

Sygn. akt: KIO 3259/22

WYROK

z dnia 28 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 21 grudnia 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2022r. **przez odwołującego:** VICARO Sp. z o.o., ul. A. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin

przy udziale przystępującego: Usługi Porządkowe E. F., Ł. S., M. F.Sp. Cywilna, ul. Cyryła i Metodego 29/7, 71-541 Szczecin, zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert, po uprzednim wezwaniu przystępującego po stronie zamawiającego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w związku wymaganymi podmiotowymi środkami dowodowymi
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin
i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego VICARO Sp. z o.o., ul. A. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice tytułem wpisu od

odwołania

- 2.2. zasądza od zamawiającego Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin na rzecz odwołującego VICARO Sp. z o.o., ul. A. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie jest zamówieniem podprogowym, prowadzonym pod numerem postępowania : DZP/47/TP/2022 i Numerem ogłoszenia: 2022/BZP 00418581/01.

Przedmiotem zamówienia, którego dotyczy odwołanie jest: Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin, dotyczy usług, a tryb postępowania jest podstawowy.

Odwołanie

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów prawa :

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Oferenta Usługi Porządkowe E.F., Ł. S., M. F. Spółka Cywilna z postępowania, mimo iż Oferent nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku z ust. pkt. 1 a rozdziału V SWZ z powodu tego że oferent nie posiada doświadczenia w zakresie usług porównywalnych tj. wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum 1 usługę trwającą przez okres minimum 3 miesiące. Za jedną usługę Zamawiający uzna usługę polegającą na likwidacji zdarzeń szczególnych w pasie drogowym w mieście o liczbie ludności minimum 200 000 osób oraz paragrafu 1 umowy będącej załącznikiem nr 4 do SWZ. Natomiast w złożonych przez siebie dokumentach nie ma referencji świadczących, iż Oferent kiedykolwiek wykonywał usługi polegające na uprzątnięciu padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięciu zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuczonej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego, z wyłączeniem basenów p/poż., cmentarzy, prywatnych posesji i terenów będących poza władaniem Gminy Miasto Szczecin.

- art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Oferenta Usługi Porządkowe E.F., Ł. S., M. F. Spółka Cywilna z postępowania, mimo iż Oferent, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku przewidzianego w załączniku nr 4 tj. umowy dokładnie paragrafu 2 ust. 8 przedmiotowej umowy, a więc oferent którego oferta została wybrana nie spełnia wymogów określonych w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z dnia 21. Października 2009 r. określającym przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi stanowiących materiał kategorii 1 który powinien zostać przekazane do zakładu uprawnionego do unieszkodliwiania tego materiału

- art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022.0.1710 t. j.), poprzez wprowadzanie zamawiającego przez wykonawcę (Usługi Porządkowe E. F., Ł. S.,

M.F. Spółka Cywilna) w błąd przy przedstawianiu informacji odpowiednio w drodze zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa,

- art. 109 ust.1 pkt. 10 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022.0.1710 t. j.), poprzez wprowadzanie zamawiającego przez wykonawcę (Usługi Porządkowe E. F., Ł. S., M. F. Spółka Cywilna) w błąd poprzez przedstawianie informacji odpowiednio w drodze lekkomyślności lub niedbalstwa,

- naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez Zamawiającego poprzez nie wykazanie się obiektywizmem co do najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i nie zapewnienia jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

- art. 124 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022.0.1710 t. j.) przez nie żądanie środków podmiotowych przez Zamawiającego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia przez wybranego Wykonawcy,

- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne wezwanie oferenta, którego oferta została wybrana co do podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ponieważ dokumenty złożone przez oferenta są niekompletne lub zawierają błędy, a zamawiający powinien wezwać precyzyjnie wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Odwolujący wnosi o :

1. Uwzględnienie odwołanie i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron

3. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z :

a) pisma z dnia 29.11.2022 roku sporządzonego przez Usługi porządkowe E. F., Ł. S., M. F. Spółka cywilna, – na okoliczność treści tego pisma, nie spełnienia wymogów określonych we wzorze umowy (załącznik nr 4 do SWZ),

b) pismo z dnia 07.11.2022 roku, sporządzone przez zamawiającego – na okoliczność treści pisma, nie spełnienia wymogów określonych we wzorze umowy (załącznik nr 4 do SWZ)

c) wykaz wykonanych usług z dnia 22.11.2022 r., sporządzony przez oferenta/wykonawcę – na okoliczność treści pisma, nie spełnienia wymogu warunku udziału w postępowaniu (SWZ)

d) Specyfikacja warunków zamówienia na usługi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – na okoliczność treści specyfikacji warunków zamówienia,

e) Załącznik nr 4 do SWZ tj. wzór umowy – na okoliczność treści, wymagań Zamawiającego, precyzyjnych określeń oraz warunków realizacji umowy,

f) Załącznik nr 1 do SWZ, oferta cenowa oferenta/wykonawcy - Usługi porządkowe, E. F., Ł. S., M. F. Spółka cywilna, – na okoliczność treści oferty,

g) ogłoszenia tablicowego nr 6/2022 załączone przez wykonawcę Usługi porządkowe, E.F., Ł. S., M. F. Spółka cywilna, polegających na likwidacji dzikich wysypisk – na okoliczność tego, iż charakter prac przedstawionych w niniejszym ogłoszeniu nie ma absolutnie żadnego związku z likwidacją zdarzeń szczególnych w pasie drogowym,

h) Załącznik nr 2A do SWZ (numer sprawy DZP/5/PN/2022) - wzór umowy załączony przez wykonawcę – na okoliczność treści tej umowy oraz tego, iż postanowienia ogólne oraz zakres zamówienia nie są porównywalne co do warunków udziału w postępowaniu przewidzianych w SWZ a także w załączniku nr 4 do SWZ (wzór umowy), a więc nie przewidywały likwidacji zdarzeń szczególnych m. in. uprzątnięcie padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięcie zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego,

i) Umowa o nr ZDiTM nr 140/2020, z dnia 17.11.2020 r., zawarta pomiędzy VICARO Sp. z o. o., a Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie, na okoliczność treści umowy, znaczenia likwidacji zdarzeń szczególnych,

j) umowa (strona 1) z dnia 23.03.2021 r. zawarta pomiędzy Remondis Szczecin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie a E. F. Ł. S., M. F. prowadzącymi działalność gospodarczą pod nazwą Usługi porządkowe, E. F., Ł. S., M. F. Spółka cywilna z siedzibą Szczecin, na okoliczność treści tej umowy oraz tego, iż postanowienia ogólne zamówienia nie są porównywalne co do warunków udziału w postępowaniu przewidzianych w SWZ a także w załączniku nr 4 do SWZ (wzór umowy)

4) Zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego od wykonawcy Usługi wg. norm prawem przepisanych.

5) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka w osobie:

a) Pana J. K., adres do korespondencji VICARO Sp. z o. o., ul. Kosynierów 44, 41-200 Sosnowiec, na okoliczność ustalenia stanu faktycznego w kontekście zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący VICARO Sp. z o. o., podnosi, że spełnił wszelkie wymagania wskazane w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), czego nie można przypisać wykonawcy wybranemu przez Zamawiającego. Wykonawca Usługi Porządkowe E. F., Ł. S. M. F. Sp. cywilna nie wykonywał czynności polegających między innymi na uprzątnięciu padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięcie zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego, z wyłączeniem basenów p/poż., cmentarzy, prywatnych posesji i terenów będących poza władaniem Gminy Miasto Szczecin (zapis umowy, dokładnie w paragrafie 1 ust. 2 pkt. 2 umowy będącej załącznikiem nr 4 do SWZ). Odwołujący podnosi, iż nie należy pominąć faktu iż załączniki są integralną częścią SWZ.

