

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 marca 2011 r. przez **Jacka Wieczorka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „wykonanie usługi polegającej na oczyszczaniu miasta Częstochowy w okresach letnich od dnia podpisania umowy do dnia 31.3.2014.” przez zamawiającego - **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sita Polska sp. z o.o., Sita Częstochowa sp. z o.o., adres do korespondencji: ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Jacka Wieczorka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Jacka Wieczorka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek**

Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Jacka Wieczorka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom** na rzecz **Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego - Jacek Wieczorek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek z Bytomia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759, ze zm.) [ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego [powyżej 193.000 Euro], którego przedmiotem jest „Wykonanie usługi polegającej na oczyszczaniu miasta Częstochowy w okresach letnim od dnia podpisania umowy do dnia 31.03.2014”. Odwołanie dotyczy postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] - pkt 6.2.6. SIWZ oraz pkt III.2.3) Ogłoszenia (w wersji pierwotnej, przed modyfikacją z dnia 19.03.2011 r.) . Wykonawca stwierdził, że Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, z uwagi na naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia ani do niego nieproporcjonalny, a także w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Podniósł także zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez modyfikację postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób niezgodny z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 28 lutego 2011 r, a które to odwołanie Zamawiający uwzględnił w całości. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że w odwołaniu z dnia 28 lutego 2011 r. (sygn. KIO 417/11) wskazał na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, tj. na sformułowanie warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków niezgodnie z ustawą. Odwołujący stwierdził, że wskazane odwołanie dotyczyło postanowień pkt 6.2.6. SIWZ oraz pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z którymi (...) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali lub realizują w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, tj. usługi polegającej na oczyszczaniu miasta w okresie letnim, o wartości przerobu brutto jednej usługi u jednego Zamawiającego w ciągu jednego sezonu, wynoszącej przynajmniej: za utrzymanie w stanie czystości ulic wraz z azyłami - 1.000.000,00 PLN brutto; za wywóz nieczystości stałych komunalnych - 50.000,00 PLN

brutto; za opróżnianie koszy ulicznych - 800.000,00 PLN brutto; za ręczne oczyszczenie obiektów inżynierii miejskiej - 200.000,00 PLN brutto; za usuwanie martwych zwierząt i innych nieczystości z pasa drogowego - 15.000,00 PLN brutto. Kwestionując tak sformułowany warunek, Odwołujący wniósł o (...) wykreślenie z warunku postanowień dotyczących konieczności wykonania wszystkich usług na rzecz jednego zamawiającego w ramach jednej umowy (tj. nieograniczenie ilości wykonanych zamówień i ilości odbiorców), jak również o nieograniczanie okresu, w którym usługi zostały wykonane, w sposób inny niż dopuszczalny przez rozporządzenie w sprawie dokumentów, tj. okres trzyletni przed upływem składania ofert. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i KIO umorzyła postępowanie w sprawie o sygn. KIO 417/11. W dniu 19 marca 2011 r. Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 6.2.6. SIWZ i odpowiednio pkt. 7.1.2.SIWZ oraz pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu poprzez sformułowanie następującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a mianowicie (...) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy zrealizowali lub realizują w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przynajmniej po jednej usłudze z poniżej wymienionych, o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, tj. usłudze wykonywanej na terenie miasta o podobnej wielkości, tj. o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 200.000,00 polegającej na utrzymaniu w stanie czystości ulic wraz z azylami - o wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego, wynoszącej przynajmniej 1.000.000,00 PLN brutto; wywozu nieczystości stałych komunalnych - o wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego, wynoszącej przynajmniej za 50.000,00 PLN brutto; opróżnianiu koszy ulicznych - o wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego, wynoszącej przynajmniej za 800.000,00 PLN brutto; ręcznym oczyszczaniu obiektów inżynierii miejskiej - o wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego, wynoszącej przynajmniej za 200.000,00 PLN brutto; usuwaniu martwych zwierząt i innych nieczystości z pasa drogowego – o wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego, wynoszącej przynajmniej za 5.000,00 PLN brutto. Zamawiający dopuścił wykonanie lub wykonywanie ww. usług w ramach jednego zamówienia (umowy)_oraz wymagał wykazania wykonanie tych usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców raz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie. Zdaniem wykonawcy zmodyfikowane postanowienia pkt 6.2.6. SIWZ i odpowiednio pkt. 7.1.2.SIWZ oraz pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, naruszają art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez modyfikację SIWZ i ogłoszenia w sposób niezgodny z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 28.02.2011 r. a ponadto Zamawiający sformułował nowe warunki udziału w postępowaniu (*wykonywanie usługi na terenie miasta o podobnej wielkości*, tj. o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 200.000,00), które są niezgodne z przepisami ustawy. Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1

ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy podał, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wykonanie usługi polegającej na oczyszczaniu miasta Częstochowy w okresach letnim od dnia podpisania umowy do dnia 31.03.2014 r. (oczyszczanie miasta Częstochowy stałe w okresach letnich i okresowo w zimowych oraz stałe opróżnianie koszy przyulicznych w okresach letnich i zimowych w latach 2011-2014). Warunki udziału w postępowaniu nie mogą wykraczać poza cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie. Zdaniem wykonawcy, przywołany zapis S1WZ nie wskazuje, czy usługa musi być wykonana na terenie całego miasta czy może być wykonana na terenie części miasta (określonego rejonu miasta), a jeżeli na terenie części miasta - to czy także liczba mieszkańców tej części ma być nie mniejsza niż 200.000. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których przedmiotem jest usługa oczyszczania miasta zamawiający często dzielą zamówienie na poszczególne rejony, a w konsekwencji poszczególne części miasta/rejony oczyszczają różne podmioty (przykładowo: postępowanie na „Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice” prowadzone przez Miasto Gliwice Wydział Przedsięwzięć Gospodarczych i Usług Komunalnych zostało podzielone na 9 części - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2007/S 22-025767 z dnia 1.02.2007 r.). Z powyższego – zdaniem wykonawcy - wynika, że Zamawiający formułując postanowienie pkt 6.2.6. S1WZ i odpowiednio pkt. 7.1.2.SIWZ oraz pkt 11I.2.3) Ogłoszenia naruszył obowiązek dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Także to postanowienie - zdaniem Odwołującego - narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż dyskryminuje wykonawców, którzy zdobyli doświadczenie porównywalne przedmiotowo świadcząc usługi w innych dużych miastach (położonych w województwie śląskim lub w innych województwach) o liczbie mieszkańców nieprzekraczającej jednak 200.000 (np. Gliwice, Zabrze, Bytom, Bielsko-Biała, Ruda Śląska, Chorzów, Tychy, Dąbrowa Górnicza, Jaworzno) lub też u odbiorców usług, które nie posiadają statusu miasta. Takimi odbiorcami usług mogą być: województwa, powiaty, sołectwa, czy też wsie. Częstym rozwiązaniem organizacyjnym przy obsłudze dróg są zarządy obsługujące drogi w kilku miastach czy sołectwach. Wówczas przedmiot zamówienia obejmuje drogi w obrębie administracyjnym województwa, powiatu, czy też kilku miast. Liczby ludności, która korzysta z takiej sieci dróg nie sposób odnieść do przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że w całej Polsce miast o liczbie mieszkańców powyżej 200.000 jest zaledwie kilkanaście, w tym spośród miast województwa śląskiego jedynie

