskanie zamówienia dla wykonawców zdolnych do jego realizacji. Odwołujący powołał się w tym zakresie ponownie na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 83/10): *Należy podkreślić, że zasadą wykonawców konsorcjalnych jest łączenie ich doświadczeń zawodowych. Żądanie przez zamawiającego, aby jeden z wykonawców występujących wspólnie wykonał żądaną ilość usług o podobnym charakterze jest całkowicie bezzasadne. Zamawiający ma obowiązek, w przypadku podmiotów występujących wspólnie, sumować potencjał techniczny, a także doświadczenie wykonawców występujących wspólnie. Wymogi określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą spełniać wspólnie tak, jakby byli jednym wykonawcą. Potencjał wiedzy, doświadczenia i potencjał ekonomiczny określone w art. 22 ust. 1 mogą się wzajemnie uzupełniać, tworząc całość odpowiadającą wymogom zamówienia. Mimo lakoniczności przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy), jest rzeczą naturalną, że doświadczenie wykonawców – uczestników konsorcjum oceniane jest łącznie na podstawie doświadczenia członków konsorcjum. Wynika to z istoty i celu przepisu, który umożliwia podmiotom, które nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, skorzystać z możliwości złożenia wspólnej oferty z jednoczesnym legitymowaniem się wiedzą, doświadczeniem oraz dysponowaniem wymaganym potencjałem technicznym i osobowym ocenianym łącznie.*

Odwołujący podsumował, że postanowione przez Zamawiającego ograniczenie możliwości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu ma charakter dowolny i uznaniowy, a Zamawiający dopuścił się w ten sposób naruszenia zasady konkurencyjności postępowania i równego traktowania wykonawców, gdyż w nieuzasadniony sposób preferuje wąskie grono wykonawców, którzy nabyli wymaganą wiedzę i doświadczenie realizując jedną usługę w ramach jednego kontraktu.

#### II. zarzut przeciwko warunkowi udziału dotyczącego potencjału technicznego

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne. Zgodnie z pkt III.2.3) ppkt 3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem V ust. 1 pkt 3) lit. p) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj. Zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował m.in.: *Magazyn (zgodnie z załącznikiem nr 12 do projektu umowy) – 1 szt.*

– *znajdujący się w granicach administracyjnych miasta Jaworzna lub w odległości do 6 km, licząc od granic miasta Jaworzna;*

– *zadaszony, do składowania środków chemicznych, o pojemności co najmniej 1000 Mg.*

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć uzupełniony załącznik nr 4 do SIWZ *Wykaz narzędzi i urządzeń (potencjał techniczny)*, w którym w odniesieniu do magazynu (pkt 16. wykazu) należy podać numer działki, obręb i miasto, w którym znajduje się magazyn, a następnie – jak wynika z załącznika nr 12 do *Umowy na usługę zimowego oczyszczania i utrzymania pn. Wytyczne zimowego utrzymania* – 15 października 2013 r. (data rozpoczęcia realizacji zamówienia) oraz na każde wezwanie Zamawiającego udostępniać bazę lub teren – magazyn do kontroli Zamawiającemu.

W ocenie Odwołującego sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym jest nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza konieczność osiągnięcia zamierzonego celu w postaci należytego wykonania zamówienia. Co więcej warunek ten ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty, jednakże nie posiadają magazynu spełniającego wymagania postawione przez Zamawiającego, i w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje lokalnego wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego, po pierwsze – nieuzasadniony jest wymóg, aby magazyn do składowania środków chemicznych (soli drogowej) był zadaszony. Odwołujący stwierdził, że zarówno powszechnie obowiązujące przepisy, jak i technologie stosowane

do przechowywania tego typu materiałów nie wymagają przechowywania środków chemicznych, w szczególności takich jak NaCl (sól drogowa) w magazynach zadaszonych. Wystarczy, aby takie składowisko posiadało utwardzony plac obramowany dookoła krawężnikami. Odwołujący wywiódł, że wbrew temu na co wskazuje Zamawiający w pkt 3. załącznika nr 12 do umowy, obecnie dostępna sól drogowa nie zbryla się pod wpływem wilgoci, ponieważ zawiera domieszkę antyzbrylacza (żelazocyjankupotasu – soli galmana). Odwołujący stwierdził również, że wbrew pozorom sól dużo szybciej zbryla się z powodu wysuszenia, niż z powodu wilgoci, która rozpuszcza sól, a nie skleja. Zdaniem Odwołującego wystarczającą ochroną zarówno przed wilgocią jak i przed wysuszeniem jest krycie przyzmy soli plandeką, folią lub warstwą piasku. Ponadto sposób magazynowania można zorganizować tak, że sól drogowa i inne środki chemiczne znajdują się tylko w opakowaniach np. *bigbag-ach* (1 Mg), wówczas przechowywanie ich pod zadaszaniem jest zbędne.

Odwołujący podsumował, że tym samym wymóg, aby magazyn (miejsce składowania soli) drogowej był zadaszony, nie znajduje uzasadnienia merytorycznego. Cel w postaci zabezpieczenia środków chemicznych przed wpływem czynników zewnętrznych oraz zapobiegania degradacji środowiska naturalnego może zostać bowiem osiągnięty przy zastosowaniu innych technologii niż zadaszanie, przykładowo poprzez okrycie przyzmy soli plandeką, folią lub warstwą piasku.

Ponadto w opinii Odwołującego również wymóg, aby magazyn znajdował się w granicach administracyjnych miasta Jaworzna lub w odległości do 6 km, licząc od granic miasta Jaworzna – nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Za wystarczające należy uznać zlokalizowanie bazy w odległości nie większej niż 50 km, licząc od granic miasta Jaworzna. Taka odległość jest możliwa do pokonania w warunkach zimowych w ciągu 1 godziny, co zapewnia szybkie i skuteczne wykonanie usługi. Według Odwołującego przedmiotowy wymóg narzuca wykonawcy sposób realizacji zamówienia. Podczas gdy możliwe jest takie logistyczne zorganizowanie realizacji usług, że sól z magazynu stałego jest codziennie dostarczana niezależnymi środkami transportowymi (tir – transport drogowy) do magazynu tymczasowego, w którym ładowana jest bezpośrednio na piaskarki, a nie magazynowana. Zdaniem Odwołującego taki sposób organizacji nie wpływa negatywnie na jakość świadczonych przez wykonawcę usług, gdyż cel jakemu ma służyć ten wymóg – zapewnienie stałego dostępu do środków chemicznych – jest osiągnięty. Odwołujący poniosł również, że w przypadku poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowań, m.in. postępowania na *Zimowe oczyszczanie i utrzymanie czystości dróg i ulic, ciągów*

*pieszych, administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, prowadzonego w czerwcu 2011 r., Zamawiający nie wprowadzał tak restrykcyjnych wymogów w zakresie magazynu (w zakresie magazynu został sformułowany w następujący sposób w rozdziale V. ust. 1. pkt 3. ppkt 21. SIWZ: *Magazyn stały do przechowywania i składowania środków chemicznych i niechemicznych – posiadający postanowienie Sanepidu w zakresie wymagań higienicznych i zdrowotnych lub Magazyn tymczasowy do przechowywania i składowania środków chemicznych i niechemicznych – posiadający postanowienie Sanepidu w zakresie wymagań higienicznych i zdrowotnych – 1 szt.*).*