Dalej zgodnie z paragrafem 2 ust. 8 umowy będącej załącznikiem nr 4 do SWZ czytamy, że :

Zwłoki wszystkich zwierząt padłych zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z dnia 21. Października 2009 r. określającym przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi stanowią materiał kategorii 1 i powinny zostać przekazane do zakładu uprawnionego do unieszkodliwiania tego materiału

Odwołujący nie składa odwołania z samej przyczyny wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z Postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2012 r., sygn.. KIO 895/12 Odwołanie nie może dotyczyć wyboru oferty najkorzystniejszej (KIO 895/12). W niniejszym orzeczeniu czytamy, że : Wartość zamówienia jest niższa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W art. 180 ust. 2 Pzp ustawodawca ustanowił generalną regułę niedopuszczalności wnoszenia odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (arg. a contrario z art. art. 180 ust. 2 Pzp). Wyjątek od zasady stanowią czynności wymienione w sposób enumeratywny w przywołanym przepisie t.j. dopuszczalne jest wniesienie odwołania wobec wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu odwołującego z postępowania lub odrzucenia oferty odwołującego. Ustawodawca, dopuścił wniesienie odwołania jedynie wobec czynności, bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy wykonawcy. Katalog tych czynności ma charakter zamknięty. Art. 180 ust. 2 Pzp nie pozwala na wnoszenie odwołania wobec zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw prawnych do podnoszenia zarzutów wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przywołany

przepis daje możliwość korzystania z efektywnych środków ochrony prawnej i przyznaje prawo do wniesienia odwołania w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp wyłącznie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy. Zarzuty odwołującego dotyczą wyłącznie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rozpatrywanie ich przez Izbę jest niedopuszczalne. Powyższa wykładnia art. 180 ust. 2 Pzp, prezentowana jest jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak również jest potwierdzona w orzecznictwie sądów powszechnych. Podnieść należy, iż odwołujący podnosi, iż wnosi odwołanie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy (VICARO Sp. z o. o.). Dalej odwołujący podnosi, iż zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., KIO 1346/12 Postępowania o udzielenie zamówienia doprowadzić ma do wyboru najkorzystniejszej oferty jednak wybór ten musi zapewniać zachowanie zasad uczciwej konkurencji (zob. KIO 1346/12). W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia zasady uczciwej konkurencji zostały naruszone. W niniejszej sprawie (KIO 1346/12) czytamy, że Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Zamawiający, w ramach uprawnienia wynikającego z art. 186 ust.1 ustawy, na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania odwoławczego złożył pismo Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowe zastosowanie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu i na jego podstawie wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo braku ustawowych przesłanek. W niniejszym stanie faktycznym odwołujący zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Oferenta z postępowania, mimo iż Oferent Usługi Porządkowe E. F., Ł. S., M.F. Spółka nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku z ust. pkt. 1 a rozdziału V SWZ z powodu tego że oferent nie posiada doświadczenia w zakresie usług porównywalnych tj. wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym

okresie, minimum 1 usługę trwającą przez okres minimum 3 miesiące. Za jedną usługę Zamawiający uzna usługę polegającą na likwidacji zdarzeń szczególnych w pasie drogowym w mieście o liczbie ludności minimum 200 000 osób oraz paragrafu 1 umowy będącej załącznikiem nr 4 do SWZ, natomiast w złożonych przez siebie dokumentach nie ma referencji świadczących, iż Oferent kiedykolwiek wykonywał usługi polegające na uprzątnięciu padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięciu zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego, z wyłączeniem basenów p/poż., cmentarzy, prywatnych posesji i terenów będących poza władaniem Gminy Miasto Szczecin, a także art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Oferenta, mimo iż Oferent/ wykonawca, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku przewidzianego w załączniku nr 4 tj. umowy dokładnie paragrafu 2 ust. 8 przedmiotowej umowy, a więc oferent którego oferta została wybrania nie spełnia wymogów określonych w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z dnia 21. Października 2009 r. określającym przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi stanowią materiał kategorii 1 i powinny zostać przekazane do zakładu uprawnionego do unieszkodliwiania tego materiału.

W piśmie z dnia 29.11.2022 roku Usługi Porządkowe E. F., Ł. S. M.F. Spółka cywilna przedstawili: - Realizacje prac interwencyjnych w pasie drogowym na terenie miasta Szczecin na rzecz Remondis Sp. z o. o. w Szczecinie. Ponadto w celu wykazania że usługi są usługami porównywalnymi z przedmiotem zamówień wykonawca przedłożył wypis z umowy z dnia 23.03.2021 r., zawartej pomiędzy wykonawcą a Remondis. Ponadto wykonawca (Usługi Porządkowe E. F., Ł.S. M. F. Spółka cywilna) przedstawił, iż likwidacja dzikich wysypisk na rzecz ZBiLK w Szczecinie potwierdza, iż wykonawca wykonywał usługi podobne. Następnie w piśmie z dnia 29.11.2022 r., wykonawca pisze, iż prace interwencyjne polegające na oczyszczaniu przystanków i koszy przystankowych na Prawobrzeżu na rzecz ZDiTM w Szczecinie, są usługami porównywalnymi z przedmiotem zamówienia i w tym celu przedłożył wzór umowy zawarty między wykonawcą z ZDiTM w Szczecinie.

Odwołujący podnosi, iż wszystkie te wyjaśnienie w piśmie z dnia 29.11.2022 roku nie są wystarczające. Wykonawca (E. F., Ł. S. M. F. Spółka cywilna) zawarł umowę w dniu 23.03.2021 r., z REMONDIS Szczecin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie. W paragrafie 1 umowy z dnia 23.03.2021 roku, oferent (Usługi Porządkowe E. F., Ł. S. M. F. Spółka cywilna), a przyjął do wykonania następujące usługi:

1) zamiatanie nawierzchni chodników, przejść dla pieszych, mostów, wiaduktów, kładek, tarasów, przejść podziemnych, parkingów, schodów wraz z ich odchwaszczaniem, łącznie z

usuwaniem z tych nawierzchni odpadów zabranych w wyniku zmiatania i odchwaszczania,
2) prace związane z uzupełnieniem oczyszczania mechanicznego w miejscach niedostępnych dla zmiatarki mechanicznej na wyznaczonych odcinkach jezdni, w szczególności: oczyszczanie nawierzchni jezdni przy krawężnikach pod parkującymi pojazdami, oczyszczanie nawierzchni wysepek jezdniowych, pół martwych łuków skrzyżowań, łuków jezdni, nawierzchni pod barierkami ochronnymi, przy krawężnikach wyniesionych wysepek jezdniowych, przy pylonach, łącznie z usuwaniem z tych nawierzchni odpadów zebranych w wyniku zmiatania i odchwaszczania.