Katowice i Sosnowiec spełniają powyższy warunek. Ponadto miasta o liczbie mieszkańców mniejszej niż 200.000 mogą posiadać bardziej rozbudowaną sieć dróg oraz zajmować większą powierzchnię niż miasta o liczbie mieszkańców powyżej 200.000 (przykładowo: Jaworzno ma powierzchnię 153 km² przy liczbie mieszkańców: 95.000; natomiast Sosnowiec ma powierzchnię 91 km² przy liczbie mieszkańców: 219.000; Kielce mają powierzchnię 109 km² przy liczbie mieszkańców: 205.000), a tym samym wymagać bardziej intensywnego oczyszczania niż miasta o większej liczbie mieszkańców. Postawienie przez Zamawiającego warunku posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia usług w mieście o określonej liczbie mieszkańców, powoduje, że warunek ten nie jest związany ani z przedmiotem zamówienia ani proporcjonalny do tego przedmiotu zamówienia. Tym samym dyskryminowani są wykonawcy, którzy mogą wykazać się większą liczbą wykonanych zamówień na terenie miast o bardziej rozbudowanej sieci dróg i większej powierzchni terenu (porównywalnej lub większej w stosunku do Częstochowy), jednakże o liczbie mieszkańców mniejszej niż 200.000 lub też wykonujący usługi u odbiorców o innym statusie administracyjnym niż miasto np. na terenie powiatu, który obejmuje teren o podobnej powierzchni a nawet liczbie mieszkańców. Zdaniem Odwołującego adekwatnym w stosunku do zakresu przedmiotowego zamówienia byłoby wymaganie doświadczenia w realizacji usług bez określenia statusu zamawiającego i liczby odbiorców wykonanych usług. Opis oceny spełniania warunków powinien być bowiem sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności. Adekwatnym kryterium w przypadku usługi oczyszczania byłaby powierzchnia oczyszczanych ulic, ilość nieczystości do wywozu, ilość opróżnianych koszy ulicznych i podobne elementy. Wyżej wskazany zarzut zostaje podniesiony w terminie, gdyż Zamawiający dopiero w dniu 19 marca 2011 r. dodał w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu warunek doświadczenia polegającego na wykonaniu usługi „na terenie miasta o podobnej wielkości, tj. o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 200.000,00”. Wykonawca stwierdził także, że postanowienie pkt 6.2.6. SIWZ i pkt 7.1.2.SIWZ oraz pkt III.2.3) Ogłoszenia dotyczące doświadczenia w wykonaniu usług o określonej wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wymóg wykonania usług o wskazanych wartościach w ciągu jednego roku kalendarzowego jest wygórowany i utrudnia wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia. Umowy o świadczenie usług oczyszczania miasta są zwykle zawierane na okres trzy- lub dwuletni. Wskazane wartości przerobu przy świadczeniu usług oczyszczania miasta nie są realnie możliwe do osiągnięcia w ciągu jednego roku kalendarzowego ani w Częstochowie ani w miastach o podobnej liczbie mieszkańców, sieci dróg i powierzchni terenu. Wygórowane kryteria wartości przerobu nie dają gwarancji wysokiej jakości świadczonych usług ani posiadania doświadczenia w zakresie oczyszczania miasta, lecz są jedynie dowodem wysokich