III. zarzut dotyczący formalności po wyborze oferty najkorzystniejszej

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne. W pkt 2.1. załącznika nr 12 do umowy Zamawiający wskazał, że: *w dniu 15 października 2013 r., oraz na każdorazowe wezwanie Zamawiającego, Wykonawca udostępni fizycznie bazę lub teren, magazyn oraz gotowość techniczną jednostek taborowo-sprzętowych do przeprowadzenia oględzin wraz spisaniem protokołu w obecności obu stron. Na potwierdzenie realizacji niniejszego obowiązku w terminie do 7 dni kalendarzowych, licząc od dnia podpisania umowy Wykonawca dostarczy Zamawiającemu potwierdzona za zgodność z oryginałem kopię aktu własności lub umowy najmu, dzierżawy ww. obiektów.*

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 14) pzp SIWZ zawiera co najmniej informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego należy zaznaczyć, że ustawodawca posługuje się sformułowaniem *formalności*, co oznacza, że Zamawiający na tym etapie postępowania nie może żądać od wykonawców złożenia szeregu dokumentów, których nie wymagał na etapie składania ofert. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 384/12): *W odniesieniu do tej sytuacji Izba zwraca uwagę, że, zgodnie z procedurą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocena przez Zamawiającego poprawności przygotowanych przez wykonawców kosztorysów należy do czynności dokonywanych na etapie badania ofert – zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie robót budowlanych i nie powinna być przenoszona na etap „przed zawarciem umowy”, nie bez powodu bowiem w art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że na tym etapie mogą być załatwiane jedynie „formalności” („formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy”). Formalność zaś to, zgodnie z definicją słownikową, „czynność wykonywana według przepisów, sprawa łatwa do załatwienia”, jak np. przedstawienie umowy konsorcjalnej, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp.*

Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. A oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zakres dokumentów, których może żądać zamawiający został określony w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Zgodnie z tym rozporządzeniem Zamawiający nie może żądać od wykonawcy złożenia *potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii aktu własności lub umowy najmu, dzierżawy bazy lub teren i magazynu.*

24 kwietnia 2013 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Na wstępie Zamawiający stwierdził, że podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczące sporządzania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – uznaje za niezasadne.

ad I. zarzut przeciwko warunkowi udziału dotyczącemu wiedzy i doświadczenia

Zamawiający podał, że przedmiotem prowadzonego przez niego postępowania są usługi w zakresie zimowego oczyszczania i utrzymania czystości na terenie miasta Jaworzna z podziałem na dwa rejony w okresie jednego sezonu zimowego tj. od 15 października 2013 r. do 15 kwietnia 2014 r.

Zamawiający powołał się na to, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia. Zatem warunki udziału w postępowaniu są konkretyzowane w indywidualnych uwarunkowaniach danego postępowania i winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia. Jednocześnie art. 7 ust. 1 pzp nakazuje Zamawiającemu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Zdaniem Zamawiającego mając na uwadze powyższe wymagania dotyczące opisu sposobu dokonania spełnienia warunków

udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie zostały określone jako nadmierne do przedmiotu zamówienia i utrudniające uczciwą konkurencję.

Zamawiający podniósł, że określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia adekwatnie do przedmiotu zamówienia, którym są usługi w zakresie zimowego oczyszczania i utrzymania czystości na terenie miasta Jaworzna z podziałem na dwa rejony. Zdaniem Zamawiającego warunek ten określił również proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, tj. do jego zakresu, okresu realizacji i wartości – aby wybrać wykonawcę, który w sposób optymalny spełni jego oczekiwania i należycie wykona zamówienie. W związku z powyższym Zamawiający wymaga przede wszystkim doświadczenia w wykonaniu 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, polegającej na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego o wartości nie mniejszej niż 1 300 000 zł brutto.

W ocenie Zamawiającego zarzut, że postawiony w ten sposób warunek udziału narusza zasadę konkurencyjności postępowania i równego traktowania wykonawców – nie znajduje potwierdzenia w dorobku orzecznictwa. Według Zamawiającego nie mógł w przedmiotowym postępowaniu dopuścić sumowania wartości usług realizowanych w wyniku zawarcia różnych umów. Pogląd ten Zamawiający oparł na treści wyroku Izby z 22 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 818/08, KIO/UZP 819/08), w którym stwierdziła *niedopuszczalność sumowania wartości usług, świadczonych na podstawie różnych umów, w celu wykazania się doświadczeniem o skali usługi na żądanym wysokim poziomie. W ocenie składu orzekającego Izby dopuszczenie takiej możliwości oznaczałoby w konsekwencji sprowadzenie warunku wykazania posiadanego doświadczenia do wykazania, że wykonawca świadczył w okresie trzyletnim przed dniem wszczęcia postępowania usługi odpowiadające rodzajowo przedmiotowi zamówienia i w tym okresie uzyskał z tego tytułu wynagrodzenie co najmniej równe wartości granicznej, żądanej przez Zamawiającego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Bez znaczenia w takim przypadku pozostawałaby skala poszczególnych usług, jak i początkowa data wykonywania usługi. Nadto nie do przyjęcia, z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, byłoby założenie, że dopuszcza się sumowania tych tylko usług, które miałyby być świadczone na rzecz tego samego odbiorcy.*

Zdaniem Zamawiającego słusznie wskazano w wyroku Izby z 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 668/11), że *przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający jest uprawniony a nawet zobowiązany uwzględniać wszystkie czynniki i okoliczności, pozwalające na wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, także*

*w ekstremalnych warunkach. Zadaniem Zamawiającego jest ukształtowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku, tak aby Wykonawcy, którzy spełnili opisane wymagania dawali pewność, że w przypadku udzielenia im zamówienia podołają przedsięwzięciu i jednocześnie wykonają je należycie.*

Zamawiający wywiódł, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków, jest jedną z najważniejszych czynności Zamawiającego, który zobowiązany jest do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sam Zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków, mogli ją przeprowadzić na zasadzie zero-jedynkowej (inaczej określanej jako zasada *spełnia–nie spełnia*). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez Zamawiającego i wymagane przez niego dokumenty na potwierdzenie tych warunków wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez dyspozycję przepisu art. 22 ust. 4 pzp, wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na Zamawiającym ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez Zamawiającego w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom. Natomiast zasada równego traktowania, wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu wskazują, iż przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu (opisu sposobu dokonywania ich spełnienia) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym jest szczególny rodzaj usługi, wykonywanej w sposób ciągły, polegającej na zapewnieniu zimowego oczyszczania dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych – w ciągu jednego sezonu zimowego. Realizacja powyższej usługi ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa



uczestnikom ruchu drogowego oraz pieszym w czasie zmieniających się warunków pogodowych. W ocenie Zamawiającego postawienie warunku udziału w taki sposób, że wykonawca mógłby wykazać się realizacją nie tylko jednej usługi, ale również kilku usług, które byłyby realizowane w ciągu jednego sezonu zimowego, obejmujące przedmiot zamówienia, łącznie posiadające co najmniej wartość wskazaną przez Zamawiającego jako minimalną – mogłoby prowadzić do wyłonienia wykonawcy niezdolnego do realizacji usługi w sposób rzetelny i z należytą starannością. Zamawiający stwierdził, że formułując warunki udziału w postępowaniu miał na celu zapewnienie realnej kontroli nad realizacją zamówienia, *której przyświecała troska, aby usługi w zakresie zimowego utrzymania oraz oczyszczania świadczone były na odpowiednim poziomie stosownie do wymagań określonych w SIWZ i Załącznikach*. Wykonawcy winni więc wykazać się posiadaniem doświadczenia w realizacji konkretnych zadań jako pewnej umiejętności zdobytej i ugruntowanej w trakcie praktyki.