3) prace związane z uzupełnieniem oczyszczania mechanicznego w wyznaczonych lokalizacjach: oczyszczanie nawierzchni wysepek jezdniowych, pół martwych, łuków skrzyżowań, łuków jezdni, nawierzchni pod barierkami ochronnymi, przy krawężnikach wyniesionych wysepek jezdniowych, przy pylonach, łącznie z usuwaniem z tych nawierzchni odpadów zebranych w wyniku zmiatania i odchwaszczania

4) interwencyjne usuwanie z nawierzchni chodników, rynsztoków jezdni, placów, ścieżek rowerowych, schodów oraz opasek przyjezdniowych i wysepek wszelkich zanieczyszczeń, w tym roślin, których usunięcie poprzez zmiatanie nie jest możliwe a także zmiatanie nawierzchni pod parkującymi pojazdami

Usługi te nie są porównywalne z usługami przewidzianymi w postępowaniu (zob. SWZ oraz załącznik nr 4 do SWZ).

Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ tj. wzór umowy, Odwołujący podkreśla, iż w § 1 pkt 2 niniejszego wzoru :

2. Zakres zamówienia obejmuje:

1) Usuwanie wszelkich zanieczyszczeń oraz wszelkich przeszkód powstałych w wyniku: a) zdarzeń losowych (zdarzenia losowe to zdarzenia przyszłe i pozbawione cech pewności wystąpienia), b) katastrof naturalnych (katastrofa naturalna to zdarzenie związane z działaniem sił natury w szczególności wyładowania atmosferyczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, osuwiska ziemi), c) aktów wandalizmu w szczególności wykazujących właściwości niebezpieczne lub stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa wszystkich użytkowników ruchu drogowego, powstałych w pasie drogowym, z wyjątkiem wypadków, kolizji oraz rozsypanych i rozlanych ładunków przewożonych przez uczestników ruchu drogowego 2) uprzątnięcie padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięcie zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego, z wyłączeniem basenów p/poż., cmentarzy, prywatnych posesji i terenów będących poza władaniem Gminy Miasto Szczecin.

Odwołujący zarzuca, iż wykonawca tj. E.F., Ł. S. M. F. Spółka cywilna wprowadzili Zamawiającego w błąd, ponieważ wcześniej nie wykonywali usług określonych we wzorze umowy (załącznik nr 4 do SWZ) oraz określonych w SWZ, tj. :

nie usuwali wszelkich zanieczyszczeń tj. losowych, katastrof naturalnych, aktów wandalizmu zagrażających ruchu drogowemu,

- nie usuwali padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych,
- nie usuwali zwłok ptaków,
- nie uprząkali podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego.

Wykonawca Usługi porządkowe E. F., Ł. S. M. F. Spółka cywilna wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ załączył umowę z dnia 23.03.2021 roku zawartą z REMONDIS Szczecin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, w której to wykonawca przedstawił prace, które nie odpowiadają zakresowi, który przewiduje wzór umowy Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ.

Dalej odwołujący podnosi, że zgodnie ze wzorem umowy załączonym przez wykonawcę (Usługi porządkowe E. F., Ł.S. M. F. Spółka cywilna) tj. załącznik nr 2A do SWZ (Nr sprawy DZP/5/PN/2022) w § 1 ust. 1 Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania zadanie polegające na utrzymaniu w czystości pętli autobusowych, tramwajowych i przystanków komunikacji miejskiej w Szczecinie wraz z opróżnieniem i serwisowaniem koszy przystankowych na Prawobrzeżu Szczecina – Część I (dalej: Przedmiot Umowy).

Natomiast zgodnie z § 2 ust.1 pkt 1 i 2 załącznik nr 2A do SWZ (Nr sprawy DZP/5/PN/2022), czytamy, że :

- 1) Utrzymanie stałej czystości 10 pętli (przystanki końcowe) autobusowych, tramwajowych i autobusowo-tramwajowych o łącznej powierzchni utwardzonej 28 940, 37 m² w tym tereny zielone (trawniki) o powierzchni 5 430,06 m² oraz opróżnianie z wszelkich nieczystości i serwisowanie koszy przystankowych w ilości 94 sztuk,
- 2) utrzymanie stałej czystości 241 przystanków autobusowych i tramwajowych oraz opróżnianie z wszelkich nieczystości i serwisowanie koszy przystankowych w ilości 28 sztuk zgodnie z podziałem z n/w STREFY

Z kolei w ust. 2 § 2 czytamy ,iż „Za interwencyjne opróżnianie kosza uważa się opróżnianie kosza z wszelkiej nieczystości oraz oczyszczenie terenu w promieniu dwóch metrów wokół kosza.

Odwołujący podnosi, iż wzór umowy tj. załącznik nr 2A do SWZ załączony przez wykonawcę (Usługi porządkowe E. F., Ł. S. M. F. Spółka cywilna) nie przewiduje oczyszczania jezdni z padłych zwierząt. Ten wzór umowy nie może zostać uznany za dokument, który daje podstawę do wyboru wykonawcy na podstawie jego treści.

Dalej odwołujący wskazuje, że biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W tym przypadku tak się nie stało. Mianowicie co do stanu faktycznego Wybrany wykonawca na etapie składania ofert, dowód oferta wykonawcy Usługi porządkowe E. F., Ł. S. M.F. Spółka cywilna, zadeklarował samodzielne wykonanie zadania bez udziału podwykonawcy. Do realizacji zadania wskazano trzy podmioty: Ekom M. F. Twister Ł. S. Usługi Porządkowe E. F. Jednym z zadań określonych w SWZ jest: uprzątnięcie padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięcie zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego, z wyłączeniem basenów p/pož., cmentarzy, prywatnych posesji i terenów będących poza władaniem Gminy

Miasto Szczecin Do realizacji z poszanowaniem litery prawa powyższych zadań niezbędne jest: - posiadanie nr weterynaryjnego nadawanego przez PIW, - posiadanie środków transportu zaakceptowanych przez Powiatowego Inspektora Weterynarii do przewozu UPPZ kat 1, Wszystkie trzy wskazane podmioty nie widnieją w wykazach i rejestrach Głównego Inspektoratu Weterynarii co jest tożsame z brakiem stosownych uprawnień i zezwoleń. Tym samym nie są uprawnione i nie mogą w świetle prawa zrealizować pkt. 8 par.2 umowy – (dowód: Wzór umowy – załącznik nr 4 do SWZ) . Brak doświadczenia oraz ww. zezwoleń może nie tylko przyczynić się do złej realizacji umowy lecz również mieć konsekwencje społeczne w obliczu epidemii asf. Nie sposób też rywalizować cenowo z podmiotem, który nie musi funkcjonować zgodnie z przepisami a tym samym ponosić wymiernych skokowo rosnących kosztów związanych z gospodarką UPPZ kat.1

Dalej odwołujący co do stanu faktycznego, mianowicie abstrakcyjnych wyjaśnień oferenta/wykonawcy Usługi porządkowe E. F., Ł. S. M.F. Spółka cywilna (dotyczy pisma z dnia 29.11.2022 r., Nr sprawy: DZP/47/TP/2022, znak: DZP.500.13891.2022.KM, a dotyczące postępowania pn. Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin), którego oferta została wybrana, wyjaśnia co następuje :