dochodów wykonawcy usługi. Wskazany zapis zawęży możliwość udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i niweczy cel postępowania jakim jest wyłonienie rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy. Wykonawca wskazał, że Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w 2008 r. na „Utrzymanie miasta Częstochowy w okresie letnim od dnia podpisania umowy do 31.12.2010 r.” wymagał wykazania niższej wartości przerobu za usługi świadczone przez 3 lata aniżeli w tym postępowaniu w ciągu jednego roku kalendarzowego. Podał także, że rzeczywista wartość wykonanych usług oczyszczania miasta Częstochowy w latach 2008-2010 w zakresie utrzymania w stanie czystości jezdni ulic z azylami i wysepkami wraz z pakietem usług towarzyszących (tj. oczyszczanie ulic po zimie, oczyszczanie końcówek pętli autobusowych, polewanie jezdni, wywóz nieczystości stałych) wyniosła średnio w ciągu roku kalendarzowego 2008 -772.800,35 zł brutto, w roku 2009 - 997.458,23 zł brutto, a w roku 2010 - 868.737,66 zł brutto. Z powyższego jednoznacznie wynika, zdaniem wykonawcy, że wartość całego pakietu usług oczyszczania miasta (a nie tylko utrzymania w czystości ulic) nie osiągnęła - wymaganej w obecnym postępowaniu w zakresie utrzymania w stanie czystości ulic - wartości 1.000.000,00 zł brutto rocznie. Przytoczone wyżej wartości dokumentuje list referencyjny wystawiony przez Zamawiającego w dniu 11.03.2011 r. (w załączeniu). Wskazane wartości świadczą jednoznacznie, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zatem opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy byłoby w stanie rzetelnie i fachowo wykonać usługę. Dodać należy, że sieć dróg czy też liczba koszy do opróżnienia, a tym samym potrzeby w zakresie oczyszczania miasta, nie uległy w Częstochowie znaczącej zmianie względem stanu z 2008 roku. Wskazując na naruszenie art. 186 ust.2 ustawy Pzp wykonawca podał, że sformułowanie warunku w pkt 6.2.6. SIWZ [wykonania przynajmniej po jednej usłudze z poniżej wymienionych (...) polegającej na: - utrzymaniu w stanie czystości ulic wraz z azylami - o wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego, wynoszącej przynajmniej 1.000.000,00 PLN brutto (...),] narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż dyskryminuje wykonawców, którzy zdobyli doświadczenie porównywalne przedmiotowo i wartościowo, świadcząc usługi na rzecz różnych odbiorców (np. świadczenie w tym samym czasie usług utrzymania ulic w stanie czystości na rzecz dwóch zamawiających przy wartości każdej z usług ok. 800.000 zł brutto). Zamawiający wykluczył tak sformułowanym wymogiem SIWZ możliwość łączenia doświadczenia zdobytego u różnych Zamawiających w tym samym okresie. Powyższe postanowienie skutkuje uprzywilejowaniem wykonawców, którzy mogą wykazać się realizacją wyłącznie jednej umowy mającej za przedmiot usługę, których wartość jest znacznie niższa niż wartość usług

zrealizowanych przez wykonawcę świadczącego usługi na rzecz kilku podmiotów w tym samym czasie. Tym samym dyskryminowani są wykonawcy, którzy mogą wykazać się większą liczbą umów. Wymagane w SIWZ i ogłoszeniu doświadczenie w zakresie wykonania „przynajmniej po jednej usłudze (...) o wartości przerobu brutto w ciągu jednego roku kalendarzowego (...)” powoduje także, że niemożliwym staje się połączenie potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zgodnie z art. 23 ust. 1 Pzp) w zakresie jednej z usług (np. utrzymanie ulic w stanie czystości albo wywóz nieczystości stałych komunalnych). Warunek ten zawęża możliwość udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i niweczy cel postępowania jakim jest wyłonienie rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy.