W opinii Zamawiającego istotność objęcia zakresu czynności jedną a nie wieloma umowami z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu znajduje potwierdzenie w wyroku Izby z 29 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO/UZP 2471/11): *W świetle treści opisu sposobu oceny spełniania warunku całkowicie nieuprawnione jest działanie zamawiającego polegające na wybiórczym zakwalifikowaniu czterech umów (po dwie) jako dwóch usług, w celu osiągnięcia poziomu wymaganej wartości tych usług. W powyższym zakresie zamawiający, wbrew treści warunku i swojemu twierdzeniu na rozprawie, że wartość 700 000,00 zł nie odnosi się do każdej usługi, dokonywał sumowania wartości poszczególnych usług. Tak zsumowane usługi traktował jako jedną usługę w danym sezonie zimowym o wartości 700 000,00 zł. Zamawiający przyjął jednocześnie, że wymagane jest wykazanie dwóch usług (łączonych w sobie faktycznie różne usługi) o wartości 700 000,00 zł każda. Zamawiający przyjął nadto, że usługi wykonane przez różnych wykonawców na rzecz różnych zamawiających w różnych terminach (ale w jednym sezonie zimowym) stanowią jedną usługę z punktu widzenia wymogu w zakresie wartości. W tym zakresie Izba zgodziła się z odwołującym, iż na potrzeby przyjętej przez zamawiającego interpretacji warunku wartość usług nie może być sumowana w sytuacji, gdy w rzeczywistości stanowią one zupełnie odrębne zamówienia, realizowane w różnym czasie, przez różne podmioty, co dotyczy zarówno oferty przystępującego jak i odwołującego.*

Zamawiający podsumował, że winien mieć pewność, że Odwołujący ma doświadczenie w wykonaniu usług o wartości nie mniejszej niż 1 300 000 złotych brutto, odpowiadających swoim zakresem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym istotny jest tutaj zarówno rodzaj usług, jak również ich zakres i częstotliwość ich wykonywania w odniesieniu do jednego sezonu zimowego.

ad II. zarzut przeciwko warunkowi udziału dotyczącemu potencjału technicznego

Zamawiający podał, że w części V ust. 1 pkt. 3 SIWZ wymaga, aby wykonawca dysponował takimi urządzeniami jak: m.in.

*p) Magazyn (zgodnie z załącznikiem nr 12 do projektu umowy) - 1 szt.*

*- znajdujący się w granicach administracyjnych miasta Jaworzna lub w odległości do 6 km, licząc od granic miasta Jaworzna;*

*- zadaszony, do składowania:., środków chemicznych, o pojemności co najmniej 1000 Mg*

Z kolei zgodnie z określonym warunkiem udziału w postępowaniu, Zamawiający w części VI pkt 1 ppkt 14 SIWZ żąda przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (załącznik nr 4 do SIWZ). Wykonawca powinien wykazać, iż spełnia warunek określony w cz. V ust. 1 pkt 3) SIWZ.

W Załączniku nr 12 do projektu umowy *Wytyczne zimowego utrzymania*, w części 2.1. Zamawiający wskazał wymóg: *dysponowania w granicach administracyjnych miasta Jaworzna lub w odległości do 6 km, licząc od granic miasta Jaworzna bazą lub terenem przeznaczonym na bazę taborowo-sprzętową z zapleczem warsztatowym: 1. z możliwością do przechowywania odpowiedniej ilości jednostek taborowo-sprzętowych (pojazdów (nośników), urządzeń, sprzętu, osprzętu) wskazanych w ofercie wykonawcy, 2. wyposażoną w punkt dyspozytorski (pomieszczenie dla dyspozytora w celu pełnienia całodobowego dyżuru dyspozytorskiego), 3. zadaszonym magazynem składowania środków chemicznych o pojemności co na mniej 1 000 Mg. W dniu 15 października 2013 roku (termin rozpoczęcia realizacji umowy zgodnie z projektem umowy – zał. do SIWZ) oraz na każde wezwanie Zamawiającego, Wykonawca udostępni fizycznie bazę lub teren, magazyn oraz gotowość techniczną jednostek taborowo-sprzętowych (stan gotowości do podjęcia działań) do przeprowadzenia oględzin wraz spisaniem protokołu w obecności obu stron. Na potwierdzenie realizacji niniejszego obowiązku w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, Wykonawca dostarczy stosowne kopie dokumentów aktu własności lub umowy najmu, dzierżawy ww. obiektów.*

Zamawiający nie zgodził się z stwierdzeniem Odwołującego, że tak sformułowany warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym jest nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza konieczność osiągnięcia zamierzonego celu w postaci należytego wykonania zamówienia i ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie są w stanie zrealizować zamówienia w sposób należyty, jednakże nie posiadają magazynu spełniającego wymagania postawione przez Zamawiającego, i w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje lokalnego wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego postawienie takiego wymogu jest zasadne, gdyż Zamawiający odpowiedzialny jest za sprawne i skuteczne prowadzenie działań związanych z zimowym utrzymaniem miasta Jaworzna. Jednym z istotnych czynników mających zapewnić należyte wywiązywanie się z tego obowiązku jest właśnie odległość bazy wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że miał na celu to, aby usługi zimowego utrzymania i oczyszczania świadczone były w sposób rzetelny i z należyłą starannością, a także na odpowiednim poziomie, zapewniającym osiągnięcie standardów. Postawiony wymóg nie stanowi dowodu preferencji lokalnych, lecz służy uzyskaniu faktycznych efektów z tytułu świadczonych usług, które nie byłyby należycie wykonywane, gdyby dopuszczone było tworzenie baz w odległościach powyżej 6 km, licząc od granic miasta Jaworzna. W praktyce wydłużałby się bowiem czas dojazdu sprzętu z baz położonych dalej, tym samym osiągnięcie standardów byłoby utrudnione lub w ogóle niemożliwe do spełnienia. Według Zamawiającego w żaden sposób nie dopuszcza się preferowania przedsiębiorców lokalnych, gdyż bazę sprzętowo-materiałową na terenie miasta bądź we wskazanej odległości od granic miasta może zorganizować każdy wykonawca, który wygra zorganizowany przetarg, choćby swoją siedzibę miał np. w Szczecinie. Jest to całkowicie zależne od umiejętności i zdolności organizacyjnych wykonawcy. Zamawiający podniósł, że określając warunki udziału w postępowaniu nie wymaga, aby wykonawca posiadał taką bazę już na etapie składania ofert.

Zamawiający podał następujące informacje dotyczące miasta. Jaworzno, miasto na prawach powiatu, o łącznej powierzchni około 153 km<sup>2</sup> i zamieszkiwane przez około 95 tys. mieszkańców, ma do utrzymania nawierzchnie dróg i ulic w podziale na trzy standardy zimowego oczyszczania – drogi gminne, powiatowe oraz drogę krajową o łącznej długości 333,32 km oraz ciągi piesze (chodniki) w dwóch standardach zimowego oczyszczania o łącznej powierzchni 197 345,00 m<sup>2</sup>. Miasto położone jest w aglomeracji śląskiej o dużym natężeniu ruchu kołowego. Dlatego też zdaniem Zamawiającego dysponowanie bazą i magazynem na terenie Jaworzna lub w odległości do 6 km, licząc od granic miasta jest niezbędne.

Zamawiający podał, że jako niezbędne dla prawidłowego realizowania zamówienia wymaga zapewnienia następujących elementów (zgodnie z załącznikiem nr 1 do projektu umowy – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczania dróg, ulic i parkingów w okresie zimowym* oraz załącznikiem nr 12 do projektu umowy – *Wytyczne zimowego utrzymania*):

1. Lokalizacji infrastruktury magazynowo-sprzętowej w odległości, która gwarantuje odpowiedni i bezpieczny czas reakcji – rozpoczęcia działań nie dłużej niż od stwierdzenia

## Sygn. akt KIO 879/13

zagrożenia lub od zgłoszenia służb uprawnionych przez Prezydenta Miasta Jaworzna. Konieczne jest, aby wykonawca dysponował bazą lub terenem przeznaczonym na bazę odpowiednio wyposażoną z możliwościami spełnienia wszystkich wymagań techniczno-funkcjonalnych, a w szczególności likwidacji skutków zagrożenia ruchu drogowego oraz pieszego.