Wskazana usługa: a) Realizacja prac interwencyjnych w pasie drogowym na terenie miasta Szczecin – zlecona przez prywatny podmiot Remondis, po pierwsze nie ma tożsamego charakteru z przedmiotem zamówienia a także nie dotyczy likwidacji zdarzeń szczególnych w pasie drogowym. Z przedstawionych dowodów wynika iż usługa dotyczyła zmiatania chodników, oczyszczania rynsztoków, odchwaszczania itp. W przedmiocie zamówienia, zamawiający klarownie przedstawił przedmiot zamówienia który dot., usuwania skutków zdarzeń w pasie drogowym o charakterze losowym, skutków katastrof naturalnych, usuwania padłych zwierząt potrąconych na skutek zdarzenia drogowego, aktów wandalizmu mogących mieć wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego w trybie pogotowia, wykonawca zobowiązany jest do reakcji do 15 minut 7 dni w tygodniu, 24h na dobę. Wybrany Wykonawca na potrzeby postępowania określił usługę jako „Realizacja prac interwencyjnych w pasie drogowym na terenie miasta Szczecin”, po terminie jej wykonania i zakresie usług można wnioskować iż dot. ona „OCZYSZCZANIA MIASTA SZCZECIN”, w tym: Część I: Oczyszczanie jezdni, chodników, dróg rowerowych i innych miejsc w pasie drogowym Część II: Oczyszczanie chodników i miejsc parkingowych znajdujących się w Strefie Płatnego Parkowania w Szczecinie” gdzie Remondis wykonywała usługi na rzecz ZDiTM w Szczecinie. Po wtóre we wskazanym terminie tj. 01.04.2021 – 31.12.2021, zadanie Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin wykonywała VICARO sp. z o. o. na zlecenie ZDiTM w Szczecinie, co potwierdza dowód w postaci umowy. Umowa obejmowała wszystkie drogi w zarządzie ZDiTM. b) Prace interwencyjne polegające na oczyszczaniu przystanków i koszy przystankowych na Prawobrzeżu, usługa zgodnie z dowodem złożonym przez wykonawcę Usługi porządkowe E. F., Ł.S. M. F. Spółka cywilna (załącznik nr 2A do SWZ), nie dotyczy usuwania skutków zdarzeń szczególnych w pasie drogowym lecz opróżniania koszy i ich serwisowania. Nie ma znamion klęsk żywiołowych, zdarzeń z udziałem zwierząt wymagających natychmiastowej interwencji gdzie reakcja musi nastąpić natychmiast po zgłoszeniu a prace odbywają się w czynnym pasie ruchu drogowego, usługa nie wymaga zamknięcia pasa jezdni, kierowania ruchem, współpracy z jednostkami Policji i Straży pożarnej, absurdem jest utożsamianie obu czynności. Opróżnianie koszy na śmieci nie można pod żadnym względem przyrównać do obsługi zdarzeń szczególnych w pasie drogowym. Po wtóre we wskazanym terminie tj. 01.01.2022 – 31.11.2022 r., zadanie Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin wykonywała VICARO sp. z o. o. na zlecenie ZDiTM w Szczecinie, co potwierdza dowód w postaci umowy - Umowa o nr ZDiTM nr 140/2020, z dnia 17.11.2020 r., zawarta pomiędzy VICARO Sp. z o. o.,. Umowa obejmowała wszystkie drogi w zarządzie ZDiTM. Ponadto gdyby obie powyższe usługi uznać za tożsame z trzecią wykonywaną przez Vicaro sp. z o. o. tj. likwidację zdarzeń szczególnych w pasie drogowym we wskazanym czasie na zlecenie tego samego podmiotu tj. ZDiTM w Szczecinie na tym samym obszarze, oznaczałoby to, iż

prace powielane są trzykrotnie a tym samym trzykrotnie wynagradzane co świadczyłoby nie tylko o niegospodarności podmiotu zlecającego tj. ZDiTM w Szczecinie ale również bezsprzecznie i jednoznacznie naruszałoby to dyscyplinę finansów publicznych. c) Likwidacja dzikich wysypisk (wykonawcy Usługi E. F., Ł.S. M. F. Spółka Cywilna) – podmiot zlecający ZBiLK, wskazany charakter prac w załączniku będącym ogłoszeniem tablicowym nr 6/2022 nie ma absolutnie żadnego związku z likwidacją zdarzeń szczególnych w pasie drogowym. Wywożenie odpadów z dzikich wysypisk w żadnym aspekcie nie można wpisać w kanony usuwania skutków zdarzeń drogowych, likwidacji zdarzeń szczególnych w pasie drogowym. Ponadto drogi publiczne w Szczecinie oddane są pod opiekę ZDiTM, wykonawca wskazał za zamawiającego Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych jednocześnie w wyjaśnieniach podkreślił że wysypiska powstają w pasie drogowym. Należy pamiętać że zarząd nad drogami miejskimi z wyłączeniem dróg ekspresowych i autostrad sprawuje prezydent miasta który w tym przypadku oddał pieczę ZDiTM w Szczecinie. Trudno sobie też wyobrazić czynny pas drogowy na którym powstaje dzikie wysypisko a na jego usunięcie jest wyznaczony czas ok. 48 godzin. Referencje nie wskazują na prace w pasie drogowym. Vicaro sp. z o. o. nieprzerwanie od 01.04.2019r. realizuje usługę Likwidacji zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin na drogach w zarządzie ZDiTM. Nie sposób jest uznać iż inny podmiot świadczył te same usługi na drogach tego samego zarządcy w tym samym mieście, w tym samym terminie. Za absurdalne należy uznać zlecenie usług tożsamych w innych zadaniach tego samego podmiotu czyli ZDiTM w Szczecinie.

Dalej szczegółowo opisując stan faktyczny

Podnieść należy, iż Wybrany wykonawca/offerent na etapie składania ofert, dowód: oferta Wykonawcy Usługi porządkowe zadeklarował samodzielne wykonanie zadania bez udziału podwykonawcy. Do realizacji zadania wskazano trzy podmioty: Ekom E. F., Twister Ł.S. Usługi Porządkowe E. F. . Jednym z zadań określonych w Specyfikacji warunków zamówienia (załącznik nr 4) jest: uprzątnięcie padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięcie zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego, z wyłączeniem basenów p/poż., cmentarzy, prywatnych posesji i terenów będących poza władaniem Gminy Miasto Szczecin

Do realizacji z poszanowaniem litery prawa powyższych zadań niezbędne jest : - posiadanie nr weterynaryjnego nadawanego przez PIW, - posiadanie środków transportu zaakceptowanych przez Powiatowego Inspektora Weterynarii do przewozu UPPZ kat 1, Wszystkie trzy wskazane podmioty nie widnieją w wykazach i rejestrach Głównego Inspektoratu Weterynarii co jest tożsame z brakiem stosownych uprawnień i zezwoleń. Tym samym nie są uprawnione i nie mogą w świetle prawa zrealizować pkt. 8 par.2 umowy

(załącznik nr 4 do SWZ). Brak doświadczenia oraz ww. zezwoleń może nie tylko przyczynić się do złej realizacji umowy lecz również mieć konsekwencje społeczne w obliczu epidemii asf. Nie sposób też rywalizować cenowo z podmiotem który nie musi funkcjonować zgodnie z przepisami a tym samym ponosić wymiernych skokowo rosnących kosztów związanych z gospodarką UPPZ kat.1. Brak nr weterynaryjnego uniemożliwia legalny obrót UPPZ kat 1 a tym samym utylizację. Rejestry GIW są ogólnodostępne na stronach [www: https://pasze.wetgiw.gov.pl/uppz1/demo/index.php?l=pl&s=17](https://pasze.wetgiw.gov.pl/uppz1/demo/index.php?l=pl&s=17). Ponadto od 01.04.2019 roku, nieprzerwanie na terenie zarządzanym przez ZDiTM czyli na drogach publicznych Szczecina oraz na terenach gminnych na zlecenie Gminy Szczecin transportem padłych/potrąconych w wyniku zdarzeń drogowych zwierząt do pkt utylizacyjnych zajmuje się Vicaro sp. z o. o. Zachodzi pytanie w którym ze wskazanych przez wybranego wykonawcę zadani są realizowane prace z zakresu pogotowia drogowego, likwidacji zdarzeń szczególnych z udziałem zwierząt na terenie miasta Szczecin, które wskazał sam wykonawca/oferec (Usługi porządkowe E. F., Ł.S. M. F. Spółka Cywilna).

