

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 5 maja 2016 r.**

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

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **5 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 25 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **„POL-DRÓG DRAWSKO POLORSKIE” S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zimowe utrzymanie dróg w latach 2016-20120 (cztery sezony zimowe dla części 1-21 oraz jeden sezon dla części 22-24) w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 24 części* (nr postępowania GDDKiA O.Sz.D-3.2413.2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy: **T. B. Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET, Sławno** – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „POL-DRÓG DRAWSKO POLORSKIE” S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Zimowe utrzymanie dróg w latach 2016-20120 (cztery sezony zimowe dla części 1-21 oraz jeden sezon dla części 22-24) w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 24 części* (nr postępowania GDDKiA O.Sz.D-3.2413.2016). Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 kwietnia 2016 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S\_077-136943. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

25 kwietnia 2016 r. {pismem datowanym na 21 kwietnia 2016 r.} Odwołujący – „POL-DRÓG DRAWSKO POLORSKIE” S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp – przez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania potencjału technicznego oraz sposobu dokonania jego oceny w zakresie wymogu, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali pojazdami o określonym przez Zamawiającego wieku oraz spełniających wskazane normy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ polegającej na usunięciu wymagań dotyczących konieczności dysponowania sprzętem w wieku maksymalnie 7 lat na dzień składania oferty oraz spełniania przez sprzęt w czasie składania oferty i trwania umowy wymogów dyrektywy 98/69/EC EURO 3 lub dyrektywy późniejszej w zakresie emisji spalin.

Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sprecyzował powyższy zarzut przez podanie w szczególności następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że od wielu lat realizuje usługi, których zakres rzeczowy jest zbieżny z przedmiotem zamówienia na rzecz różnych zarządców, w tym w szczególności na rzecz GDDKiA Oddział Szczecin (organizator przedmiotowego postępowania). Do odwołania załączył listę zrealizowanych usług wraz z poświadczeniami jakości wystawionymi przez samego Zamawiającego. Odwołujący dodał, że w żadnym z powyższych przypadków Zamawiający nie limitował wieku pojazdów. Zdaniem Odwołującego uprzednie realizacje potwierdzają, że nie miało wpływu na sposób wykonania, terminowość oraz jakość usług.

Odwołujący podniósł, że stawianie przez wykonawcami warunków ograniczających ich udział w postępowaniu musi być zgodne z zasadą proporcjonalności, która nakazuje dobór takiego środka jaki jest konieczny, a zarazem wystarczający do założonego celu. Jeśli zatem przyjąć, że celem takim jest wybór wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie za konkurencyjną cenę, to dobór środka do osiągnięcia tego celu winien być adekwatny, wystarczający i zarazem zgodny z zasadą uczciwej konkurencji. Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga, by środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok z 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco*, rec. 2002, s-I-11453). W ten sam sposób państwa członkowskie są związane zasadą proporcjonalności podczas procesu transpozycji prawa unijnego do prawa krajowego. Już w 2004 r. ustawodawca unijny przyjmując dyrektywę 2004/18/WE w pkt 2 preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE – w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności. Zasada ta wymaga przeprowadzenia dwustopniowego testu wprowadzanego środka w celu stwierdzenia: 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji? 2) Jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy nie wykracza on poza to co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?

Odwołujący zarzucił, że w tym przypadku przypadku z pewnością nie można uznać za zgodnego z powyższymi zasadami środka, który już na wstępie ogranicza w sposób znaczny i kompletnie nieuzasadniony konkurencję. Zgodnie z art. 22 ust. 4 pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to,

że Zamawiający nie powinien formułować wskazanych warunków w sposób nadmiernie wygórowany, stawiając potencjalnym wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, wymagania. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące, że proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców (uchwała Izby z 3 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 30/15).

Jednocześnie w myśl art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle powyższego jest również rzeczą oczywistą, że zamawiający obowiązany jest formułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby były one obiektywnie możliwe do spełnienia oraz zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący zarzucił, że te zasady zostały przez Zamawiającego w tym postępowaniu naruszone.

Odwołujący przytoczył brzmienie postanowień opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym sprzętu, z użyciem którego mają być wykonywane usługi {rozdział 3 – pkt 3.1 Wymagania ogólne, pkt 4. Transport, Wymagania szczegółowe (SST) – pkt 3.1 Ogólne wymagania dotyczące sprzętu, pkt 3.2 Ilości sprzętu podstawowego}.