Stwierdził także, że sformułowane postanowienie jest niezgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 28.02.2011 r. a tym samym Zamawiający naruszył art. 186 ust. 2 ustawy, gdyż we wskazanym odwołaniu Odwołujący wnosił o: „modyfikacją pkt 6.2.6. SIWZ i pkt III. 2.3) ogłoszenia i wykreślenie z warunku postanowień dotyczących konieczności wykonania wszystkich usług na rzecz jednego zamawiającego w ramach jednej umowy (tj. nieograniczenie ilości wykonanych zamówień i ilości odbiorców), jak również Odwołujący wnosi o nieograniczenie okresu, w którym usługi zostały wykonane, w sposób inny niż dopuszczalny przez rozporządzenie w sprawie dokumentów, tj. okres trzyletni przed upływem składania ofert. ” W konkluzji powołując się na orzecznictwo KIO wniósł o modyfikację pkt 6.2.6. SIWZ i odpowiednio pkt. 7.1.2.SIWZ oraz pkt III.2.3) ogłoszenia poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku w taki sposób, aby wykonawcy mogli wykazać się doświadczeniem w wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usługach w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, tj. w świadczeniu usług (bez określenia statusu i liczby odbiorców wykonanych usług), polegających na: utrzymaniu w stanie czystości ulic wraz z azylami - o wartości przerobu brutto określonej na podstawie łącznej wartości tych usług w ciągu trzech lat; wywozu nieczystości stałych komunalnych - o wartości przerobu brutto określonej na podstawie łącznej wartości tych usług w ciągu trzech lat; opróżnianiu koszy ulicznych - o wartości przerobu brutto określonej na podstawie łącznej wartości tych usług w ciągu trzech lat; ręcznym oczyszczaniu obiektów inżynierii miejskiej - o wartości przerobu brutto określonej na podstawie łącznej wartości tych usług w ciągu trzech lat; usuwaniu martwych zwierząt i innych nieczystości z pasa drogowego - o wartości przerobu brutto określonej na podstawie łącznej wartości tych usług w ciągu trzech lat. Wymagana wartość przerobu brutto powinna być proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i nie może w sposób nieuprawniony ograniczać kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Sita Częstochowa sp. z o.o. z Częstochowy, stwierdzając, że ustalone warunki są adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym odwołania z dnia 28 lutego 2011 r. oraz odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 marca 2011 r.[sygn. akt: KIO UZP 417/11] oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego i przystępującego do postępowania przedstawione także w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Mając na względzie przepis art. 180 ust.3 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że Odwołujący wskazał w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne przepisu art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz art. 22 ust. 4 w związku z art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do niego, a także w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Wykonawca podniósł także zarzut naruszenia art. 186 ustawy Pzp poprzez modyfikację postanowień Siwz i ogłoszenia o zamówieniu w sposób niezgodny z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 28 lutego 2011 r., które to żądanie Zamawiający uwzględnił w całości.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Jednakże Izba pozostawiła bez rozpatrzenia jeden z zarzutów dotyczący naruszenia art. 186 ust. 2 w związku z art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp. Argumentacja Zamawiającego, dotycząca tej podstawy prawnej zasługuje tylko częściowo na uwzględnienie. Jak wynika, bowiem z treści powiadomienia z dnia 19 marca 2011 r. Zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji w zakresie podnoszonego w odwołaniu pkt 6.2.6 oraz pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu. na podstawie art. 38 ust.4 ustawy Pzp, a nie na podstawie art. 186 ust.2 ustawy Pzp. Wskazany przepis art. 38 ust.4 ustawy Pzp stanowi o uzasadnionych przypadkach pozwalających na zmianę treści postanowień specyfikacji, a przepis art. 186 ust.2 ustawy Pzp – o m.in. wykonywaniu czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Pierwsza zmiana – jak ustaliła Izba - dotyczy zdefiniowania usługi podobnej realizowanej na terenie miasta poprzez

wskazanie liczby mieszkańców [nie mniejszej niż 200 tys.], a druga – zakresu, wartości i czasookresu wymaganych usług dla potwierdzenia spełnienia warunku z pkt 6.2.6 [wykaz usług]. W tym przypadku Zamawiający wymagane wartości przerobu odniósł nie do okresu letniego, a całego roku. Ponadto dla usługi „usuwanie martwych zwierząt ...” obniżył wartość przerobu do 5.000 zł. Dopuszczył także wykonywanie bądź wykonywanie wskazanych w tym punkcie usług w ramach jednego zamówienia nie tylko na rzecz tego samego zamawiającego. W odwołaniu z dnia 28 lutego wykonawca – w zakresie objętym odwołaniem – wnosił o (...) modyfikacją pkt 6.2.6. SIWZ i pkt III. 2.3) ogłoszenia i wykreślenie z warunku postanowień dotyczących konieczności wykonania wszystkich usług na rzecz jednego zamawiającego w ramach jednej umowy (tj. nieograniczenie ilości wykonanych zamówień i ilości odbiorców), jak również Odwołujący wnosił o nieograniczenie okresu, w którym usługi zostały wykonane, w sposób inny niż dopuszczalny przez rozporządzenie w sprawie dokumentów, tj. okres trzyletni przed upływem składania ofert. Zamawiający de facto uchylił dotychczasowe brzmienie pkt 6.2.6 specyfikacji zezwalając na legitymowanie się usługami nie tylko w ramach jednej umowy. Tym samym Zamawiający nie uwzględnił drugiego z żądań pozostawiając drugi z wymienionych warunków. Co prawda warunek ten został zmodyfikowany, jednakże żądanie dotyczyło uchylenia tego ograniczenia. Także wskazywany przepis art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp jako kolejna podstawa prawna odrzucenia odwołania nie ma w niniejszej sprawie wprost zastosowania. Zmiany do specyfikacji i ogłoszenia na podstawie art. 38 ust.4 ustawy Pzp zostały wprowadzone w dniu 19 marca 2011 r., a zatem podnoszone zarzuty wobec postanowień Ogłoszenia o zamówieniu - pkt III.2.3 i specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 6.2.6. w wersji po modyfikacji należy rozpatrywać z uwzględnieniem tej daty. Jednakże mając na uwadze odpowiednio przepis art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że bez rozpatrzenia należy pozostawić zarzut dotyczący wykonywania usług na terenie miasta oraz zarzut dotyczący wartości poszczególnych usług w podziale na ich rodzaj. Powyższe zarzuty zostały wniesione po terminie, albowiem analogiczne warunki wynikały z Ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji przed ich modyfikacją z 19 marca 2011 r.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, dotyczącego odalenia odwołania w związku z brakiem interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do jego wniesienia. W tym przypadku Izba stwierdziła, że uwzględnienie żądań Odwołującego zgodnie z treścią odwołania pozwoliłoby wykonawcy na złożenie oferty w postępowaniu i tym samym na ubieganie się o to zamówienie.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w związku nieuwzględnieniem żądania co do nieograniczania okresu, w którym usługi zostały

wykonane, w sposób inny niż dopuszczalny przez rozporządzenie w sprawie dokumentów, tj. okres trzyletni przed upływem składania ofert, Izba przede wszystkim stwierdziła, że warunek ustalony w pkt 6.2.2 specyfikacji jak i w Ogłoszeniu, także po modyfikacji tego wymagania, jest zgodny z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz nie narusza przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Z tego też względu, nie może być uwzględnione przez Izbę żądanie wykonawcy nakazania Zamawiającemu dostosowania tego warunku do przepisów rozporządzenia poprzez wprowadzenie możliwości dla wykonawcy sumowania usług z okresu trzyletniego, albowiem wskazane przepisy rozporządzenia nie mogą stanowić takiej podstawy. Tak jak Zamawiający ustalił o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat zrealizowali bądź realizują wymagane usługi. Ustalenie czasu trwania tej usługi – jeden rok kalendarzowy [poprzednio jeden sezon letni] nie narusza przepisów wskazanego rozporządzenia.

Rozpatrując zarzut dotyczący miasta o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 200.000, Izba miała na względzie przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne, a zatem zarówno dowody na poparcie swoich twierdzeń jak i na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. W tym przypadku Odwołujący nie wykazał, że ustalając ten warunek Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do niego, a także w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. W tym przypadku Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, że generowanie produktów [odpadów-śmieci], których dotyczy przedmiotowa usługa sprzątnia wiąże się nie tylko z liczbą mieszkańców, lecz także ze specyfiką miejsca, dla którego będzie wykonywana. Częstochowa liczy blisko 240 tys. mieszkańców i jest ponadto rokrocznie odwiedzana przez blisko 4 mln turystów i pielgrzymów. Tym samym, mając na względzie chociażby wskazane powyżej czynniki, kwestionowany warunek jest w przekonaniu Izby zasadny jak również jednoznaczny i wyczerpujący oraz jak najbardziej proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca także uwagę, 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.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

.....