Zdaniem odwołującego takich nie było.

Odwołujący podnosi, że Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Nowego Prawa Zamówień Publicznych odnoszą się do wprowadzania zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji – odpowiednio w drodze zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo lekkomyślności lub niedbalstwa. Podnieść należy, że obie przesłanki są do siebie podobne, chociaż zachodzą pomiędzy nimi istotne różnice – nie tylko co do odmiennej formy winy, ale także tego, że przesłanka z pkt. 8 dotyczy wprowadzenia w błąd jedynie przy przedstawianiu podmiotowych środków dowodowych. W niniejszym stanie faktycznym firma której oferta została wybrana nie spełniła tego warunku. Odwołujący podnosi, że Zamawiający poprzez wybranie oferty Oferenta Usługi Porządkowe E. F., Ł.S. M. F. Spółka Cywilna naruszył art. 124 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022.0.1710 t. j.) poprzez nie żądania środków podmiotowych przez Zamawiającego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia przez

wybranego Wykonawcy. Wykonawca jedynie złożył abstrakcyjne wyjaśnienia (Nr sprawy: DZP/47/TP/2022, znak: DZP.500.13891.2022.KM, a dotyczące postępowania pn. Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin), a które nie mogą być uznane za usunięcie podstaw wykluczenia przedmiotowego wykonawcy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na złożone informacje wprowadzające w błąd w sposób zamierzony (umyślny) lub z winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania, skład orzekający wskazuje, co następuje. Ocena w powyższym zakresie, jako powodująca, w razie uznania przesłanki za spełnioną, odnosi skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, zatem z uwagi na szczególną dotkliwość, winna być dokonywana ze szczególną ostrożnością w procesie oceny zachowania wykonawcy. Zamawiający tego nie dokonał. Dalej wymaga przypomnienia fakt, że w zakresie dokumentów podmiotowych, ich treść nie potwierdzająca spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skutkuje co do zasady, procedurą naprawczą przewidzianą w art. 128 ustawy pzp wskazującym na prawo uzupełniania, poprawienia i udzielania zamawiającemu wyjaśnień. Na tej podstawie dopuszczalne jest żądanie dowodów, w tym dokumentów, jakkolwiek z uwzględnieniem zasady wypracowanej orzecniczo wobec zasady równości wykonawców, jednokrotności żądania informacji na ten sam temat w tożsamym zakresie (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. KIO 211/22). Odnosnie zarzutu co do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne wezwanie oferenta, którego oferta została wybrana co do podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ponieważ dokumenty złożone przez oferenta Usługi porządkowe E. F., Ł.S. M. F. Spółka Cywilna są niekompletne lub zawierają błędy, a zamawiający powinien wezwać precyzyjnie wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Wezwanie z art. 128 ust. 1 PZP, może być dokonywane tylko raz, ale w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Powinno przy tym precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, sposób ich usunięcia poprzez wskazanie, czy powinno mieć miejsce złożenie poprawienie lub uzupełnienie określonych oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. W przypadku niezachowania tych warunków, w szczególności w przypadku nieprecyzyjnego lub niekompletnego wezwania, możliwe, a nawet konieczne będzie ponowienie tej

czynności przez zamawiającego (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2022 r., sygn. KIO 211/22). Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie złożona w dniu 20 grudnia 2022r.

Działając w imieniu Zamawiającego, Gminy Miasto Szczecin- Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, niniejszym w odpowiedzi na wniesione w dniu 6 grudnia 2022 r. odwołanie Vicaro sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach od czynności Zamawiającego podjętych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Usługi Porządkowe E. F., Ł.S. M. F. spółka cywilna i tym samym zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty ww. Wykonawcy, niniejszym wniósł o: - oddalenie odwołania,

- zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Odwołaniem wniesionym dnia 6 grudnia 2022 r., Vicaro sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu Gminie Miastu Szczecin — Zarządowi Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie, działanie niezgodne z przepisami ustawy w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Usługi Porządkowe E. F., Ł.S. M. F. spółka cywilna i tym samym zaniechania odrzucenia oferty ww. Wykonawców działających wspólnie, z uwagi na brak spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu.

Z takim stanowiskiem nie może zgodzić się Zamawiający i w tym zakresie wskazuję, co następuje. Bezsprzeczne w sprawie jest, że Zamawiający Gmina Miasto Szczecin — Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn. „Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji.

W postępowaniu złożone zostały 2 oferty tj,

1.Odwołującego Vicaro sp. z o.o.

2.Wykonawców działających wspólnie - Usługi Porządkowe E. F., E. F., Ł.S. M. F. spółka cywilna.

Oferta wykonawców działających wspólnie pod firmą Usługi Porządkowe E. F., Ł.S. M. F. spółka cywilna była ofertą najtańszą.

Dowód: oferty Wykonawców

W rozdziale V Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający określił dwa warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Pierwszy warunek dotyczył doświadczenia, którym wykazać się powinien wykonawca a drugi (który nie jest przedmiotem niniejszego postępowania) dysponowania niezbędnymi narzędziami i urządzeniami. Warunek w zakresie doświadczenia został opisany następująco:

„Zamawiający uzna za spełniony warunek zdolności technicznej lub zawodowej jeśli wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w realizacji usług porównywalnych tj. wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, minimum 1 usługę trwającą przez okres minimum 3 miesiące. Za jedną usługę Zamawiający uzna usługę polegającą na likwidacji zdarzeń szczególnych w pasie drogowym w mieście o liczbie ludności minimum 200 000 osób.”

Zamawiający nie określił żadnych innych warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej pzp), Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z poglądami utrwalonymi zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie, warunek udziału w postępowaniu ustalony przez zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcjonalności do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny oraz w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców zdolnych do jego wykonania. Określenie warunku powinno polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Z ust. 1 nie należy zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu mają wziąć udział wykonawcy, którzy rzeczywiście są w stanie zrealizować zamówienie, a nie tylko wykonawcy w przeszłości wykonujący dokładnie takie samo zamówienie. Wykonawcy powinni mieć możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie czynności podobnych do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie identycznych (tak Andrzej Gawrońska-Baran, Komentarz, Prawo Zamówień Publicznych). W tym miejscu przytoczyć także warto tezę

wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2021 r. (KIO 834/21): „Warunek udziału w postępowaniu nie musi i nie powinien obejmować zamówienia identycznego, bo też nie taka jest rola wykazania warunków udziału w postępowaniu. Powinien umożliwiać on ocenę zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone z zachowaniem zasady proporcjonalności.”