Zdaniem Odwołującego specyfika przedmiotu zamówienia powoduje, że sprzęt, który jest użytkowany do realizacji zamówienia, winien być sprawny technicznie, przeznaczony i wyposażony do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący oświadczył, że wszystkie jednostki sprzętu, które są w jego posiadaniu i które przewiduje przeznaczyć do wykonania przedmiotu zamówienia są: pojazdami zarejestrowanymi, sprawnymi technicznie – co potwierdza dopuszczenie do ruchu wydane dla każdego z pojazdów przez uprawnione stacje kontroli stanu technicznego pojazdów, oraz ubezpieczone zgodnie z wymaganiami odrębnych przepisów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia nie jest zakup sprzętu przez Zamawiającego, a jedynie zakup usługi z wykorzystaniem sprzętu Odwołującego. To Odwołujący ponosi odpowiedzialność za stan techniczny pojazdów, ich dopuszczenie do ruchu i wykonywania zadań opisanych w SIWZ przez Zamawiającego. W przypadku awarii sprzętu wykonawca ponosi każdorazową odpowiedzialność kontraktową, a dodatkowo jego obowiązkiem i logiczną koniecznością jest dysponowanie sprzętem rezerwowym.

Według Odwołującego w przypadku sprzętu ciężkiego, o jaki chodzi w przedmiocie zamówienia, kryterium wieku nie przesądza o sprawności ani o niezawodności pojazdu.

Decydujące znaczenie ma stan techniczny pojazdów jego użytkowanie i eksploatacja. Tym samym przykładowo sprzęt pięcioletni może mieć o wiele gorszy stan techniczny niż sprzęt wyprodukowany 8 i więcej lat przed terminem składania ofert. Określenie wieku sprzętu, zwłaszcza solarek i pługów, nie odzwierciedla jakości prac z ich udziałem wykonywanych. Dodatkowo większość wymaganego sprzętu jest wysoce specjalistyczna oraz przeznaczona specjalnie do zamówień tego rodzaju (przykładowo pługi śnieżne). Tym samym sprzęt ten ma bardzo niskie przebiegi i jest praktycznie w idealnym stanie technicznym, gdyż jego wiek nie odzwierciedla stopnia ich zużycia (zwłaszcza przy uwzględnieniu realiów sezonów zimowych w ostatnich latach w Polsce). Stąd wiek pojazdu nie może być w ocenie Odwołującego kryterium granicznym, gdyż stanowi w istocie barierę dostępu do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że aktualne brzmienie SIWZ praktycznie eliminuje lokalne firmy z możliwości udziału w tym postępowaniu praktycznie na kilka sezonów. To z kolei, mając na względzie zakres usług w podziale na 24 zadania i skalę zamówienia na rynku lokalnym, powoduje dla tych przedsiębiorców (w tym Odwołującego) realne zagrożenie dla funkcjonowania na rynku w ogóle. Odwołujący dodał, że posiadany park maszynowy jak dotąd w pełni pozwalał mu na wykonywanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego aktualne wymagania odnośnie rocznika produkcji pojazdów preferują wykonawców z kapitałem zagranicznym, faktycznie eliminując zdolnych do wykonania zamówienia wykonawców krajowych.

Odwołujący zarzucił również, że wymaganie, aby w czasie składania oferty i trwania umowy nośniki musiały spełniać wymogi dyrektywy 98/69/EC EURO 3 lub dyrektywy późniejszej w zakresie emisji spalin, jest zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, ograniczając jedynie dostęp do wykonania zamówienia dla wykonawców.

Odwołujący podniósł, że żaden z obowiązujących przepisów, tak dotyczących sposobu wykonania przedmiotowej usługi, jak i dotyczących poruszania się po drogach publicznych pojazdów takich ograniczeń jak w SIWZ nie przewiduje.

Odwołujący stwierdził, że nośniki na zimowym utrzymaniu dróg poruszają się średnio 2 razy na dobę przy niesprzyjających warunkach atmosferycznych – co w połączeniu z incydentalnym charakterem usług, w których mają być wykorzystywane pojazdy, oraz rodzajem terenu, na którym mają być wykorzystywane pojazdy – powoduje, że wpływ emisji zanieczyszczeń do atmosfery generowany przez pojazdy używane przez wykonawcę jest nieistotny. Przedmiot zamówienia nie obejmuje świadczenia usług na terenie przykładowo aglomeracji miejskich, a sam przedmiot usług nie dotyczy przykładowo usług komunikacji publicznej w takich miejscach, co mogłoby mieć znaczenie dla sposobu wykonania zamówienia i dopuszczalnych norm zanieczyszczeń.

Pismem z 26 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania zamieścił na swojej stronie internetowej 22 kwietnia 2016 r.

25 kwietnia 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez T. B. Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET ze Sławna przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

29 kwietnia 2016 r. wpłynęło do Izby pismo Zamawiającego zawierające odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty Odwołującego i działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Ponadto Zamawiający podał, że 29 kwietnia 2016 r. dokonał stosowanej zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji, na dowód czego załączył pismo obejmujące zmiany treści SIWZ oraz sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu wysłane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

## Sygn. akt KIO 633/16

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmuje w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że Zamawiający oświadczył, że dokonał już stosowanych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego po stronie Odwołującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

**Przewodniczący:** .....