2. Przygotowania jednostek taborowo-sprzętowych (pojazdów (nośników), urządzeń, sprzętu i osprzętu) w takim stopniu, *aby warunki techniczne i konstrukcyjne w zakresie niezbędnego ich wyposażenia, oznaczenia i oznakowania zgodnie z obowiązującymi przepisami (ustawa z dnia 2 czerwca 2005 r. Prawo o ruchu drogowym - tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., Nr 0 poz. 1137 oraz rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia – Dz. U. z 2003 r., Nr 32 poz. 262 z póź. zm.)* mogły być gotowe do użycia w ciągu 30 minut (gotowość do podjęcia działań),

3. Aby materiały i środki chemiczne, stosowane do usuwania i zapobiegania śliskości zimowej były magazynowane i składowane oraz zabezpieczone przed wpływem wilgoci w specjalnie do tego przygotowanych magazynach oraz zbiornikach tak, aby nie prowadziły do degradacji środowiska naturalnego.

Zamawiający stwierdził, że potwierdzeniem jego stanowiska jest wyrok Izby z 12 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1177/08), w którym *Izba nie dopatrzyła się zastosowania przez Zamawiającego preferencji lokalnych, uznając, zważywszy przedmiot i okoliczności zamówienia, za usprawiedliwiające żądanie posiadania bazy sprzętowo-materiałowej na terenie miasta bądź we wskazanej od niego odległości. W warunkach gospodarki rynkowej urządzenie takiej bazy w określonym miejscu nie powinno sprawiać profesjonalnemu uczestnikowi obrotu szczególnych trudności, zwłaszcza, że takie przedsięwzięcie nie wymaga zmiany siedziby przedsiębiorcy. W tym zakresie składa podziela poglądy Zamawiającego, że jest to zależne od zdolności logistycznych Wykonawcy.*

W ocenie Zamawiającego również zarzut przeciwko wymaganiu, aby magazyn do składowania środków chemicznych (soli drogowej) był zadaszony, nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z Polską Normą dla soli (chlorek sodu) PN-C-84081-2 oraz PN-86/C-84081/02 (chlorek sodowy) *ustanowioną przez Polski Komitet Normalizacyjny jako normy obowiązujące*, na którą powołuje się Zamawiający w SIWZ (załącznik nr 12 do projektu umowy), chlorek sodu winien być przechowywany w przystosowanym do tego pomieszczeniu magazynowym spełniającym wymagane normy i standardy. Pomieszczenie powinno być czyste, suche i bez obcych zapachów, w celu utrzymania właściwej jakości stosowanych środków chemicznych, Ze względu na higroskopijność środków chemicznych

przechowywanie winno się odbywać w warunkach gwarantujących niezmiennosc cech organoleptycznych i fizykochemicznych produktu, zgodnie z instrukcją magazynową.

Stosowaną „solankę” (tj. wodny, nasycony roztwór chlorku sodu, wapnia lub magnezu) należy przechowywać w zbiornikach zapewniających dobre zabezpieczenie, zarówno zbiornika jak i otoczenia przed agresywnym działaniem roztworów.

Zamawiający zauważył, że jeden z większych producentów soli drogowej w Polsce, kopalnia soli w Kłodawie wskazuje w karcie produktu – sól drogowa następujące warunki przechowywania, tj. w pomieszczeniach czystych, suchych w magazynach z utwardzoną powierzchnią (podłożem), forma opakowania „luzem” (dopuszcza opakowania dla soli wysokogatunkowej). Producent jednocześnie informuje, że *przy właściwym stosowaniu nie stanowi ona zagrożenia środowiska.*

Zamawiający podniósł, że również w szczegółowej specyfikacji technicznej Generalnej Dyrekcji Dróg i Autostrad pn. *Wytyczne zimowego utrzymania dróg* (załącznik do zarządzenia nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 r. opracowany w Instytucie Badawczym Dróg i Mostów na zlecenie GDDiA w Warszawie) wskazane są warunki przechowywania soli drogowej, tj. w magazynie zamkniętym zgodnie z instrukcją magazynową, wykonanym z różnych materiałów – podłoga (podłoże) pokryte nawierzchnią bitumiczną, ściany odpowiednio zabezpieczone przed korozją, więźba wykonana z drewna lub z tworzywa sztucznego, drzwi o wymiarach umożliwiającym wjazd i wyjazd pojazdom dostarczającym środki chemiczne. Musi posiadać instalację elektryczną do oświetlenia i zasilania urządzeń do wytwarzania solanki i załadunku soli, Powierzchnia i wysokość magazynu powinna umożliwić swobodną pracę sprzętu wewnątrz magazynu potrzebną do rozładunku i załadunku soli oraz do zgromadzenia odpowiedniego zapasu soli. Magazyny powinny być lokalizowane na terenie należącym do administracji drogowej lub w innym miejscu w pobliżu dróg.

Dodatkowo w odpowiedzi na odwołanie podano, że wielkość i usytuowanie oraz rodzaj magazynów dla skutecznego i sprawnego wykonania zamówienia, gwarantującą zapewnienie bezpieczeństwa uczestników ruchu powinna wynikać z:

1. ilości – wielkości infrastruktury – sieci drogowej i chodnikowej,
2. czasu reakcji do podjęcia działań,
3. standardu utrzymania powierzchni – stanu nawierzchni opisane standardem z określeniem czasu, w jakim skutki danego zjawiska atmosferycznego powinny być usunięte (zlikwidowane),
4. przyjętej technologii wykonywania zamówienia (posypywanie chlorkiem sodu, posypywanie chlorkiem sodu z wodnym nasyconym roztworem chlorku sodu, wapnia lub

## Sygn. akt KIO 879/13

magnezu tzw. „solanka”, skrapianie samym wodnym nasyconym roztworem – solanką, posypywanie mieszaniną środków chemicznych tj. chlorku sodu z chlorkiem wapnia lub chlorkiem magnezu),

5. występowania warunków atmosferycznych tj.:

a) występowania zjawisk atmosferycznych (na podstawie średniej dobowej temperatury – zima termiczna),

b) terminu rozpoczęcia i czasu trwania sezonu zimowego (na podstawie różnych średnich dat początku zimy termicznej i czasu trwania sezonu zimowego), dla poszczególnych obszarów ujętych w strefach klimatycznych zgodnie z mapą stref rozpoczęcia sezonu zimowego w Polsce wg Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej (określonej na podstawie obserwacji z wielolecia IMiGW).

Zamawiający podał, że Jaworzno zlokalizowane jest w obszarze III strefy sezonu zimowego z 60 dniami trwania sezonu zimowego, zgodnie z ww. mapą stref. Na podstawie obserwacji Zamawiającego ustalono jednakże, że średni czas trwania sezonu zimowego w Jaworznie wynosi 78 dni. Zamawiający stwierdził, że materiały i środki chemiczne powinny być zgromadzone w ilości wystarczającej na prowadzenie zimowego oczyszczania i utrzymania czystości przez co najmniej na dwa tygodnie przy występowaniu średnich warunków zimowych.