Kierując się powyższymi zasadami, Zamawiający dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu wskazując minimalne poziomy zdolności wykonawcy. Zamawiający w żadnym miejscu w Specyfikacji nie wskazał, że usługa, którą ma się wykazać wykonawca ma być tożsama z przedmiotem usługi zamawianej w niniejszym postępowaniu. W szczególności Zamawiający nie żądał wykazania przez wykonawcę, że w ramach wykonywanych usług polegających na likwidacji zdarzeń szczególnych usuwał padlinę lub zwłoki ptaków z pasa drogowego.

Gdyby bowiem Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu na zasadzie 1:1 do opisu przedmiotu zamówienia, wówczas oczywistym byłoby, że mógłby w istocie doprowadzić do ograniczenia konkurencji, bowiem w takim przypadku warunki sformułowane byłyby niejako „pod” dotychczasowego wykonawcę. Taka praktyka, co oczywiste, jest niedopuszczalna.

Wracając jeszcze do brzmienia warunku należy podkreślić, iż Odwołujący każdorazowo cytując opisany w SWZ warunek na końcu zdania dodaje słowa „oraz paragrafu 1 umowy będącej załącznikiem nr 4 do SWZ”. Jest to zaskakujące i niezrozumiałe, bowiem opisany przez Zamawiającego warunek w zakresie doświadczenia kończy się słowami „o liczbie ludności minimum 200 000 osób.” Określone w SWZ warunki udziału w postępowaniu w żadnym razie nie odsyłają do umowy. Umowa określa bowiem zasady i obowiązki stron w zakresie wykonywania zamówienia, które jest przedmiotem postępowania. Jest to umowa, która dopiero ma zostać zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania. Co więcej, Odwołujący formułując zarzuty podkreśla, że wybrany wykonawca „nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku przewidzianego w załączniku nr 4 tj. umowy dokładnie paragrafu 2 ust. 8 przedmiotowej umowy”. Ponownie należy podkreślić, że Zamawiający nie określił jako warunku udziału w postępowaniu spełniania wymogów określonych w Rozporządzeniu parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009. Czym innym są bowiem warunki udziału w postępowaniu (czyli wymogi, jakie musi spełnić wykonawca, aby w ogóle mógł wziąć udział w postępowaniu) a warunki zamówienia (czyli między innymi warunki realizacji zamówienia).

Formułując wzór umowy, Zamawiający określił w 2 ust. 8 obowiązek wykonawcy polegający na konieczności przekazywania padłych zwierząt do zakładu uprawnionego do

unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów. Nie sposób zatem wyinterpretować z powyższego istnienie dodatkowego warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, nie ma także znaczenia, że na etapie składania ofert wykonawca zadeklarował samodzielne wykonanie zamówienia, bowiem zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą dopuszczalne jest, aby po zawarciu umowy o wykonanie zamówienia publicznego wykonawca skorzystał z pomocy podwykonawcy. Zgodnie z wyrokiem KIO 215/22 „Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty (. . .).”

Stanowiący załącznik do oferty wybranego wykonawcy wykazy wykonanych usług zawierał trzy usługi tj :

- 1 . Realizacja prac interwencyjnych w pasie drogowym na rzecz Remondis Szczecin Sp. z o.o.
2. Likwidacja dzikich wysypisk na rzecz ZBILK
3. Prace interwencyjne polegające na oczyszczaniu przystanków i koszy przystankowych na Prawobrzeżu na rzecz Gminy Miasta Szczecin ZDiTM

Badając ofertę wykonawcy i złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe, Zamawiający powziął wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i wezwał wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia złożonych dokumentów, szczegółowo opisując w jakim zakresie uzupełnienie ma nastąpić i czego konkretnie dotyczą wątpliwości.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, wykonawca:

1. przedłożył wyciąg z umowy zawartej ze spółką Remondis Szczecin sp. z o.o., zgodnie z którą Wykonawca przyjął do wykonania usługę polegającą na wykonywaniu szeregu czynności porządkowych, w tym „interwencyjne usuwanie z nawierzchni chodników, rynsztoków jezdni, placów, ścieżek rowerowych schodów oraz opasek przyjezdniowych i wysepek wszelkich zanieczyszczeń, w tym roślin, których usunięcie poprzez zamiatanie nie jest możliwe a także zamiatanie nawierzchni pod parkującymi samochodami”,
2. wyjaśnił, że usuwanie dzikich wysypisk odbywało się również z pasa drogowego,

3. przedłożył wzór umowy zawartej między wykonawcą a ZDiTM w Szczecinie wyjaśniając także, że przystanki komunikacji miejskiej znajdują się w pasie drogowym. Umowa powyższa wskazywała jako jeden z obowiązków wykonawcy „interwencyjne oczyszczanie przystanków i opróżnianie koszy z wszelkich nieczystości (poza ustalonym harmonogramem oraz przystanki nie ujęte w załącznikach).

Analizując powyższe wyjaśnienia i treść przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, Zamawiający doszedł do wniosku, że wykonawca wykazał się doświadczeniem w postaci świadczenia usługi porównywalnej tj. usługi świadczonej na rzecz Remondis Szczecin sp. z o.o. , ZBILK i ZDiTM Szczecin.

Dowód:-wezwanie z dnia 25 listopada 2022 r.

-odpowiedź wykonawcy z dnia 29 listopada 2022 r. wraz z załącznikami

W tym miejscu ponownie należy podkreślić, że formułując warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający określił minimalny poziom zdolności, jakim wykazać miał się wykonawca. Z całą pewnością warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, nie był tożsamy z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w żadnym miejscu w SWZ nie wymagał, aby wykonawcy wykazywali, że w ramach dotychczas świadczonych usług usuwali padlinę, czy martwe ptaki. W ocenie Zamawiającego prace interwencyjne wykazywane przez wykonawcę stanowią w istocie usługę porównywalną do przedmiotu zamówienia. Polegają bowiem na pozostawaniu w gotowości do świadczenia usługi w sytuacji nagłej, nieprzewidywanej, niejako „ponad standard”. W ocenie Zamawiającego, doświadczenie w powyższym zakresie daje rękojmię prawidłowego wykonywania usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Reasumując powyższe, zdaniem Zamawiającego, nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołującego.

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący opisując wymagania wskazane w SWZ napisał: „Za jedną usługę Zamawiający uzna usługę polegającą na likwidacji zdarzeń szczególnych w pasie drogowym w mieście o liczbie ludności minimum 200 000 osób oraz paragrafu 1 umowy będącej załącznikiem nr 4 do SWZ”. Należy ponownie zaznaczyć, że opis warunku w SWZ kończy się po słowach „minimum 200 000 osób” a dodane po nich (pogrubione powyżej) rzekome nawiązanie do zapisów umowy jest wyłącznie dowolną interpretacją odwołującego.

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku przewidzianego w załączniku nr 4 tj. umowy a dokładnie § 2 ust. 8. Nie sposób zgodzić się z

takim zarzutem, bowiem Zamawiający nigdzie w dokumentach zamówienia nie określił takiego warunku. Nie sposób utożsamiać obowiązków wykonawcy określonych w umowie z warunkami udziału w postępowaniu.

3. Zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp poprzez (jak domyśla się Zamawiający) zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd. W ocenie Zamawiającego, wykonawca przedstawił informacje zgodnie z prawdą zaś to ocenie Zamawiającego podlega ustalenie czy informacje te potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

4. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji przez Zamawiającego poprzez niewykazanie się obiektywizmem co do najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i niezapewnienia jednocześnie poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego powyższe zasadny nie zostały przez niego w żadnej mierze złamane. Ponownie należy przypomnieć, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu kieruje się zasadą proporcjonalności i określa minimalne poziomy zdolności, jakimi ma się wykazać wykonawca. Zgodnie z orzeczeniem KIO 1163/21 „proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.” Opisanie zatem warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia poprzez utożsamienie go z opisem przedmiotu zamówienia, byłoby warunkiem nadmiernym. To samo tyczy się zatem dokonywania oceny w takim kontekście tj. uznanie warunku za spełniony tylko w przypadku jeśli wykonawca wykaże się doświadczeniem tożsamym do przedmiotu zamówienia.

5. Zarzuty naruszenia art. 124 pkt 1 i 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez rzekomy brak żądania od wykonawcy środków podmiotowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i nieprecyzyjne wezwanie oferenta do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia złożonych dokumentów. Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych a także precyzyjnie wezwał go do ich uzupełnienia. Zarzut odwołującego w tym

zakresie nie został w żaden sposób uzasadniony zatem trudno się do niego odnieść. Dowodem wykonania powyższych czynności jest dokumentacja postępowania przedłożona Izbie na wezwanie z dnia 13 grudnia 2022 r.

W takim stanie rzeczy zamawiający wnosi jak we wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Krajowa Izba Odwoławcza/Izba rozstrzygając spór, w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta Szczecin", uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie wykonawcę wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego/przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego porównywalnego do przedmiotowego zamówienia.

Na wstępie Izba podkreśla, że w toku prowadzonego postępowania odwoławczego na posiedzeniu Izba, nie stwierdziła podstaw do nie dopuszczenia zgłaszającego się przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego t.j. wykonawcę wybranego. Uczestnicy postępowania to jest odwołujący i zamawiający nie zgłosili również opozycji przeciw zgłaszającemu się wykonawcy wybranemu.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw formalnych i prawnych do odrzucenia odwołania w związku z art.528 ustawy Pzp., a zamawiający i przystępujący również takiego wniosku nie złożyli.

W związku z tym, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a wybrano ofertę przystępującego po stronie zamawiającego, a nie ofertę odwołującego, Izba nie znajduje przesłanek dyskwalifikacyjnych, co do interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a co za tym idzie prawa do złożenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, w myśl obowiązującego art.505 ust.1 ustawy Pzp.

Co do wniosków dowodowych zgłaszanych przez uczestników, Izba je uwzględniła, poza wnioskiem odwołującego o przesłuchanie świadka, na okoliczność faktycznych obowiązków

w przedmiotowym zamówieniu, które dotychczas wykonuje odwołujący na podstawie uprzednio zawartej umowy z zamawiającym. Izba oddaliła wniosek o przesłuchanie świadka, ponieważ warunki udziału w postępowaniu, co do zasady stwierdza się na podstawie dokumentów SWZ oraz składanych dokumentów wykonawcy, a nie zeznań świadków. W niniejszej sprawie Izba uznała wniosek z zeznań świadka za zbędny, w związku z informacjami wynikającymi ze zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie.

Rozpatrując zarzuty odwołania, Izba uwzględniła odwołanie, ponieważ wskazane naruszenie przez odwołującego postanowień SWZ, co do wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy wybranego, może mieć wpływ na wynik postępowania. Powyższe może mieć miejsce, w przypadku nie uzupełnienia dokumentów odzwierciedlających wymagane doświadczenie zawodowe wykonawcy wybranego.

Bezspornym w sprawie jest, że zamówienie dotyczy zdarzeń przyszłych, niepewnych, wywoływanych siłami natury, mającymi charakter katastrof przyrodniczych czy pogodowych, czy też ponadnormatywnymi zrachowaniami czynnika ludzkiego, jakim jest wandalizm. Kolejną cechą charakteru przedmiotowego zamówienia są okoliczności śmierci zwierząt, ptactwa, czy to w sposób naturalny, czy też spowodowany działaniami ludzkimi, bądź sił przyrody. Pozostałe wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego, nie są objęte przedmiotem sporu i nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (wymóg - zdarzenia w pasie drogowym, czy też w mieście o liczbie ludności- 200 tys. mieszkańców).

Wykonawca wybrany posiada doświadczenie w sprzątanii i usuwaniu zanieczyszczeń na terenie miasta zamawiającego, jako podwykonawca spółki Remondis oraz bezpośredni wykonawca na rzecz Zarządu Budynków i Lokali Komunalnych w mieście zamawiającego. Co do zasady Izba mogłaby akceptować do wymagań zawodowych czynności sprzątanii, czyszczenia, wykonawcy wybranego wykonywane na terenie pasa drogowego, czy też terenów przyległych do pasa drogowego. Niemniej jednak z uwagi na niniejszy przedmiot zamówienia, nawet gdyby uznać podobieństwo co do usuwanych elementów zanieczyszczeń środowiska, to nieporównywalne są okoliczności świadczenia usług będących przedmiotem sporu. Bowiem, okoliczności w których mają być świadczone usługi to gwałtowne, nieprzewidywalne, zachowania przyrody/natury/klimatu oraz ponadnormatywne zachowania ludzkie w postaci wandalizmu, a także ze względu również na jeden z elementów zamówienia, jakim jest usuwanie martwych zwierząt oraz ptactwa, gdzie obowiązują narzucone przez bezwzględnie obowiązujące przepisy sanitarne - utylizacyjne. Słusznie na posiedzeniu/rozprawie odwołujący wskazywał na panujące zagrożenie związane z chorobą esf - afrykański pomór świń. Również odrębną cechą, której nie przedstawia doświadczenie wykazane przez wykonawcę wybranego, jest akcyjność i

ciągła natychmiastowa gotowość wykonawcy do realizacji zadań, które wymagają nagłego podjęcia usuwania zanieczyszczeń wskutek zdarzeń mających charakter katastrof, czy też zagrożeń sanitarno - epidemiologicznych, celem przywrócenia stanu poprzedniego. Powyższe nie cechuje bieżące, planowe i przewidywalne świadczenie usług, w zakresie doświadczenia posiadanego przez wykonawcę wybranego. Całkowicie nieuzasadnione, jako odpowiednie doświadczenie do przedmiotowego zamówienia, są wskazywane przez zamawiającego i przystępującego doświadczenia w usuwaniu tzw. dzikich wysypisk. Bowiem „dzikie wysypiska” co do zasady nie są lokowane w tak publicznych, ruchliwych, powszechnie dostępnych i widocznych miejscach jak pas przy drogowej, chociaż reguła potwierdza wyjątki. Niemniej takie wyjątki w działalności wykonawcy wybranego nie zostały wykazane w toku postępowania odwoławczego, ani w toku postępowania badania i oceny ofert przed zamawiającym, w związku z przedstawionym doświadczeniem zdobytym przez wykonawcę wybranego i to na dodatkowe wezwanie zamawiającego.