### ad III. zarzut dotyczący formalności po wyborze oferty najkorzystniejszej

Zdaniem Zamawiającego zarzut ten należy uznać za całkowicie chybiony, gdyż wymóg przedstawienia przez wykonawcę – nie na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w terminie do 7 dni kalendarzowych, licząc od dnia podpisania umowy, potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii aktu własności lub umowy najmu, dzierżawy bazy lub terenu i magazynu – nie dotyczy etapu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym do żądania określonych przez Zamawiającego dokumentów po zawarciu umowy nie znajduje zastosowania rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, nie tylko dlatego, że nie jest już rozporządzeniem obowiązującym. Jeśli nawet Odwołujący powołałby się w swoim uzasadnieniu na aktualne rozporządzenie, tj. z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013r. poz. 231) nie zmieniłoby to faktu, że znajduje ono zastosowanie jedynie do żądanych przez zamawiających dokumentów w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w art. 22 ust. 1 pzp, co w tym przypadku nie ma miejsca.

17 kwietnia 2013 r. Zamawiający zamieścił informację o wniesieniu odwołania oraz

kopię odwołania na swojej stronie internetowej . Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp (przy braku w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu) i wobec braku podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 6 kwietnia 2013 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. (z załącznikami) oraz z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dokumenty i wydruki złożone przez Odwołującego na rozprawie, dokonując odpowiedniej oceny ich znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**I.**

Podstawą uwzględnienia odwołania jest uznanie przez Izbę zasadności zarzutu skierowanego przeciwko określonemu przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. opisowi sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Konkretnie przedmiotem zarzutu stało się wynikające z tego opisu ograniczenie, aby wiedza i doświadczenie – w zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczania koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego o wartości nie mniejszej niż 1 300 000 zł brutto – wynikała z jednej usługi rozumianej jako jedna umowa.

Izba zważyła, że obie Strony podniosły szereg niesprzecznych argumentów natury ogólnej, które choć ze wszech miar słuszne, nie dotyczą bezpośrednio specyfiki rozstrzyganej sprawy. W szczególności Izba podziela stanowisko Zamawiającego, które sama uprzednio wielokrotnie prezentowała, że właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp (w aktualnym stanie prawnym nazywane *opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków*) – ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie *spełnia – nie spełnia*. Jest to istotne, gdyż warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Jest to działanie dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady



uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom na równych zasadach. Z kolei Odwołujący adekwatnie przywołał za orzecznictwem Izby co kryje się za terminami *związany z przedmiotem zamówienia* i *proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*. Nie ma zatem pomiędzy stronami sporu o to, jakie generalne zasady rządzą kształtowaniem warunków udziału w postępowaniu, gdyż obie strony deklarują konieczność poszanowania art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, istnieje natomiast spór, czy w okolicznościach sprawy sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny, w przypadku warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, odpowiada tym przepisom, które wytyczają nieostre granice.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że nie znajduje uzasadnienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego zawężenie możliwości spełnienia warunku udziału do wiedzy i doświadczenia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, lecz uzyskanemu wyłącznie przy realizacji jednej umowy. Postawione ograniczenie nie ma podwójnego charakteru, jak to dramatycznie przedstawiono w odwołaniu, gdyż na potrzeby opisu sposobu oceny spełniania warunku Zamawiający zakwalifikował rodzaje opisanych przez siebie świadczeń jako usługę, którą z kolei utożsamił z umową. Równie dobrze (a nawet wydaje się to bardziej naturalne) można nazwać te świadczenia w liczbie mnogiej usługami, co nie zmienia zakresu działania ograniczenia wymagania, aby analogiczne świadczenia w przeszłości były wykonane na podstawie jednej umowy. Tymczasem Zamawiający, pomimo obszerności wywodów natury ogólnej, nie przedstawił w odpowiedzi na odwołanie żadnego konkretnego argumentu przemawiającego za niezbędnością takiego ograniczenia. Bezprzedmiotowe są przy tym wywody na obronę wymaganego zakresu rzeczowego świadczeń, ich wartości, jak również tego, że mają dotyczyć jednego sezonu zimowego, gdyż Odwołujący tych elementów oceny sposobu spełniania warunku nie kwestionował. W konsekwencji okazuje się, że Zamawiający oparł ukształtowany przez siebie opis na orzeczeniach wydanych na tle specyficznych stanów faktycznych, a przede wszystkim – w sprawach, które nie rozstrzygały odwołań wniesionych od postanowień s.i.w.z., lecz o poprawności dokonanej przez zamawiającego oceny spełniania warunków przez konkretnego wykonawcę. Nawet z zacytowanych w odpowiedzi na odwołanie fragmentów (w rzeczywistości początkowe zdanie cytatu jest fragmentem zdania, które w uzasadnieniu pada pod jego koniec jako podsumowanie, zupełnie odrębnie w stosunku do drugiego zdania z cytatu) uzasadnienia wyroku z 22 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP

818/08, KIO/UZP 819/08) widać, że dotyczy szczególnej sytuacji, a Izba położyła nacisk na nieadekwatność dopuszczenia sumowania doświadczenia zdobytego w całym okresie trzyletnim, za jaki można wykazywać się wiedzą i doświadczeniem. Ponadto przytoczona przez Zamawiającego teza nie ma waloru ogólnego co do sposobu ustalenia warunku udziału, gdyż jest wyrazem negatywnej oceny następującego stanowiska odnotowanego w zdaniu poprzednim o następującym brzmieniu: *Odwołujący się, wykazując wartość usług wykonywanych na rzecz ZGN oraz na rzecz PKP PLN S.A. ZLK we Wrocławiu, zsumowali wartości usług realizowanych w ramach różnych umów, uzasadniając to faktem, iż pomimo, że usługa była wykonywana za pomocą kilku umów, to stanowi jedną tożsamą, ciągłą i nierozzerwalną usługę, za której tożsamością przemawia to, że była wykonywana na rzecz tego samego podmiotu, w tym samym zakresie.* Równie nieadekwatne jest podpieranie się przez Zamawiającego fragmentem uzasadnienia wyroku z 29 listopada 2011 r. (w rzeczywistości o sygn. akt KIO 2471/11), co uświadamia zapoznanie się z poprzedzającymi zacytowany fragment następującymi ustaleniami i rozważaniami Izby w tamtej sprawie: *W Rozdziale VII siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający wskazał m.in., iż w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca wykazać się musi, w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 2 usługami odpowiadającymi swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości 700 tys. zł brutto za jeden sezon zimowy. Wykonawca musiał wykazać, że utrzymywał zarówno pas jezdny, jak i ciągi pieszce. Izba zgodziła się z wyjaśnieniem złożonym przez zamawiającego na rozprawie, że w treści opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wynika, iż wymóg dotyczący wartości usług na poziomie 700 000,00 zł za jeden sezon zimowy nie został określony wobec każdej z (dwóch) wymaganych usług. Próg wartościowy należy zatem odnosić do wartości dwóch usług zrealizowanych w jednym sezonie zimowym. (...) Zamawiający nie zawarł również w postanowieniach siwz sposobu rozumienia pojęcia „usługa” użytego w treści warunku, w szczególności nie określił, czy usługę należy utożsamiać z umową o świadczenie. Wobec braku określenia przez zamawiającego jak rozumieć usługę, należy przyjąć, że pojecie to zostało użyte w znaczeniu szerokim. Jak wynika z art. 2 pkt 10 Pzp przez pojęcie usługi – należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Opierając się na encyklopedycznej definicji należy przyjąć, że „usługa” to działanie podejmowane w celu zaspokojenia określonej potrzeby (lub potrzeb) klienta lub inaczej – to zespół czynności wykonywanych przez jedno podmioty na rzecz innych podmiotów w celu zaspokojenia ich potrzeb (konsumpcyjnych lub produkcyjnych).*

*Każda usługa może być określona przy pomocy kilku indywidualnych elementów, w szczególności są to: podmiot usługi, nazywany też usługodawcą, adresat lub użytkownik usługi, czyli usługobiorca, treść usługi, czyli zakres działań usługodawcy w stosunku do usługobiorcy, środki (np. narzędzia) za pomocą których usługodawca realizuje treść usługi wobec usługobiorcy, sposób, w jaki obsługujący używa środków by realizować treść usługi, czas i miejsce usługi. Usługa nie zawsze jest równoznaczna z umową. W ramach jednej umowy może być wykonanych kilka usług. Nie ma jednak wątpliwości, że usługi realizowane przez różnych wykonawców na rzecz różnych zamawiających w ramach odrębnych umów nie mogą stanowić jednej i tej samej usługi, tylko z tego względu, że treść takich usług jest podobna. W świetle powyższego należy uznać, że zadania zrealizowane jako „Kompleksowe utrzymanie dróg wojewódzkich – zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich i chodników wg standardu II w sezonie 2010/2011 127,317” przez przystępującego i wskazane w poz. nr 1 wykazu wykonanych usług, wykonane w ramach czterech umów, jak wynika z treści referencji załączonych do oferty, stanowią cztery usługi wykonane na rzecz tego samego zamawiającego w różnych rejonach i miejscowościach. Odrębne umowy zostały bowiem zawarte w związku z podziałem przez zamawiającego zamówienia na części z uwagi na różne miejsca wykonania usług.*

Raz jeszcze należy podkreślić, że w powyższych sprawach Izba nie badała zasadności i poprawności ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedmiotem rozstrzygnięcia było prawidłowe zastosowanie wobec konkretnych wykonawców ustalonych uprzednio warunków, których ocena nie mieściła się w granicach kognicji Izby. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, poza podkreśleniem, że jego zdaniem dopuszczenie doświadczenia zdobytego w ramach większej liczby umów mogłoby prowadzić do wyłonienia wykonawcy niezdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób rzetelny i z należytą starannością, nie przedstawił żadnych ważkich argumentów przemawiających za takim stanowiskiem. Natomiast w oczywisty sposób prowadzi ono do wniosku, że poza prawdopodobnym obniżeniem wymaganej wartości (Zamawiający w protokole postępowania zdecydował się na razie nie ujawniać wartości szacunkowej zamówienia, a ponieważ ustalony próg nie był zaskarżony, Izba nie dążyła do ujawnienia tej informacji), w istocie Zamawiający zmierza do egzekwowania doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia, co niezwykle rzadko można uznać za uzasadnione, gdyż w znacznym stopniu ogranicza konkurencję. W szczególności nie wiadomo, dlaczego wykonywanie usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia – polegających na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych – na podstawie większej liczby umów miałyby negatywnie

rzutować na zdobyte doświadczenie w realizacji tych świadczeń, rozumiane jako zdobycie pewnej umiejętności i ugruntowanie w toku praktyki. Zamawiający wprowadził przecież istotne i niekwestionowane przez Odwołującego obostrzenia, które muszą być spełnione jednocześnie: po pierwsze – wymaga doświadczenia zdobytego w toku jednego sezonu zimowego, a nie w toku całego 3-letniego okresu przed terminem składania ofert, po drugie – wymaga doświadczenia na skalę wyrażoną kwotą 1,3 mln zł. W ocenie Izby przy wykonywaniu usług starannego działania, których przedmiot został na tyle sprecyzowany, nie ma wpływu na adekwatność zdobytego doświadczenia okoliczność, czy były one świadczone równoległe na podstawie jednej czy większej liczby umów. Odwołujący dowiódł (składając na rozprawie dokumenty związane z postępowaniem prowadzonym przez Zabrze, w którym uzyskał zamówienie na obie części wspólnie z innym wykonawcą), że inni zamawiający mogą dzielić zamówienie na dwie części nie terytorialnie, lecz rzeczowo (uogólniając, w przypadku Zabrze oddzielono świadczenia związane z utrzymaniem ulic i świadczenia związane z utrzymaniem chodników), co nie przeszkadza – w razie uzyskania i wykonywania zamówienia w obu takich częściach – w zdobyciu praktycznych umiejętności w jednoczesnym wykonywaniu całego spektrum świadczeń związanych z zimowym utrzymaniem w czystości i odśnieżaniem ulic, chodników, placów etc. W przekonaniu Izby z punktu widzenia możliwości wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia nie ma znaczenia, czy praktyczne umiejętności w wykonywaniu takich świadczeń wynikają z umów świadczonych na rzecz tego samego czy też różnych zamawiających. Jeżeli nawet wymagany poziom wartościowy lub nawet zakres rzeczowy świadczonych usług wynika z wykonywania przez wykonawcę umów w kilku miejscach (np. w różnych miejscowościach), ale równoległe i podczas jednego sezonu zimowego, legitymuje się on wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do ich prawidłowego wykonania w jednym miejscu (na terenie jednego miasta). Nie ma podstaw do uznania za gorsze doświadczenia zdobytego przy równoległym wykonywaniu w wielu miejscach usług związanych z zimowym utrzymaniem miasta, w szczególności nie wymaga to mniejszego potencjału organizacyjnego, gdyż pod tym względem może to być raczej bardziej skomplikowane. Z tego względu za nieprzekonujące Izba uznała wywody Zamawiającego na rozprawie, że wykonywanie jednej umowy o określonym wolumenie wartościowym i zakresie rzeczowym na terenie jednego miasta, czyli świadczenie kompleksowych usług w jednym miejscu, niesie ze sobą jakiś szczególny walor w zakresie wykazania umiejętności koordynacji całości zimowego utrzymania miasta. Ponadto Izba zważyła, że w treści warunku nie wyszczególniono doświadczenia w koordynacji całości prac związanych z zimowym utrzymaniem miasta, a samo wykonywanie pełnego spektrum prac w

jednym miejscu nie oznacza samo przez się, że taką koordynacją nie zajmował się zamawiający lub inny wyłoniony w tym celu podmiot.

W ocenie Izby Zamawiający powinien dopuścić wykazanie się należytych wykonaniem usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, polegającym na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego, o wartości nie mniejszej niż 1 300 000 zł brutto, przy czym usługi te nie muszą wynikać z jednej umowy, lecz z większej liczby umów wykonywanych równolegle. W ten sposób nie dojdzie również do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia dla wykonawców, którzy wspólnie będą ubiegać się o udzielenie zamówienia, łącząc w tym celu swoje zasoby dotyczące wiedzy i doświadczenia. Izba zważyła, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie odniósł się do zarzutu odwołania w tym zakresie, w szczególności nie uzasadnił wymagania, aby *de facto* jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dysponował wymaganą wiedzą i doświadczeniem. Przy wprowadzonym przez Zamawiającego opisie sposobu oceny warunku dopuszczenie wspólnego ubiegania się o zamówienie sprowadzało by się do dopuszczenia wykonawców, którzy w przeszłości w ten sposób wykonali zamówienie jako strona tej samej umowy.

Ponadto Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że usługi związane z utrzymaniem w czystości miasta w okresie zimowym odróżniają się od usług związanych z utrzymaniem czystości w okresie letnim w zakresie wymaganego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Tymczasem w odniesieniu do tych drugich Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie wniesione przez Odwołującego, które zawierało analogiczny zarzut na analogiczny warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia. Stało się to podstawą do umorzenia postępowania odwoławczego postanowieniem z 18 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 299/13.

Z tych względów Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko Odwołującego, choć przywołane orzeczenia, z których niektóre dotyczyły nawet rozstrzygnięć odwołań na ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, nie były adekwatne, gdyż dotyczyły zamówień na roboty budowlane, a nie świadczeń okresowych związanych z realizacją umowy starannego działania, jak to ma miejsce w rozstrzyganej sprawie.

## **II.**

Natomiast Izba, rozpatrując sprawę w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, nie stwierdziła, aby Zamawiający ustalił w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia

i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że zakwestionowane w odwołaniu wymaganie jest ostatnim z elementów podlegających ocenie w ramach oceny spełniania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (w poprzedzających literach od a do o wymieniono sprzęt i pojazdy wymagane do realizacji zamówienia). Zarówno opis sposobu oceny tego wymagania oraz rodzaj i treść dokumentu zażądanego na jego potwierdzenie zostały adekwatnie przytoczone w odwołaniu. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie przytoczono w całości brzmienie pkt 2.1. *Przygotowanie organizacyjne*, zamieszczonego w załączniku nr 12 do umowy pn. *Wytyczne zimowego utrzymania*. Ponadto odpowiedź na odwołanie zdaje się również odwoływać do pkt 2.2. *Przygotowanie jednostek* {*Jednostki winne być przygotowane w takim stopniu, aby mogły być gotowe do użycia w ciągu 30 minut od stwierdzenia zagrożenia lub od zgłoszenia przez uprawnione służby. Jednostki używane do wykonywania prac przy odśnieżaniu dróg, zapobieganiu i usuwaniu śliskości zimowej powinny być wyposażone zgodnie z ustawą „Prawo o ruchu drogowym” z dn. 2.06.2005 (jednolity tekst Dz. U. z 2012 r., Nr 0 poz. 1137) oraz oznaczone zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dn. 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r. Nr 32, poz. 262 z późniejszymi zmianami)* oraz na pkt 2.3. *Przygotowanie i składowanie materiałów i środków chemicznych* {*Materiały stosowane do usuwania i zapobiegania śliskości zimowej powinny być składowane i zabezpieczone przed wpływem wilgoci w specjalnie do tego przygotowanych magazynach tak, aby nie prowadziły do degradacji środowiska naturalnego. Wielkość i ich usytuowanie powinny wynikać z wielkości sieci drogowej i przyjętej technologii prac.*} Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z brzmieniem pkt 3.1. *Chlorki sodu wapnia i magnezu: Środki chemiczne należy składować w magazynie zamkniętym ze względu na higroskopijność. Chlorek sodu (NaCl) należy składować w stanie luźnym (niezbrylonym), a chlorki wapnia (CaCl<sub>2</sub>) i magnezu (MgCl<sub>2</sub>), należy przechowywać w szczelnych workach foliowych lub zamkniętych bębnach ustawianych w przyzmach zgodnie z instrukcją magazynową.*

Ponadto Izba ustaliła, że w załączniku nr 12 do umowy zamieszczono następujące postanowienia:

**3.4. Gromadzenie materiałów i środków chemicznych.**

*Odpowiedni zapas materiałów i środków chemicznych przed sezonem zimowym, wystarczający co najmniej na dwa tygodnie pracy, należy zgromadzić w terminie – 15*

października 2013 r. W czasie sezonu zimowego zapasy należy uzupełniać na bieżąco, do wielkości wystarczającej na prowadzenie zimowego utrzymania przez co najmniej dwa tygodnie przy występowaniu średnich warunków zimowych.

(...)

6.2. Środki chemiczne i materiały do usuwania śliskości zimowej.

Do usuwania śliskości zimowej należy stosować następujące środki chemiczne i materiały uszorstniające:

1) środki chemiczne: a) sól (chlorek sodowy) wg PN-86/C-84081/02 oraz wg PN-C-84081-2:1998 Sól (Chlorek sodu) Sól spożywcza (...)

**BADANIE I KONTROLA ŚRODKÓW CHEMICZNYCH I USZORSTNIAJĄCYCH STOSOWANYCH W ZIMOWYM UTRZYMANIU.**

1. Wymagania dla środków chemicznych.

1.2. Główne parametry oceny soli

Jakość soli (NaCl) i innych środków chemicznych oceniana jest na podstawie badania następujących głównych parametrów:

- zawartości skutecznie działającej substancji (np. NaCl),
- składu ziarnowego,
- zawartości substancji nierozpuszczalnych w wodzie.
- zawartości wody,
- zawartości żelazocyjanku potasowego.

Główne wymagania dla soli drogowej stosowanej w Polsce określa norma „PN-86/C-84081/02 - Sól (chlorek sodowy). Wymagania.”\*) oraz normy pokrewne. Są to następujące wymagania:

- zawartość chlorku sodu NaCl - co najmniej 90%,
- zawartość substancji nierozpuszczalnych w wodzie - 8,0% maksymalnie,
- zawartość wody - 3,0% maksymalnie,
- zawartość żelazocyjanku potasowego - 20 mg/kg.

Skład ziarnowy soli wg w/w normy podaje tablica 1. Wielkość odsiewu na sicie górnym 6,0 mm wynosi maksymalnie 10% oraz przesiewu na sicie dolnym 1,0 mm - maksymalnie 20%.

(...)

Zarzutem odwołania objęty jest warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w części odnoszącej się do zadaszzonego magazynu do składowania środków chemicznych, który ma się znajdować nie dalej niż 6 km od granic Jaworzna. W ocenie Izby skoro przedmiot zamówienia dotyczy zapewnienia zimowego utrzymania Jaworzna w standardzie opisanym w s.i.w.z.,

uzasadnione jest wymaganie, aby służące do tego celu środki chemiczne zmagazynowane były na terenie miasta lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie. Wymaganie to jest skorelowane z określonym na mocy wzoru umowy (z uwzględnieniem załączników do umowy) sposobem realizacji zamówienia, który przewiduje, że sprzęt ma być gotowy do użycia w ciągu 30 minut od zgłoszenia. Aby było to możliwe, umowa nakłada na wykonawcę obowiązek dysponowania nie dalej niż 6 km od Jaworzna wyposażoną w całodobowy punkt dyspozytorski bazą materiałowo-sprzętową, na której terenie będą zgromadzone zarówno pojazdy i sprzęt, jak i środki chemiczne służące do realizacji przedmiotu umowy. Przy czym wymagane jest zgromadzenie materiałów i środków chemicznych wystarczających na co najmniej 2 tygodnie pracy. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający uznał taki zapas za optymalny z uwagi na obserwowany 68-dniowy średni czas trwania sezonu zimowego w Jaworznie. Ponieważ Odwołujący wskazywał na rozprawie, że kwestionuje tylko wymaganie odnoszące się do magazynu, Izba przyjęła to co najmniej za wyraz woli ograniczenia zarzutu w stosunku do odwołania, w którego uzasadnieniu znalazła się argumentacja za dopuszczeniem lokalizacji całej bazy w odległości do 50 km od Jaworzna. Tym niemniej Odwołujący kwestionując jeden z trzech wymaganych elementów bazy, podważa sens całości rozwiązania przewidzianego i wymaganego przez Zamawiającego. Nieprzekonująca jest koncepcja Odwołującego, która zmierza do zastąpienia stałego magazynu o pojemności wystarczającej na dwa tygodnie działań tzw. magazynem tymczasowym, do którego sól musiałaby być dowożona codziennie. W przeciwieństwie do całościowej koncepcji Zamawiającego nie zapewnia to 2-tygodniowej możliwości nieprzerwanego prowadzenia działań z użyciem soli. Zamiast tego uzależnia możliwość dowozu soli od stanu dróg niepozostających w gestii Zamawiającego, gdyż do tego prowadzi domaganie się możliwości dowozu soli według dobowych potrzeb z magazynu oddalonego o 50 km. Odwołujący kieruje się przy tym własnym interesem, gdyż jest to odległość dzieląca Jaworzno od Bytomia, w którym ma siedzibę i stały magazyn. Izba zważyła, że miejsce wykonywania tego typu usług zimowego utrzymania determinuje również położenie bazy materiałowo-sprzętowej, która ma umożliwić ich wykonywanie, gdy tylko zajdzie taka potrzeba, co w warunkach klimatu umiarkowanego-zmiennego często ma charakter nagły i nieoczekiwany. Izba podzieliła zatem pogląd wyrażony uprzednio na tle zbliżonych okoliczności faktycznych w uzasadnieniu wyroku z 12 listopada 2008 r., że wymaganie posiadania bazy materiałowo-sprzętowej na terenie, na którym mają być świadczone usługi zimowego utrzymania, nie stanowi wyrazu preferencji lokalnych, lecz jest uzasadnione specyfiką zamówienia, a jego spełnienie przez profesjonalnego wykonawcę działającego w warunkach gospodarki rynkowej nie powinno nastęrczać nadmiernych trudności.



Na marginesie Izba zauważa, że w sprawie tej (o sygn. akt KIO/UZP 1177/08) Odwołujący występował jako przystępujący po stronie zamawiającego, popierając jego prawo do wymagania posiadania takiej bazy na terenie Bytomia, a zatem wówczas nie dostrzegał w tym przejawu niedopuszczalnych preferencji lokalnych. Ponadto Odwołujący przyznał na rozprawie, że wymaganie położenia bazy materiałowo-sprzętowej jest stosowane przez Zamawiającego w prowadzonych postępowaniach już od kilku lat.

W przekonaniu Izby Zamawiający ma również prawo określić wymagany standard przechowywania środków chemicznych w aktualnie prowadzonym postępowaniu, a ich składowanie w zadaszonym magazynie jest uzasadnione wobec obiektywnego faktu, że sól jest rozpuszczalna w wodzie. Rozwiązania polegające na przykryciu soli plandeką lub warstwą piasku czy przechowywaniu soli w opakowaniach zbiorczych, których dopuszczenia domaga się Odwołujący – w oczywisty sposób nie odpowiadają temu standardowi. Nie ma wątpliwości, że zadaszony magazyn w większym stopniu zabezpiecza zarówno sól przed działaniem czynników zewnętrznych, jak i środowisko naturalne przed zanieczyszczeniem solą. Ponadto na rozprawie Odwołujący przedstawił niespójną argumentację, gdyż z jednej strony powoływał się na wysoki koszt budowy magazynu (około 1,5 mln zł), z drugiej strony sam przedstawił wydruki ze stron internetowych producentów oferujących tańsze i prostsze rozwiązania w postaci silosów do przechowywania soli drogowej. Jak się okazało największy z tych silosów ma pojemność niemal taką jak wymagana przez Zamawiającego, a według przedstawionych materiałów można je łączyć w zestawy o różnych konfiguracjach. Izba zważyła, że na etapie wnoszenia odwołania najwyraźniej takie rozwiązanie nie było nawet rozważane przez Odwołującego. Natomiast jeżeli ma on wątpliwości, co zdawał się prezentować na rozprawie, czy spełnia ono wymaganie zadaszonego magazynu, powinien zadać pytanie Zamawiającemu, korzystając z dobrodziejstwa art. 38 pzp. Ponadto na rozprawie Odwołujący szeroko wywodził o systemie magazynów stałych i tymczasowych stosowanych przez GDDKiA, z których te pierwsze (budowle) są rozstawione w większych odległościach, a te drugie (mobilne silosy) pomiędzy tymi pierwszymi w mniejszych odstępach, wzdłuż dróg, na których zgromadzone środki chemiczne mają być użyte. Izba zważyła, że niewątpliwie specyfika zimowego utrzymania dróg skupionych na obszarze jednego miasta jest odmienna, niż utrzymanie sieci dróg na rozległym obszarze, jednak Zamawiający wymaga dysponowania tylko jednym zadaszonym magazynem, a nie ich siecią. Ponadto argumentacyjne powołanie się przez Zamawiającego na wytyczne GDDKiA, nie oznacza, że mają one zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu, gdyż odpowiedź na odwołanie w sporze toczonym przez Strony nie stanowi zmiany, ani wyjaśnień postanowień s.i.w.z. Bezprzedmiotowe są zatem argumenty Odwołującego, który na

rozprawie podnosił, że magazyn przygotowany według wytycznych GDDKiA, to jest wylany powłokami bitumicznymi, nie spełniłby oczekiwań co do braku obcych zapachów. Niewątpliwie w wielu aspektach Zamawiający wzorował się na tych wytycznych, tym niemniej ponieważ nie mają one charakteru wiążącego, obowiązuje tylko to, co wprost inkorporował do treści załączników do s.i.w.z. Ponadto poza granicami kognicji Izby pozostają zastrzeżenia Odwołującego co do poprawności i spójności systemu norm dotyczących soli drogowej czy kuchennej, do których odwołał się w s.i.w.z. Zamawiający, gdyż nie było to przedmiotem zarzutów odwołania. Jeżeli Odwołujący ma w tym zakresie jakieś wątpliwości, winien zwrócić się w trybie art. 38 pzp do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień.

### **III.**

Izba uznała również, że niezasadny jest ostatni z zarzutów zawartych w odwołaniu, według Odwołującego dotyczący formalności po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że s.i.w.z. w pkt 1. rozdziału XII. pn. *Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy* – przewiduje przekazanie przed podpisaniem umowy przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana wyłącznie informacji dotyczących: po pierwsze – formy i sposobu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, po drugie – danych osób podpisujących umowę, po trzecie – wskazania banku oraz numeru rachunku, na jaki ma być przekazane świadczenie pieniężne należne za wykonanie zamówienia. Natomiast zakwestionowane w odwołaniu postanowienie znajduje się w załączniku nr 12 do umowy pn. *Wytyczne zimowego utrzymania* i stanowi drugi akapit pkt 2.1. *Przygotowanie organizacyjne*, który w całości adekwatnie został przytoczony w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby z postanowienia objętego zarzutem odwołania wprost wynika, że wykonawca – strona umowy ma obowiązek w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia dostarczyć drugiej stronie – Zamawiającemu dokumenty potwierdzające tytuł prawny do obiektów wymaganych na mocy umowy do jej realizacji. Jest to zatem element, jak to nazwano, *przygotowania organizacyjnego* wykonywania umowy, a nie warunek formalny, od którego dopełnienia Zamawiający uzależnia jej zawarcie z wykonawcą. W konsekwencji bezprzedmiotowe są wywody odwołania wskazujące na przepisy ustawy pzp dotyczące formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy. Tym bardziej nieadekwatne w tych okolicznościach jest podnoszenie zarzutu, że tego typu obowiązek umowny stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pzp, uprawniającego zamawiającego do żądania wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, których zamknięty, co do zasady, katalog został uregulowany w wydanym na mocy delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp rozporządzeniu wykonawczym (przy czym trafnie zauważył

Zamawiający, że w odwołaniu błędnie przywołano niemający zastosowania w tym postępowaniu poprzednie rozporządzenie w sprawie dokumentów). Odwołujący nie uzasadnił z czego wywodzi, że dokument żądany na mocy postanowień umowy od wykonawcy, z którym została ona zawarta – należy uznać za wykroczenie poza zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Na marginesie należy zauważyć, że w konsekwencji niezasadności poprzedniego zarzutu dla wykonawcy, który potwierdzi spełnianie warunku dotyczącego dysponowania wymaganym potencjałem technicznym, przedstawienie tytułu prawnego do obiektów bazy materiałowo-sprzętowej, powinno mieć charakter formalności. Żadnym z dwóch zarzutów odwołania nie został bowiem objęty poziom szczegółowości danych, których podania Zamawiający domaga się w pkt 16. wykazu narzędzi i urządzeń (w szczególności nie stanowi takiego zarzutu samo przywołanie brzmienia postanowienia określającego wymaganą treść tego dokumentu).

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp i – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....