Reasumując powyższe stwierdzenia, w ocenie Izby doświadczenie przedstawione przez wykonawcę wybranego zdobyte jest w ramach planowanych, przewidywalnych, bieżących działań w zakresie usuwania zanieczyszczeń w pasie drogowym, a nie zanieczyszczeń noszących cechy „klęsk żywiołowych” w tym usuwania martwych zwierząt i ptactwa. Sam tytuł zamówienia wskazuje na powyższą ocenę wymaganego doświadczenia zawodowego „Likwidacja zdarzeń szczególnych na terenie miasta zamawiającego”. Zamawiający zdecydował suwerennie o wymaganym doświadczeniu opisując je jako „porównywalne” do „zdarzeń szczególnych”, a parametryzując je tylko co do wielkości miasta (minimum 200 tys. mieszkańców), ilości usług (minimum jedna), okresu trwania usługi (minimum trzy m-ce)

W rozdziale V Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający określił dwa warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Pierwszy warunek dotyczył doświadczenia, którym wykazać się powinien wykonawca a drugi (który nie jest przedmiotem sporu) dysponowania niezbędnymi narzędziami i urządzeniami. Warunek w zakresie doświadczenia został opisany następująco:

„Zamawiający uzna za spełniony warunek zdolności technicznej lub zawodowej jeśli wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w realizacji usług porównywalnych tj. wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, minimum 1 usługę trwającą przez okres minimum 3 miesiące. Za jedną usługę Zamawiający uzna usługę polegającą na likwidacji zdarzeń szczególnych w pasie drogowym w mieście o liczbie ludności minimum 200 000 osób.”

Izba nie podziela argumentacji używanej przez zamawiającego, co do nieuprawnionego powoływania się przez odwołującego na postanowienia umowy przy identyfikacji zwrotu „usługi porównywalne z niniejszym przedmiotem zamówienia”

„Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku przewidzianego w załączniku nr 4 tj. umowy a dokładnie § 2 ust. 8. Nie sposób zgodzić się z takim zarzutem, bowiem Zamawiający nigdzie w dokumentach zamówienia nie określił takiego warunku. Nie sposób utożsamiać obowiązków wykonawcy określonych w umowie z warunkami udziału w postępowaniu” – argumentacja zamawiającego.

Izba, jak już powyżej nadmieniono, nie podziela argumentacji zamawiającego, ponieważ jeżeli zamawiający używa w SWZ (specyfikacja warunków zamówienia) zwrotu „usług porównywalnych”, to prawem odwołującego jest porównywać do niniejszego przedmiotu zamówienia, a opisanego w miarę najbardziej szczegółowo w przyszłej umowie o wykonanie zamówienia.

Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ tj. wzór umowy, Odwołujący podkreśla, iż w § 1 pkt 2 niniejszego wzoru :

2. Zakres zamówienia obejmuje:

1) Usuwanie wszelkich zanieczyszczeń oraz wszelkich przeszkód powstałych w wyniku: a) zdarzeń losowych (zdarzenia losowe to zdarzenia przyszłe i pozbawione cech pewności wystąpienia), b) katastrof naturalnych (katastrofa naturalna to zdarzenie związane z działaniem sił natury w szczególności wyładowania atmosferyczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, osuwiska ziemi), c) aktów wandalizmu w szczególności wykazujących właściwości niebezpieczne lub stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa wszystkich użytkowników ruchu drogowego, powstałych w pasie drogowym, z wyjątkiem wypadków, kolizji oraz rozsypanych i rozlanych ładunków przewożonych przez uczestników ruchu drogowego 2) uprzątnięcie padliny zwierząt padłych w wyniku kolizji drogowych, uprzątnięcie zwłok ptaków oraz uprzątnięcie podrzuconej padliny zwierząt z terenu całego pasa drogowego, z wyłączeniem basenów p/poż., cmentarzy, prywatnych posesji i terenów będących poza władaniem Gminy Miasto Szczecin.

Czyli porównywalne usługi dotyczą: usuwania skutków zdarzeń w pasie drogowym o charakterze losowym, skutków katastrof naturalnych, usuwania padłych zwierząt potraconych na skutek zdarzenia drogowego, aktów wandalizmu mogących mieć wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego w trybie pogotowia, wykonawca zobowiązany jest do reakcji do 15 minut 7 dni w tygodniu, 24h na dobę.

Natomiast Izba pochyłając się nad przywoływanym poniżej orzecznictwem i doktryną, w odpowiedzi na odwołanie, co do zasady jak najbardziej je akceptuje, ale jednocześnie zauważa, że nie oprotestowano postanowień SWZ, ani nie żądano wyjaśnień, przed złożeniem oferty, co do znaczenia zwrotu „porównywalne usługi” dotyczącego doświadczenia zawodowego.

„Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu mają wziąć udział wykonawcy, którzy rzeczywiście są w stanie zrealizować zamówienie, a nie tylko wykonawcy w przeszłości wykonujący dokładnie takie samo zamówienie. Wykonawcy powinni mieć możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie czynności podobnych do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie identycznych (tak Andrzej Gawrońska-Baran, Komentarz, Prawo Zamówień Publicznych). W tym miejscu przytoczyć także warto tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2021 r. (KIO 834/21): „Warunek udziału w postępowaniu nie musi i nie powinien obejmować zamówienia identycznego, bo też nie taka jest rola wykazania warunków udziału w postępowaniu. Powinien umożliwiać on ocenę zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu powinny być określane z zachowaniem zasady proporcjonalności.”

Według oceny Izby, interpretując zwrot „porównywalne usługi”, nie tylko można, ale należy zwrócić się do brzmienia wyżej cytowanego § 1 pkt 2 wzoru umowy, aby ustalić i mieć pewność co do charakteru zdarzeń i okoliczności oraz przedmiotu świadczonych usług, odpowiadających wymaganey aktywności zawodowej wykonawcy.

Na koniec, w związku z uwzględnieniem odwołania Izba, skwituje poszczególne zarzuty odwołania jak poniżej.

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów prawa w związku z czynnościami i zaniechaniami czynności w postępowaniu przez zamawiającego (ujmując zarzuty odwołania skrótowo i kompleksowo - pełna ich wersja powyżej w uzasadnieniu wyroku – część pn. „odwołanie”):

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego – **zarzut Izba nie uwzględnia**, nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, do uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego.
2. art. 109 ust. 1 pkt. 8 i pkt 110 ustawy Pzp wprowadzanie zamawiającego przez wykonawcę wybranego w błąd przy przedstawianiu informacji odpowiednio w drodze zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - **zarzut Izba nie uwzględnia**. (Zgodnie z art.109

ust.2 ustawy Pzp, zamawiający może wykluczyć z powyższych podstaw prawnych, jeżeli przewiduje wykluczenie z tych tytułów w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że zamawiający fakultatywne podstawy wykluczenia przewiduje tylko do art.109 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, a nie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i pkt 10 ustawy Pzp. Ponadto okoliczności sprawy wskazują, że wykonawca wybrany nie usiłował zamawiającego wprowadzić w błąd, przedstawiając doświadczenie zawodowe. Z materiału dowodowego sprawy wynika, że nastąpiła pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozbieżność w interpretacji postanowień SWZ),

3. art. 124 pkt. 1 ustawy Pzp przez nie żądanie środków podmiotowych przez Zamawiającego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia przez wybranego wykonawcę i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprecyzyjne wezwanie oferenta, którego oferta została wybrana co do podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ponieważ dokumenty złożone przez oferenta są niekompletne lub zawierają błędy, a zamawiający powinien wezwać precyzyjnie wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie - **Izba zarzut uwzględnia**

W związku z powyższym na mocy art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie nakazując jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 7.500 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: