

WYROK
z dnia 8 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 września 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2011 r. przez Odwołującego – **Jerzego Kotelę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „SKWER” Jerzy Kotela, ul. Kotarbińskiego 4/46, 76-200 Słupsk** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku (dawniej Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku), ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Szczecińska 112, 76-200 Słupsk**, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Jerzego Kotelę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „SKWER” Jerzy Kotela, ul. Kotarbińskiego 4/46, 76-200 Słupsk** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **Jerzego Kotelę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „SKWER” Jerzy Kotela, ul. Kotarbińskiego 4/46, 76-200 Słupsk**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego – **Jerzego Koteli prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „SKWER” Jerzy Kotela, ul. Kotarbińskiego 4/46, 76-200 Słupsk** na rzecz Zamawiającego - **Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku (dawniej Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku), ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku (dawniej Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku), ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Oczyszczanie chodników, alejek, opasek ulicznych znajdujących się w pasach drogowych dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych w strefie A, B, C miasta Słupska wraz z pielęgnacją zieleni przydrożnej na tych terenach”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2011 r. pod nr 2011/S 99-162261. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

W dniu 25 sierpnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Jerzego Koteli prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Skwer” Jerzy Kotela, ul. Kotarbińskiego 4/46, 76-200 Słupsk (dalej „Odwołujący”), wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 112, 76-200 Słupsk w zakresie Zadania II.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niesłuszne wykluczenie Odwołującego, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
 2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
 3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
 4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
- oraz innych przepisów ustawy Pzp wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 112, 76-200 Słupsk,

2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,
3. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu,
4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, tj. oferty Odwołującego,
5. przyznanie Odwołującemu, na podstawie § 3 pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Odwołujący wskazywał, że w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. W związku z tym Zamawiający wykluczając Odwołującego, którego oferta opiewała na najniższą kwotę spośród złożonych ofert, naruszył jego interes prawny, bowiem uniemożliwił mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w dniu 15 lipca 2011r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. wykazu usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zrealizowanych w ramach umów wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców - o treści zgodnej z załącznikiem nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz do załączenia dokumentu potwierdzającego, że wykazane usługi zostały wykonane należycie. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedłożył wykaz wykonanych usług uzupełniony o niezbędne informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz wyjaśnił, w celu wykazania tego warunku, iż w wykazie przedłożonym wraz z ofertą została wymieniona usługa polegająca na całorocznym utrzymaniu terenów wraz z kompleksową pielęgnacją zieleni, włącznie z terenami przyległymi t.j. pasami drogowymi - całoroczne oczyszczanie chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na powierzchni 285.241,70 m² - świadczona dla Słupskiej Spółdzielni Mieszkaniowej CZYN (dalej „SSM CZYN”) w Słupsku. W dalszej części wyjaśnień Odwołujący odniósł się do zakresu przedmiotu zamówienia i wskazał, iż dotyczy on oczyszczania w okresie letnim i zimowym chodników, alejek, opasek ulicznych, ścieżek rowerowych o powierzchni 86.545,12 m² oraz pielęgnacji zieleni przydrożnej, na łącznej powierzchni 261.784,50 m². Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wyjaśniał, iż w przedłożonym przez niego wykazie wymieniono usługę polegającą na całorocznym utrzymaniu terenów wraz z kompleksową pielęgnacją zieleni, włącznie z terenami przyległymi t.j. pasami drogowymi - całoroczne oczyszczanie chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na powierzchni 285.241,70 m², jednak ta usługa obejmowała również swym zakresem całoroczne oczyszczanie

opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych. W związku z wątpliwościami Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił również, że w treści załączonych wraz z ofertą referencji uszczegółowiono część wykonanej usługi obejmującej powierzchnię 118.269,23 m², na której znajdują się drogi, chodniki i place utwardzone. Natomiast cała powierzchnia, na której była świadczona, usługa obejmowała również opaski i inne tereny zielone znajdujące się w pasach drogowych dróg publicznych. Podsumowując Odwołujący wyjaśnił, iż biorąc pod uwagę cały zakres zrealizowanej usługi, warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia został spełniony, ponieważ powierzchnia oczyszczanych przez niego w ramach ww. usługi chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych przekraczała 200.000 m² (było to 285.241,70 m²). Po otrzymaniu ww. uzupełnienia oraz wyjaśnień Zamawiający stwierdził, iż „z treści przedłożonych dokumentów wynikają rozbieżności i niespójności budzące wątpliwości co do prawdziwości zawartych w nich oświadczeń”. Przy czym, jak należy domniemać, wątpliwości Zamawiającego głównie wiązały się z tym, że w uzupełnionym wykazie Odwołujący wskazał ponownie tę samą usługę (świadczoną na rzecz SSM CZYN w Słupsku), jednak rozszerzył ilość podanych informacji o to, że usługa dotyczyła także oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdującej/cych się w pasach drogowych dróg publicznych na powierzchni 285.241,70 m². Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. 2005r., Nr 236, poz. 2008, z późn. zm.) (dalej „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”) obowiązek właścicieli nieruchomości do zapewnienia czystości i porządku nie dotyczy utrzymania zieleni, a także opasek ulicznych, bowiem zgodnie z art. 20 pkt 16 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. 2007r., Nr 19, poz. 115, z późn. zm.) (dalej „ustawa o drogach publicznych”) to do zarządcy drogi należy w szczególności utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew i krzewów. W związku z powyższym Zamawiający podkreślił, iż w ramach wykonywania ww. obowiązku Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku zlecał wykonywanie usług utrzymywania zieleni w pasach drogowych dróg publicznych w granicach administracyjnych miasta Słupska innym podmiotom niż Odwołujący lub SSM CZYN w Słupsku. Ponadto Zamawiający wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień. W odpowiedzi na tak sformułowane stanowisko Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił, iż wraz z uzupełnionymi dokumentami uszczegółowił zakres informacji w przedłożonym wykazie o pozostałe dane dotyczące usługi realizowanej dla SSM CZYN w Słupsku, dlatego też przedstawione dane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełniły podane wcześniej informacje. Zgodnie z wymogami Zamawiającego Odwołujący poinformował, że prace w ramach usługi były wykonywane na obszarze Miasta Słupsk na rzecz SSM CZYN w Słupsku, a umową była objęta całość powierzchni, tj. 285,241,70 m². Usługa była świadczona m.in. przy ulicy Garncarskiej oraz Władysława IV. Ponadto Odwołujący poinformował, iż w związku z tym, że świadczenie usługi

dotyczyło całej powierzchni, na której znajdowały się chodniki, alejki, opaski uliczne wraz z zielenią, znajdujące się w pasach drogowych dróg publicznych, nie dysponuje wyszczególnieniem obszaru każdego z tych elementów. Ponadto Odwołujący ponownie wyjaśnił, że cały zakres zrealizowanej usługi obejmował oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych, a zatem wykazano w sposób należyty i wystarczający posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji usługi stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia.

W dniu 10 sierpnia 2011r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego. W zawiadomieniu poinformowano, że dokument złożony na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia bezspornie nie jest wiarygodny. Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez uprzątnięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników położonych wzdłuż nieruchomości, przy czym za taki chodnik uznaje się wydzieloną część drogi publicznej służącą dla ruchu pieszego położoną bezpośrednio przy granicy nieruchomości. Zatem obowiązek ten nie dotyczy utrzymania zieleni, a także opasek ulicznych. Ponadto Zamawiający, powołując się na art. 20 pkt 16 ustawy o drogach publicznych, stwierdził, że to do zarządcy drogi należy w szczególności utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów. W związku z tym Zamawiający poinformował, że w ramach ww. obowiązku tylko Zamawiający zlecał innym podmiotom wykonywanie usługi w tym zakresie w granicach administracyjnych Miasta Słupska. Natomiast Odwołujący oraz SSM CZYN w Słupsku nie były jednymi z tych podmiotów. Wyżej opisane okoliczności wskazują, zdaniem Zamawiającego, na to, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, a zatem należy go wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, iż żadna z wykazanych usług nie potwierdza wykonania usług oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/ej się w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². W szczególności żadna z wykazanych usług nie obejmuje letniego i zimowego oczyszczania opasek ulicznych i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m².

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Zatem w przypadku wiedzy i doświadczenia powiązanie z przedmiotem zamówienia powinno opierać się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na kształt przyszłego zobowiązania). Poza tym dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków powinno być takie, by były one proporcjonalne do przedmiotu

zamówienia. Podanie ww. opisu pozwala na ocenę przez wykonawcę, czy spełnia on warunki dookreślone przez Zamawiającego i może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt VIII ppkt 2.2 SIWZ - Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie Zadania II przedmiotowego zamówienia, jeżeli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tzn. obejmującą oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/ej się w pasach drogowych dróg publicznych, która była lub jest realizowana w ramach jednej umowy przez okres ciągły trwający co najmniej 24 miesiące, o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². Przedmiot niniejszego zamówienia dotyczy oczyszczania w okresie letnim i zimowym chodników, alejek, opasek ulicznych, ścieżek rowerowych o powierzchni 86.545,12 m² oraz pielęgnacji zieleni przydrożnej na łącznej powierzchni 261.784,50 m². Zatem wykazanie się przez Odwołującego wykonaniem usługi polegającej na całorocznym utrzymaniu terenów wraz z kompleksową pielęgnacją zieleni, włącznie z terenami przyległymi t.j. pasami drogowymi - całoroczne oczyszczanie chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na powierzchni 285.241,70 m² - świadczonej dla SSM CZYN w Słupsku, zdaniem Odwołującego, powinno zostać uznane za wystarczające do uznania, że warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia został spełniony.

Mając na uwadze treść pisma Zamawiającego, w którym uzasadnia wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania, w opinii Odwołującego, można domniemać, iż Zamawiający wyszedł z założenia, że skoro nie zlecił utrzymania zieleni oraz oczyszczania opasek ulicznych Odwołującemu oraz SSM CZYN w Słupsku, to te podmioty nie miały możliwości wykonywania pielęgnacji zieleni i oczyszczania opasek ulicznych w pasach drogowych dróg publicznych. Zgodnie ze Statutem - SSM CZYN w Słupsku:

- 1) buduje i nabywa budynki,
- 2) zarządza nieruchomościami stanowiącymi jej mienie,
- 3) zarządza nieruchomościami stanowiącymi mienie członków Spółdzielni,
- 4) zarządza nieruchomościami stanowiącymi mienie współwłaścicieli nieruchomości,
- 5) zarządza nieruchomościami nie stanowiącymi jej mienia lub mienia jej członków na podstawie umowy zawartej z właścicielem (współwłaścicielem) tej nieruchomości.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez uprzątnięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników położonych wzdłuż nieruchomości, przy czym za taki chodnik uznaje się wydzieloną część drogi publicznej służącą dla ruchu pieszego położoną bezpośrednio przy granicy nieruchomości. W związku z powyższym SSM CZYN jako zarządca nieruchomości wykonuje ciężące na niej obowiązki, w tym związane z utrzymywaniem czystości

na przylegających chodnikach, ale również alejkach oraz na opaskach ulicznych. W przypadku gdy chodniki są oddzielone od nieruchomości pasami zieleni (np. trawnikami) na właścicielu nieruchomości (w tym przypadku SSM CZYN w Słupsku) nadal ciąży obowiązek ich oczyszczania. Wskazał na orzecznictwo, np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 27 marca 2007 r. (sygn. akt I ACa 1542/06), w którym Sąd orzekł, iż jakiegokolwiek oddzielenie chodnika od granicy nieruchomości nie może zwalniać jej właściciela od obowiązku utrzymania na nim porządku i czystości. W związku z tym SSM CZYN w ramach swoich obowiązków wykonuje również pielęgnację zieleni w części dróg i ulic, które przylegają do zarządzanych przez nią nieruchomości. W konsekwencji SSM CZYN w Słupsku, która zleciła Odwołującemu wykonywanie prac związanych z właściwym utrzymywaniem terenów zielonych i utwardzonych w okresie letnim, zimowym, utrzymaniem terenów utwardzonych oraz pielęgnacją zieleni polegającą na przycinaniu żywopłotów i krzewów w całych zasobach oraz koszeniem trawników, zleciła wykonywanie tych prac również w pasach zieleni oddzielających nieruchomości od chodników. Natomiast opaski uliczne to - jak wskazano w SIWZ - części utwardzone ulicy o szerokości 50 cm, znajdujące się na wysokości góry krawężnika między jezdnią a chodnikiem. Zatem nie powinno budzić wątpliwości, że oczyszczanie terenów utwardzonych w ramach usługi świadczonej dla SSM Czyn w Słupsku dotyczyło zarówno chodników, jak i opasek ulicznych. Podobnie w przypadku przedmiotowego zamówienia, gdzie zgodnie z opisem zawartym w SIWZ, opaski uliczne wyszczególnione są łącznie z chodnikami i ścieżkami rowerowymi jako ten sam element prac (w załączniku nr 2b oraz załączniku nr 11 do SIWZ mówi się „Chodnikach wraz ze ścieżkami rowerowymi i opaskami przyulicznymi”). Odwołujący wskazuje, że kierując się objaśnieniami wyrażeń ustawowych zawartych w ustawie o drogach publicznych, która określa, że zieleń przydrożna to roślinność umieszczona w pasie drogowym, mająca na celu w szczególności ochronę użytkowników drogi przed oślepieniem przez pojazdy nadjeżdżające z kierunku przeciwnego, ochronę drogi przed zawiewaniem i zaśnieżaniem, ochronę przyległego terenu przed nadmiernym hałasem, zanieczyszczeniem powietrza, wody i gleby uznać należy, że pasy zieleni znajdujące się po obu stronach chodnika stanowią integralną część pasa drogowego. Wskazywałoby na to również ustawowe wyjaśnienie określenia pas drogowy (art. 4 pkt 1 ustawy o drogach publicznych), zgodnie z którym pas drogowy to wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą. W związku z powyższym Odwołujący wskazywał, iż nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w uzasadnieniu wykluczenia, że usługa świadczona przez Odwołującego na rzecz SSM CZYN w Słupsku nie obejmuje letniego i zimowego oczyszczania opasek ulicznych i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych dróg publicznych. Tym bardziej, że z treści referencji załączonych do oferty Odwołującego wynika, że „*umową objęte były zasoby SSM Czyn wraz z przyległymi terenami obcymi, tj. przyległe pasy*

drogowe wraz z zielenią i chodnikami".

Ponadto Odwołujący zwracał uwagę na to, że zgodnie z opisem sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia powierzchnia 200.000 m² dotyczy łącznie wszystkich elementów, tj. oczyszczanie chodników, alejek, opasek ulicznych oraz pielęgnacji zieleni w pasach drogowych dróg publicznych. Tak też wynika z zakresu przedmiotu zamówienia dla Zadania II, którym są objęte wszystkie elementy w ramach łącznej powierzchni 261.784,50 m². Odwołujący podnosił, iż zatem dodatkowo niezrozumiałe jest stwierdzenie Zamawiającego, iż „*żadna z wykazanych usług nie obejmuje letniego i zimowego oczyszczania opasek ulicznych i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m²*”, bowiem przyjęcie interpretacji, że tylko oczyszczane opaski uliczne i zieleń miały mieć powierzchnię nie mniejszą niż 200.000 m² byłoby sprzeczne z przepisami obowiązującego prawa. Odwołujący przytaczał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2011r., sygn. akt: KIO 1024/11 – „*(...) z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom. Natomiast zasada równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu wskazują, iż przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego, przy odczytywaniu znaczenia tych postanowień należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego*”.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwracał uwagę, iż Zamawiający pomimo tego, że postanowił wykluczyć Odwołującego, to wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., który w swoim wykazie wykonanych/wykonywanych usług wykazał się realizacją usługi obejmującej tylko następujące elementy: oczyszczanie chodników o powierzchni 88.484,93 m², utrzymywaniem trawników o pow. 176.287,50 m², drzew w ilości 2.167, krzewów o pow. 12.715,04 m², różanek o pow. 1.127 m², gazonów o pow. 225,68 m² i ławek w ilości 82 szt. Zatem jak wynika z powyższego powierzchnia żadnego z poszczególnych elementów nie przekroczyła 200.000 m². Ponadto z wykazu nie wynika wprost, że usługa dotyczyła również opasek drogowych, a jednak w tym przypadku Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości. Z uwagi na przedstawione wyżej zaniechania i naruszenia przepisów obowiązującego prawa Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien unieważnić czynności wykluczenia Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonać powtórnej oceny złożonych ofert. W konsekwencji oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w

przedmiotowym postępowaniu.

Odwołanie zostało podpisane przez Pana Jerzego Kotelę. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2011 r.

W dniu 25 sierpnia 2011 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 29 sierpnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 112, 76-200 Słupsk (dalej „Przystępujący”). Przystąpienie zostało wniesione w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Krajowej Izby Odwoławczej udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Przystąpienie zostało podpisane przez Panią Monikę Małaczek działającą na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 sierpnia 2011 r. podpisanego przez Prezesa Zarządu – Pana Andrzeja B. Gazickiego – uprawnionego do samodzielnej reprezentacji Przystępującego zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. W przystąpieniu wskazano, iż Przystępujący ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym przetargu. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 6 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faksem pismo „odpowiedź na odwołanie”, sporządzone przez Przystępującego, zawierające dodatkową argumentację Przystępującego popierającą oddalenie odwołania. Zdaniem Przystępującego dokumentacja niniejszego postępowania dowodzi, iż wykluczenie Odwołującego jest konieczne i w pełni uzasadnione. Zgodnie bowiem z warunkiem udziału w przetargu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia w części dot. Zadania II: *„Za spełnienie warunku Zamawiający uzna udokumentowanie wykonania, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywania usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tzn. obejmującej oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/ej się w pasach drogowych dróg publicznych, która była lub jest realizowana w ramach jednej umowy przez okres ciągły trwający co najmniej 24 miesiące, o powierzchni nie mniejszej niż: 200.000 m²”*. Zdaniem Przystępującego poza sporem pozostaje fakt, iż powyższy warunek stanowi o obowiązku wykazania co najmniej jednej usługi (umowy) obejmującej swoim zakresem utrzymanie w czystości terenów zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie

mniejszej niż: 200.000 m². Powyższe oznacza, iż w wykazanej usłudze (umowie) co najmniej 200.000 m² powierzchni terenów zewnętrznych ma być zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych. Potwierdzeniem niniejszego stanowiska jest:

- 1) opis w/w warunku,
- 2) wyjaśnienie treści SIWZ (pismo z dnia 14 czerwca 2011r, znak ZDM-XIX-341/6/5/11), w którym Zamawiający w odpowiedzi na pytania 4 i 5 w zakresie zasadności opisu w/w warunku poprzez odwołanie się w nim do realizacji usług na terenach o wymaganej powierzchni zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych w sposób jednoznaczny wskazał, iż warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia określony w niniejszym przetargu został opisany na podstawie art. 22 ust.4 ustawy Pzp w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Przedmiotem zamówienia są usługi realizowane w pasach drogowych dróg publicznych, a tym samym warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący się do wymaganego doświadczenia wykonawcy w realizacji usług w pasach drogowych dróg publicznych jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Pojęcie pasów drogowych jest uregulowane w odrębnych przepisach. Usługi realizowane w pasach drogowych dróg publicznych podlegają bardziej rygorystycznym przepisom, uwarunkowaniom, organizacji pracy. Wobec tego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia opisany w niniejszym przetargu jest w pełni zgodny z obowiązującymi przepisami;
- 3) wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego (pismo z dnia 15 lipca 2011r znak: ZIM-ZP-I-341/6/9/11), w którym Zamawiający stwierdza, że:
 - a) *„żadna z wykazanych usług nie potwierdza wykonania usług oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/ej się w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000.00 m²”,*
 - b) *„zarówno z wykazu jak i z referencji nie wynika jaka jest powierzchnia obsługiwanych przez Odwołującego pasów drogowych, a tym samym czy jest ona nie mniejsza niż 200.000.00 m²”.*

Odwołujący wykazał w wykazie usług 2 usługi (umowy) tj.:

- 1) w poz. 1 wykazu usług - usługę świadczoną na rzecz SSM CZYN w Słupsku dot. całorocznego oczyszczania chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na pow. 285. 241,70 m²,
- 2) w poz. 2 wykazu - usługę świadczoną na rzecz SM Kolejarz w Słupsku dot. całorocznego oczyszczania chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na pow. 113 000,00 m².

W świetle powyższego opisu warunku oraz wyjaśnień SIWZ do oceny spełnienia niniejszego

warunku nie może być brana pod uwagę usługa (umowa) wskazana w poz. 2 wykazu z uwagi na jej łączną powierzchnię: 113 000,00 m². Oczywistym jest bowiem, iż w ramach tej umowy nie są realizowane przez Odwołującego prace w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000,00 m². Natomiast w odniesieniu do usługi (umowy) wskazanej w poz. 1 wykazu, nie jest wiadomo, jaka jest powierzchnia obsługiwanych pasów drogowych wchodząca w skład łącznej wykazanej powierzchni 285.241,70 m². Uzupełnione oświadczenia i dokumenty oraz wyjaśnienia Odwołującego, a także treść odwołania zmieniają jedynie powierzchnię dot. usługi z poz. 1 wykazu do 285.241,70 m², ale w żaden sposób nie wskazują, jaka jest, co do zasady, powierzchnia obsługiwanych przez Odwołującego pasów drogowych, a tym samym czy jest ona nie mniejsza niż 200.000,00m². Odwołujący wskazał jedynie, iż usługi wskazane w poz. 1 wykazu usług wykonywane są na obszarze miasta Słupska na rzecz SSM CZYN w Słupsku wraz z przyległymi terenami obcymi, tj. przyległymi pasami drogowymi, nie wyjaśniając jednocześnie, jaka jest ich powierzchnia. W świetle powyższego przedłożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2a, 3, 4 ustawy Pzp oświadczenia, dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają powierzchni obsługiwanych przez Odwołującego pasów drogowych w ilości nie mniejszej niż 200.000,00 m². W tym stanie rzeczy, zdaniem Przystępującego, poza sporem pozostaje fakt, iż Odwołujący nie wykazał na wezwanie Zamawiającego spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a tym samym wykluczenie Odwołującego w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami. W odwołaniu Odwołujący także nie wskazuje faktycznej powierzchni obsługiwanych pasów drogowych w ramach umowy wskazanej w poz. 1 wykazu usług. Odwołujący sprzecznie z opisem niniejszego warunku próbuje dowieść w odwołaniu, iż Zamawiający wymaga wykazania: oczyszczania chodników o pow. 200.000,00 m², utrzymania trawników o pow. 200.000,00 m² wskazując, iż Przystępujący w żadnym z powyższych elementów nie wykazał pow. 200.000,00 m². Powyższa teza podniesiona w odwołaniu nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji niniejszego postępowania. Zgodnie bowiem z opisem niniejszego warunku wystarczającym do jego spełnienia jest wykazanie co najmniej jednej usługi (umowy) obejmującej swoim zakresem utrzymanie terenów zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000,00 m². Przez tereny zlokalizowane w pasach drogowych dróg publicznych należy rozumieć zgodnie z opisem ww. warunku chodniki, alejki, opaski uliczne oraz tereny zieleni. Wobec tego w celu potwierdzenia powyższego warunku konieczne jest wykazanie chodników, alejek, opasek ulicznych oraz terenów zieleni zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych, których łączna powierzchnia jest nie mniejsza niż 200 000,00 m². Przystępujący podkreślał, że spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu, bowiem w ramach usługi (umowy) wskazanej w wykazie usług Przystępującego łączna

powierzchnia chodników, alejek, opasek ulicznych oraz terenów zieleni zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych jest nie mniejsza niż 200.000,00 m². Wynika to bezpośrednio z treści dokumentu pn. potwierdzenie należytego wykonania umowy z dnia 15 czerwca 2011r. (l.dz. ZDM.XIII.7062/29/11), z którego treści jednoznacznie wynika, iż Przystępujący realizował i realizuje usługę pn. „Oczyszczanie chodników, alejek i opasek ulicznych w pasach drogowych dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych w strefie B miasta Słupska wraz z pielęgnacją zieleni w tej strefie (w okresie letnim i zimowym)”. Jak zawarto w treści przywołanego pisma już suma powierzchni chodników i trawników przekracza wymaganą wielkość 200.000 m² (chodniki 88.484,93 m² + trawniki 176.287,50 m² + krzewy 12 715,04 m² + różanki 1.127 m² + gazony 225,68 m² = 278.840,15 m²). Przedmiotowy dokument załączono do oferty. Przystępujący wskazywał, iż wg informacji otrzymanej dnia 5 września 2011 r. w piśmie znak: ZIM-ZP-III-341/6/33/11 zarządca dróg – Zamawiający - potwierdził, iż nie zlecał Odwołującemu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usługi obejmującej oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych. Oryginał przedmiotowego pisma „odpowieź na odwołanie” przedłożony został na posiedzeniu przed Izba.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W SIWZ w zakresie Zadania II w pkt VIII ppkt 2.2. Zamawiający w odniesieniu do warunku wiedzy i doświadczenia przewidział, iż za spełnienie warunku Zamawiający uzna udokumentowanie wykonania, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywania usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tzn. obejmującej oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/ej się w pasach drogowych dróg publicznych, która była lub jest realizowana w ramach jednej umowy przez okres ciągły trwający co najmniej 24 miesiące, o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m².

W piśmie z dnia 14 czerwca 2011 r. znak ZDM-XIX-341/6/5/11 Zamawiający w

odpowiedzi na pytanie 4 „Czy według zamawiającego doświadczenie wykazane przez oferenta usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. oczyszczanie letni i zimowe chodników, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni która w całości nie jest zlokalizowana w pasie drogowym, lecz stanowi parki miejskie i zieleńce, skwery, osiedla mieszkaniowe wraz z przyległymi chodnikami, alejkami i opaskami ulicznymi będącymi częściowo w pasach drogowych spełni warunek wiedzy i doświadczenia stawiany w punkcie VIII punkt 2.2. str. 15 SIWZ” oraz nr 5 „Czy sformułowanie tak warunku w celu wykazania wiedzy i doświadczenia Punkt VIII punkt 2.2. str. 15 SIWZ związane ściśle z miejscem wykonywania nie jest całkowitym ograniczeniem dostępu firm do tego zamówienia co stawia SIWZ do tego zamówienia niezgodną z Ustawą PZP”, Zamawiający uznał, iż warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazany w niniejszym przetargu został opisany na podstawie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w sposób związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Podnosił, że przedmiotem zamówienia są usługi realizowane w pasach drogowych dróg publicznych, a tym samym warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący się do wymaganego doświadczenia wykonawcy w realizacji usług w pasach drogowych dróg publicznych jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Pojęcie pasów drogowych jest uregulowane w odrębnych przepisach. Usługi realizowane w pasach drogowych dróg publicznych podlegają bardziej rygorystycznym przepisom, uwarunkowaniom, organizacji pracy. Wobec tego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia opisany w niniejszym przetargu jest w pełni zgodny z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący w wykazie usług załączonym do oferty podał następujące usługi:

- 1) w pozycji 1 wykazu usług - usługę świadczoną na rzecz SSM CZYN w Słupsku dot. całorocznego oczyszczania chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na pow. 285.241,70 m²,
- 2) w pozycji 2 wykazu - usługę świadczoną na rzecz SM Kolejarz w Słupsku dot. całorocznego oczyszczania chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na pow. 113.000 m².

Zamawiający pismem znak ZIM-ZP-I-341/6/9/11 z dnia 15 lipca 2011 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wezwał Odwołującego m.in. do uzupełnienia wykazu usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zrealizowanych w ramach umów wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców - o treści zgodnej z zał. nr 4 do SIWZ oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należycie. Uzpełnienia o wskazane dokumenty i oświadczenie, zgodnie z ww pismem Zamawiającego należało dokonać w nieprzekraczalnym terminie do dnia 20 lipca 2011 r. Zamawiający wskazywał, iż jego zdaniem żadna z wykazanych usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako że nie obejmuje letniego i zimowego oczyszczania opasek ulicznych i świadczenia opisanych w warunku usług w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². Treść referencji wystawionych przez SSM CZYN dotyczących pozycji 1 wykazu wskazuje na realizację części usług w przyległych pasach drogowych, z czego drogi, chodniki, place utwardzone stanowią 118.269,23 m². Treść referencji wystawionych przez SM Kolejarz w Słupsku dotyczących usługi z pozycji 2 wykazu wskazuje na realizację usługi w zakresie utrzymania terenów zewnętrznych w czystości, utrzymania zimowego oraz kompleksowej pielęgnacji zieleni. Zatem zarówno z wykazu, jak i referencji nie wynika, jaka jest powierzchnia obsługiwanych przez Odwołującego pasów drogowych dróg publicznych, a tym samym czy jest ona nie mniejsza niż 200.000 m² oraz czy zakres prac w pasach drogowych obejmuje poza oczyszczaniem chodników, alejek z pielęgnacją zieleni, również letnie i zimowe oczyszczanie opasek ulicznych. Zamawiający zauważał, iż biorąc powyższe pod uwagę, uzpełnienie ww dokumentu jest konieczne w celu potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący, odpowiadając pismem z dnia 20 lipca 2011 r., które wpłynęło do Zamawiającego w tej samej dacie, przedstawił wykaz usług, w którym Odwołujący wskazał następujące usługi:

- 1) oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/ej się w pasach drogowych dróg publicznych na powierzchni 285.241,70 m² świadczone na rzecz SSM CZYN w Słupsku,
 - 2) oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni na pow. 113 tys. m² świadczone na rzecz SM Kolejarz w Słupsku,
- wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie usług objętych tym wykazem.

Odwołujący podnosił, iż wskazana przez niego usługa świadczona dla SSM CZYN obejmowała również swym zakresem całoroczne oczyszczanie alejek i opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych. Wyjaśniał, iż w treści referencji jest zamieszczona informacja, z której wynika, iż „*drogi, chodniki i place utwardzone stanowiły 118.269,23 m²*”, a zatem wskazana powierzchnia nie obejmowała pozostałych elementów składających się na tereny utwardzone, w tym alejki, opaski i inne tereny zielone, które były objęte zakresem prac. Odwołujący wskazywał, iż w związku z powyższym, biorąc pod uwagę cały zakres realizowanej przez niego usługi, warunek udziału w postępowaniu został spełniony, ponieważ powierzchnia oczyszczanych

letnich i zimowych chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych przekraczała 200.000 m² (było 285.241,70m²). Ponadto przedstawił orzecznictwo wskazujące, iż treść referencji ma potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, zaś rozstrzygające w przedmiocie posiadania doświadczenia jest oświadczenie wykonawcy, a nie treść referencji.

Zamawiający pismem znak ZIM-ZP-I-341/6/18/11 z dnia 27 lipca 2011 r. działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnienia dotyczącego przedłożonego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt VIII ppkt 2.2. SIWZ, ponieważ, zdaniem Zamawiającego, z jego treści, w związku z treścią wcześniej załączonych dokumentów, wynikały rozbieżności i niespójności, budzące wątpliwości co do prawdziwości zawartych tam oświadczeń. W dokumencie (zał. nr 4) załączonym do oferty - str. nr 32, w poz. 1 wykazu usług wskazana została usługa świadczona na rzecz SSM CZYN w Słupsku dot. całorocznego oczyszczania chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na pow. 285 241,70 m². W uzupełnionym dokumencie (zał. nr 4) - str. nr 4, w poz. 1 wykazu usług wskazana jest ponownie usługa świadczona na rzecz SSM CZYN w Słupsku, ale dot. oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdującej/cych się w pasach drogowych dróg publicznych na powierzchni 285 241,70 m². Zamawiający wskazywał, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez uprzątnięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników położonych wzdłuż nieruchomości, przy czym za taki chodnik uznaje się wydzieloną część drogi publicznej służącą dla ruchu pieszego położoną bezpośrednio przy granicy nieruchomości. Obowiązek ten nie dotyczy zatem utrzymania zieleni, a także opasek ulicznych. Zamawiający podnosił, iż w myśl art. 20 pkt 16 ustawy o drogach publicznych to do zarządcy drogi należy w szczególności utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów. W ramach wykonywania tego obowiązku tylko Zamawiający zlecał innym podmiotom wykonywanie usługi w tym zakresie w granicach administracyjnych Słupska. Odwołujący nie był jednak podmiotem, który świadczył usługi utrzymywania zieleni w pasach drogowych dróg publicznych na terenie miasta Słupska. Podmiotem tym nie była także SSM CZYN, na rzecz której Odwołujący świadczył usługi wskazane w wykazie. Zamawiający wzywał zatem do wyjaśnienia rozbieżności i niespójności m.in. w następującym zakresie:

- „1) *Czy wskazana w dokumentach powierzchnia 285 241,70m² to są w całości zasoby SSM CZYN w Słupsku i czy są położone są one tylko w Słupsku, czy również poza jego granicami ?*
- 2) *Ze wskazanej przez Pana w dokumentach powierzchni, wynoszącej 285 241,70m²,*

jaką powierzchnię zajmuje zieleń utrzymywana przez Pana w pasach drogowych dróg publicznych oraz jaką powierzchnię stanowią chodniki, alejki, opaski uliczne w pasach drogowych dróg publicznych utrzymywanych przez Pana ?

- 3) *Przy jakich ulicach (proszę o wskazanie nazwy ulicy) świadczył Pan usługi w zakresie utrzymania zieleni w pasach drogowych dróg publicznych na terenie miasta Słupska?*

Wyjaśnienia miały być złożone w nieprzekraczalnym terminie do 1 sierpnia 2011 r.

Odwołujący w piśmie z dnia 1 sierpnia 2011 r. tj. w terminie określonym przez Zamawiającego, wyjaśnił, iż wskazana przez niego usługa świadczona na rzecz SSM CZYN obejmowała również swoim zakresem całoroczne oczyszczanie alejek i opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych. W ten sposób uszczegółowił zakres informacji w przedłożonym przez niego wykazie o pozostałe dane dotyczące usługi realizowanej dla SSM CZYN w Słupsku. Zatem, w jego opinii, z przedstawionych przez niego informacji nie wynika rozbieżność ani niespójność, a jedynie dane przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełniają wcześniej podane informacje. Odwołujący wyjaśnił także, iż zgodnie z przedłożonymi informacjami i dokumentami, prace w ramach usługi były wykonywane na obszarze miasta Słupska na rzecz SSM CZYN w Słupsku, a umową była objęta całość powierzchni, tj. 285.241,70m². Usługa była świadczona m.in. na ulicy Garncarskiej oraz Królowej Jadwigi. Zgodnie z treścią referencji umową objęte były zasoby SSM CZYN wraz z przyległymi terenami obcymi (na mocy ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach, tj. przyległe pasy drogowe wraz z zielenią i chodnikami). Wskazywał, iż w związku z tym, że świadczenie usługi dotyczyło całej powierzchni, na której znajdowały się chodniki, alejki, opaski uliczne wraz z zielenią, znajdujące się w pasach drogowych dróg publicznych, nie dysponuje wyszczególnieniem obszaru każdego z tych elementów. Podkreślał, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia Wykonawcy byli zobowiązani wykazać się realizacją usługi obejmującej oczyszczanie letnie i zimowe tych elementów na ogólnej (łącznej) powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². Ponadto ze wzoru wykazu również nie wynika obowiązek podania powierzchni poszczególnych elementów usługi. Odwołujący potwierdził, iż cały zakres realizowanej przez niego ww usługi obejmował oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych, a zatem, w jego opinii, wykazał w sposób należyty i wystarczający, że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji usługi stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia. Jednocześnie wyjaśnił, iż usługa świadczona na rzecz SSM CZYN w Słupsku wskazana w pozycji 1 wykazu załączonego do oferty oraz uzupełnionego wykazu to ta sama usługa.

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2011 r. przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu Odwołującego, przesyłając je drogą pocztową. Zamawiający uznał, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy doświadczenia. Uznał, iż dokument uzupełniony przez Odwołującego jest niewiarygodny. W celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, określonego przez Zamawiającego dla Zadania II w niniejszym postępowaniu, tj. wykazania co najmniej jednej usługi oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/cej się w pasach drogowych dróg publicznych, która była lub jest realizowana w ramach jednej umowy przez okres ciągle trwający co najmniej 24 miesiące, o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m², Odwołujący powołał się na ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez uprzątnięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników położonych wzdłuż nieruchomości, przy czym za taki chodnik uznaje się wydzieloną część drogi publicznej służącą dla ruchu pieszego położoną bezpośrednio przy granicy nieruchomości. Zatem obowiązek ten nie dotyczy utrzymania zieleni, a także opasek ulicznych. W myśl normy prawnej określonej w art. 20 pkt 16) ustawy o drogach publicznych to do zarządcy drogi należy w szczególności utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów. W ramach wykonywania tego obowiązku tylko Zamawiający zlecał innym podmiotom wykonywanie usługi w tym zakresie w granicach administracyjnych miasta Słupska. Odwołujący nie był jednak podmiotem, który świadczył dla zarządcy drogi usługi utrzymania zieleni w pasach drogowych dróg publicznych na terenie miasta Słupska. Podmiotem tym nie była też SSM CZYN w Słupsku, na rzecz której Odwołujący świadczył usługi wskazane w wykazie. Dokonując zatem oceny oferty Odwołującego oraz uzupełnionych dokumentów i złożonego wyjaśnienia, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To powoduje konieczność wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Żadna z wykazanych przez Odwołującego usług nie potwierdza wykonania usług oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/cej się w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². W szczególności żadna z wykazanych usług nie obejmuje letniego i zimowego oczyszczania opasek ulicznych i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². Zamawiający stwierdził, iż na Wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1

ustawy Pzp oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, sam fakt niewykazania spełnienia warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Został wykluczony z postępowania, w którym złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium - cena). Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu i przywrócenia go do postępowania, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. – Przystępującego z uwagi na spełnienie przez tegoż wykonawcę przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym w szczególności protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, pismo Zamawiającego znak ZDM-XIX-341/6/5/11 z dnia 14 czerwca 2011 r. dotyczące wyjaśnień treści SIWZ, oferty Odwołującego i Przystępującego, pismo Zamawiającego znak ZIM-ZP-I-341/6/9/11 z dnia 15 lipca 2011 r., odpowiedź Odwołującego z dnia 20 lipca 2011 r., pismo Zamawiającego znak ZIM-ZP-I-341/6/18/11 z dnia 27 lipca 2011 r., odpowiedź Odwołującego z dnia 1 sierpnia 2011 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 sierpnia 2011 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania przedłożone na piśmie i ustnie do protokołu, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się

bowiem zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazane w odwołaniu.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niesłuszne wykluczenie Odwołującego, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią pkt VIII ppkt 2.2. SIWZ w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, określonego przez Zamawiającego dla Zadania II w niniejszym postępowaniu należało wykazać co najmniej jedną usługę letniego i zimowego oczyszczania chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/cej się w pasach drogowych dróg publicznych, która była lub jest realizowana w ramach jednej umowy przez okres ciągły trwający co najmniej 24 miesiące, o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². Jak wskazano powyżej, treść powyższego warunku (opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku) była przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego w piśmie z dnia 14 czerwca 2011 r. znak ZDM-XIX-341/6/5/11 w odpowiedzi na pytanie nr 4 „Czy według zamawiającego doświadczenie wykazane przez oferenta usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. oczyszczanie letnie i zimowe chodników, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni która w całości nie jest zlokalizowana w pasie drogowym, lecz stanowi parki miejskie i zieleńce, skwery, osiedla mieszkaniowe wraz z przyległymi chodnikami, alejkami i opaskami ulicznymi będącymi częściowo w pasach drogowych spełni warunek wiedzy i doświadczenia stawiany w punkcie VIII punkt 2.2. str. 15 SIWZ” oraz nr 5 „Czy sformułowanie tak warunku w celu wykazania wiedzy i doświadczenia Punkt VIII punkt 2.2. str. 15 SIWZ związane ściśle z miejscem wykonywania nie jest całkowitym ograniczeniem dostępu firm do tego zamówienia co stawia SIWZ do tego zamówienia niezgodną z Ustawą PZP”. Zamawiający uznał, iż warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazany w niniejszym przetargu został opisany na podstawie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w sposób związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia są usługi realizowane w pasach drogowych dróg publicznych, a tym samym warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący się do wymaganego doświadczenia wykonawcy w realizacji usług w pasach drogowych dróg publicznych jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to zatem, iż Zamawiający jednoznacznie potwierdził i utrzymał dotychczasową treść warunku (opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku) wiedzy i doświadczenia obejmującego wymaganie wykazania się usługą wykonaną w pasach drogowych dróg publicznych. Usługa dotyczyć miała oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych oraz pielęgnacji zieleni znajdującej się w pasach drogowych dróg publicznych, a ponadto winna być realizowana na powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m², przy czym powierzchnia ta dotyczy pasów drogowych dróg publicznych. Powyższą interpretację potwierdza także stanowisko Zamawiającego wyrażone

w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego (pismo z dnia 15 lipca 2011r znak ZIM-ZP-I-341/6/9/11), w którym Zamawiający stwierdził, iż:

- 1) „żadna z wykazanych usług nie potwierdza wykonania usług oczyszczania letniego i zimowego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/ej się w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000.00 m²”.
- 2) „zarówno z wykazu jak i z referencji nie wynika, jaka jest powierzchnia obsługiwanych przez Odwołującego pasów drogowych, a tym samym czy jest ona nie mniejsza niż 200.000.00 m²”.

Podobnie w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 27 lipca 2011 r. (znak pisma ZIM-ZP-341/6/18/11) Zamawiający w odniesieniu do pisma Odwołującego z dnia 20 lipca 2011 r. ponownie wskazywał na wątpliwości co do powierzchni świadczonej usługi znajdującej się w pasach drogowych dróg publicznych. Oczekiwał m.in. wyjaśnień czy wskazana w dokumentach powierzchnia 285.241,70m² to w całości zasoby SSM CZYN w Słupsku i czy położone są one tylko w Słupsku czy również poza jego granicami, jaką powierzchnię zajmuje zieleń utrzymywana przez Odwołującego w pasach drogowych dróg publicznych oraz jaką powierzchnię stanowią chodniki, alejki, opaski uliczne w pasach drogowych dróg publicznych utrzymywanych przez Odwołującego, jak również przy jakich ulicach świadczone usługi w zakresie utrzymania zieleni w pasach drogowych dróg publicznych Miasta Słupska.

W świetle powyższego należy uznać, iż wymaganie postawione przez Zamawiającego określone zostało w sposób na tyle jednoznaczny, iż nie powinno budzić wątpliwości Odwołującego co do jego zakresu. Powyższe potwierdza także treść wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2011 r., z których jednoznacznie wynika, iż Odwołujący w pełni zrozumiał przedmiot wątpliwości Zamawiającego.

Jak było wskazane powyżej, Odwołujący do oferty załączył wykaz usług, w którym wymienił 2 usługi:

- 1) w pozycji 1 wykazu usług - usługę świadczoną na rzecz SSM CZYN w Słupsku dotyczącą całorocznego oczyszczania chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na powierzchni 285.241,70 m²,
- 2) w pozycji 2 wykazu - usługę świadczoną na rzecz SM Kolejarz w Słupsku dotyczącą całorocznego oczyszczania chodników, alejek z pielęgnacją zieleni na powierzchni 113.000 m²

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 lipca 2011 r. przedstawił ponownie wykaz zawierający te same usługi, przy czym dokonał modyfikacji ich opisu, uzupełniając go zgodnie z treścią opisu wynikającego z pkt VIII ppkt 2.2. SIWZ, w tym wskazując na wykonanie usługi oczyszczania letniego i zimowego także opasek ulicznych, które nie były

ujęte w pierwotnym opisie.

W świetle powyższego brzmienia pkt VIII ppkt 2.2. SIWZ oraz wyjaśnień do SIWZ do oceny spełnienia niniejszego warunku nie może być brana pod uwagę usługa wskazana w pozycji 2 wykazu z uwagi na jej łączną powierzchnię 113 000 m². Oczywistym jest bowiem, iż w ramach tej usługi nie były realizowane przez Odwołującego prace w pasach drogowych dróg publicznych o powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m². W ocenie Izby także usługa wskazana w pozycji 1 wykazu wykonywana na rzecz SSM CZYN polegająca – zgodnie z opisem zawartym w wykazach: załączonym do oferty oraz zmienionym załączonym do pisma z dnia 20 lipca 2011 r. - na całorocznym utrzymaniu terenów wraz z kompleksową pielęgnacją zieleni włącznie z terenami przyległymi obejmującymi pasy drogowe – oczyszczanie letnie i zimowe chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących/cej się w pasach drogowych dróg publicznych na powierzchni 285.21,70 m², nie potwierdza spełniania warunku SIWZ określonego w pkt VIII ppkt 2.2. W ocenie Izby Odwołujący nie potwierdził zatem w sposób niewątpliwy spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pomimo wezwania Odwołującego zarówno w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i dodatkowo do wyjaśnień odnośnie przedmiotowej usługi. Ani z treści wykazu ani przedstawionych wyjaśnień nie wynika bowiem, jaka jest powierzchnia pasów drogowych dróg publicznych wchodząca w skład łącznej wykazanej powierzchni 285.241,70 m², tj. czy wynosi ona co najmniej 200.000m², co w istocie decyduje o uznaniu warunku wiedzy i doświadczenia za spełniony. Z treści referencji z dnia 27 czerwca 2010 r. udzielonych przez SSM CZYN wynika, iż umowa z Odwołującym obejmowała zasoby SSM CZYN wraz z przyległymi terenami obcymi (na mocy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. przyległe pasy drogowe wraz z zielenią i chodnikami), a łączna powierzchnia objęta umową (tj. zasoby własne i tereny obce) to 285.241,70m², z czego 118.269,23 m² stanowiły drogi, chodniki i place utwardzone. Treść referencji potwierdza zatem, iż usługa obejmowała także zasoby własne SSM, co do których Odwołujący przyznał na rozprawie, iż nie znajdują się one w pasach drogowych dróg publicznych, lecz do nich przylegają (zasoby SSM CZYN sąsiadują z pasami drogowymi). Nie wynika natomiast, jaka jest powierzchnia terenów obcych, tj. pasów drogowych, których dotyczyła usługa realizowana na rzecz SSM CZYN. Twierdzenie Odwołującego prezentowane na rozprawie, iż przeważająca (tj. nie mniejsza niż 200.000 m²) powierzchnia świadczonej usługi obejmowała pasy drogowe dróg publicznych, nie zostało poparte żadnym dowodem. Ponadto także wskazana powierzchnia 118.269,23 m² odnosi się do dróg, chodników i placów utwardzonych bez wskazania miejsca ich położenia. Słusznie zatem zauważał na rozprawie Przystępujący, iż mogą być to tereny stanowiące zasoby SSM CZYN. Nie został też przedstawiony żaden dowód popierający stanowisko, iż w ww powierzchni nie

zostały ujęte wszystkie tereny utwardzone, w tym alejki i opaski uliczne. Podobnie nie zostało wskazane, jaka powierzchnia pielęgnowanej przez Odwołującego zieleni położona była w pasach drogowych dróg publicznych. Tym samym na podstawie posiadanych przez Zamawiającego informacji brak jest podstaw do wnioskowania, iż powierzchnia wykonywanej usługi zlokalizowana w pasach drogowych dróg publicznych wynosiła co najmniej 200.000 m², ponieważ na tę okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonywującego dowodu, ograniczając się do własnych oświadczeń i interpretacji treści referencji. Co więcej wątpliwości i ocena Zamawiającego co do nienależytego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie były, zdaniem Izby, uzasadnione choćby z uwagi na rozbieżność pomiędzy treścią referencji a przedłożonym uzupełnionym wykazem usług, którego literalne brzmienie, wbrew treści referencji, wskazuje, iż powierzchnia usługi świadczonej w pasach drogowych obejmowała powierzchnię 285.241,70m² (zatem całą powierzchnię świadczonej usługi, pomimo iż referencje jednoznacznie wskazywały na jej wykonywanie również w zasobach własnych SSM CZYN, które nie były położone w pasach drogowych). Izba stwierdza, iż nie można podzielić poglądu, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia wykonawcy wystarczającym było wykazanie się realizacją usługi świadczonej na powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m², na której znajdowały się chodniki, alejki, opaski uliczne wraz z zielenią zlokalizowane w pasach drogowych dróg publicznych. Powyższe skutkowałoby przyznaniem, iż warunek udziału w postępowaniu został spełniony, gdyby wykazano, iż powierzchnia obsługiwanych przez Odwołującego pasów drogowych wynosiła co najmniej 200.000 m² (a zatem, że usługa w zakresie oczyszczania zimowego i letniego chodników, alejek, opasek ulicznych wraz z pielęgnacją zieleni znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych odnosiła się do powierzchni co najmniej 200.000 m²). Okoliczność, że łączna powierzchnia, na której usługa jest świadczona, przekracza 200.000 m², o ile powierzchnia obsługiwanych pasów drogowych dróg publicznych, nie stanowi co najmniej 200.000 m², pozostaje irrelevantna z punktu widzenia oceny wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Wobec uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego Odwołujący winien był, zgodnie z treścią art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykazać, jaką powierzchnię w ramach świadczonej usługi stanowią pasy drogowe, czego nie uczynił. Przepis art. 26a ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jednoznacznie nakłada ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę. Izba podziela w tej mierze przedstawioną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10 sierpnia 2011 r. – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – wykładnię powyższych przepisów ustawy Pzp. Znajduje ona potwierdzenie także w stanowisku doktryny zamówień publicznych, np.: *„Wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie obejmuje więc dwie sytuacje faktyczne. Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprowadzie*

przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika więc, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz do art. 24 ustawy Pzp, Lex 2010) .

Izba podkreśla, iż Odwołujący posiadał pełną świadomość tego, iż jedynie częściowe zlokalizowanie powierzchni, na której realizowana jest usługa, w pasie drogowym dróg publicznych, o ile nie jest spełniony warunek minimalnej powierzchni położonej w pasie drogowym, nie jest wystarczający dla uznania, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wobec treści SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia nie wniósł środków ochrony prawnej, stąd na obecnym etapie postępowania nie ma on już możliwości kwestionowania jej treści.

Równocześnie Izba podkreśla, iż Odwołujący w treści odwołania sprzecznie z opisem niniejszego warunku oraz treścią dokumentacji postępowania dowodził, iż Zamawiający wymaga wykazania się wykonaniem poszczególnych elementów usługi na powierzchni 200.000 m², tj. w szczególności oczyszczaniem opasek ulicznych oraz pielęgnacją zieleni na powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m², podczas gdy zgodnie z opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powierzchnia 200.000 m² dotyczy łącznie wszystkich elementów, tj. oczyszczania chodników, alejek, opasek ulicznych oraz pielęgnacji zieleni w pasach drogowych dróg publicznych. Powyższa wątpliwość wynika być może z niedoskonałej redakcji zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego, jednak całość dokumentacji postępowania, w szczególności wezwania z dnia 15 lipca 2011 r. oraz 27 lipca 2011 r., jednoznacznie wskazują na sposób rozumienia przez Zamawiającego pkt VIII ppkt 2.2. SIWZ. Jasno z nich wynika, iż Zamawiający uznawał, że

wszystkie wymagane elementy usługi łącznie miałyby być wykonywane na powierzchni nie mniejszej niż 200.000 m², przy czym powierzchnia ta miała być zlokalizowana w pasach drogowych dróg publicznych.

Niezasadnym jest tym samym wniosek, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego, a nie uczynił tego w stosunku do Przystępującego, który nie wykazał się wykonaniem usługi, w ramach której poszczególne jej elementy byłyby realizowane na powierzchni co najmniej 200.000 m². Izba podkreśla, iż taki wymóg nie został przez Zamawiającego postawiony. Na marginesie jedynie stwierdzić należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego uznać należy, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w pkt VIII ppkt 2.2., bowiem w ramach usługi wskazanej w wykazie usług Przystępującego łączna powierzchnia chodników, alejek, opasek ulicznych oraz terenów zieleni zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych jest nie mniejsza niż 200.000 m². Wynika to bezpośrednio z treści załączonego do oferty Przystępującego dokumentu pn. „Potwierdzenie należytego wykonania umowy” z dnia 15 czerwca 2011r. (znak ZDM.XIII.7062/29/11), gdzie jednoznacznie wskazano, iż Przystępujący realizował i realizuje usługę pn. „Oczyszczanie chodników, alejek i opasek ulicznych w pasach drogowych dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych w strefie B miasta Słupska wraz z pielęgnacją zieleni w tej strefie (w okresie letnim i zimowym)”, zgodnie z umową nr 33/ZDM/07 z dnia 29 czerwca 2007 r. Jak zawarto w treści przywołanego pisma już suma powierzchni chodników i trawników przekracza wymaganą wielkość 200 000 m² (chodniki 88.484,93 m² + trawniki 176.287,50 m² + krzewy 12 715,04 m² + różanki 1.127 m² + gazony 225,68 m² = 278.840,15 m²). Podobnie niezasadnym jest zarzut, aby z wykazu przedstawionego przez Przystępującego nie wynikało wprost, aby usługa dotyczyła także opasek ulicznych. W treści wykazu w kolumnach zawierających opis wykonywanej usługi znajduje się jednoznaczne stwierdzenie, iż zakresem usługi objęte były także opaski uliczne. Brak wyszczególnienia powierzchni opasek ulicznych nie świadczy o tym, iż usługa w tym zakresie nie była wykonywana. Podobnie w niniejszym postępowaniu brak jest wyszczególnienia powierzchni opasek ulicznych, gdyż zostały one ujęte zbiorczo wraz z powierzchnią chodników i ścieżek rowerowych, co nie oznacza, iż nie są objęte zakresem wykonywanej usługi. Ponadto, jak przyznał Zamawiający, co wynika również z treści wykazu załączonego do oferty Przystępującego, Przystępujący jest dotychczasowym wykonawcą usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby wątpliwości budzi także wykazanie przez Odwołującego, iż usługa wykonywana na rzecz SSM CZYN obejmowała letnie i zimowe oczyszczanie opasek ulicznych w pasach drogowych dróg publicznych. Powyższy zakres nie znalazł się w

pierwotnym opisie usługi zawartym w wykazie załączonym do oferty, pojawił się w uzupełnionym wykazie przedłożonym na skutek wątpliwości Zamawiającego i wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Okoliczność ta nie znajduje także potwierdzenia w treści referencji SSM CZYN, która odwołuje się do wykonywania usługi na przyległych terenach obcych, tj. przyległych pasach drogowych wraz z zielenią i chodnikami, z powołaniem się na ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Istotnie celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania usługi, jednak gdy analiza treści wykazu będącego oświadczeniem wykonawcy prowadzi do powstania u Zamawiającego wątpliwości odnośnie wykazywanego zamówienia, czy też istnieją rozbieżności pomiędzy wykazem a referencjami, Zamawiający jest uprawniony do żądania dokonania stosownych wyjaśnień i/lub uzupełnienia przedłożonych dokumentów. Odwołujący podnosił, iż okoliczność, że Zamawiający jako zarządca drogi publicznej nie zlecił Odwołującemu ani SSM CZYN oczyszczania opasek ulicznych nie oznacza, iż podmioty te nie miały możliwości wykonywania oczyszczania opasek ulicznych w pasach drogowych dróg publicznych. Powoływał się na statutowe obowiązki SSM CZYN w zakresie zarządu nieruchomościami oraz treść art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z powyższymi regulacjami SSM CZYN jako zarządca nieruchomości wykonuje ciężące na niej obowiązki w tym związane z utrzymaniem czystości na przylegających chodnikach, ale także alejkach oraz opaskach ulicznych. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż zakres obowiązków właścicieli nieruchomości wynikający z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obejmuje jedynie obowiązek utrzymania czystości i porządku przez uprzątnięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników położonych wzdłuż nieruchomości, przy czym za taki chodnik uznaje się wydzieloną część drogi publicznej służącą dla ruchu pieszego położoną bezpośrednio przy granicy nieruchomości. Powyższe oznacza zatem, iż utrzymanie czystości i porządku w odniesieniu do opasek ulicznych znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych nie jest objęte powyższym przepisem. Zdaniem Izby, obowiązek utrzymania czystości opasek ulicznych położonych w pasach drogowych dróg publicznych nie wynika także z cytowanych postanowień statutu SSM CZYN. Ponadto wskazywana przez Odwołującego definicja opaski ulicznej, zaczerpnięta, jak wskazywał w odwołaniu, z SIWZ jako części utwardzonej ulicy o szerokości 50 cm znajdującej się na wysokości góry krawężnika między jezdnią a chodnikiem nie jest prawidłowa. W rzeczywistości definicja, którą posługuje się SIWZ (np. w pkt III ppkt 5.3.1., 5.3.2. czy 5.3.3.) przewiduje, iż opaską uliczną jest część utwardzonej ulicy o szerokości do 50 cm znajdująca się na wysokości góry krawężnika między jezdnią a trawnikiem. Nie można zatem uznawać, iż co do zasady stanowi ona element chodnika. Zamawiający przyznał, iż taka sytuacja może mieć miejsce, jednak nie dotyczy to powierzchni objętej przedmiotem zamówienia (według Zamawiającego

w strefie B, której dotyczy Zadanie II nie ma takich ulic). Odwołujący nie wykazał, aby powyższe twierdzenie Zamawiającego było nieprawdziwe czy niewiarygodne. Takim argumentem nie jest także sposób sformułowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, który w zakresie powierzchni świadczonej usługi dokonuje zliczenia powierzchni chodników wraz ze ścieżkami rowerowymi i opaskami ulicznymi. Nie jest to bowiem tożsame z generalnym uznaniem, iż opaski uliczne podlegają identycznym regulacjom jak chodniki, a jedynie sposobem opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy obejmuje on zarówno opaski uliczne, jak i chodniki. W istocie argumentacja Odwołującego opiera się głównie na okoliczności, iż stanowią one element pasa drogowego, a zgodnie z treścią referencji SSM CZYN usługa dotyczyła przyległych pasów drogowych wraz z zielenią i chodnikami. Powyższe wątpliwości potwierdza także fakt, iż usługa w tym zakresie w odniesieniu do opasek ulicznych znajdujących się w pasach drogowych dróg publicznych była zlecona przez Zamawiającego innemu podmiotowi, a zatem następowałoby dublowanie wykonywanej usługi. Podobne uwagi dotyczą także usługi polegającej na pielęgnacji zieleni w pasach drogowych dróg publicznych, która, zdaniem Izby, także nie jest objęta zakresem zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Odwołujący nie wykazał, aby jego teza znajdowała uzasadnienie w przytaczanym przezeń orzecznictwie (w tym wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 27 marca 2007 r. (sygn. akt I ACa 1542/06). Zdaniem Izby, odnosi się ono jedynie do zakresu obowiązku utrzymania czystości chodnika, który to zakres ustalany jest z uwzględnieniem okoliczności, iż wykładnia art. 5 ust.1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach prowadzić może do wniosku, iż z obowiązku utrzymania w czystości chodnika nie zwalnia właściciela jego oddzielenie od granicy nieruchomości np. pasem zieleni (chodnikiem położonym bezpośrednio przy nieruchomości byłby chodnik znajdujący się niedaleko (w bezpośredniej bliskości) od granicy tej nieruchomości, zwłaszcza wówczas, gdy między tym chodnikiem a nieruchomością sąsiednią nie ma już innych nieruchomości, których właściciele w pierwszej kolejności mieliby obowiązek jego utrzymania we właściwym stanie), co nie oznacza, iż obowiązek oczyszczania chodnika ulega rozszerzeniu także na pas zieleni. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zawiera innych regulacji, które odnosiłyby się do obowiązków właścicieli utrzymania zieleni w pasach drogowych. Tym samym brak jest ustawowego obowiązku utrzymania zieleni w pasach drogowych przez właścicieli sąsiadujących nieruchomości, czy też wywodzenia takiego obowiązku z tego, że pas zieleni graniczy z chodnikiem, co do którego przypisany jest obowiązek utrzymania go w czystości. Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący, iż Zamawiający jako zarządca dróg taki obowiązek na właścicieli jednak nakładał. Równocześnie Odwołujący nie był w stanie jednoznacznie i wyczerpująco wskazać, przy jakich ulicach usługa ta była przez niego wykonywana. Aczkolwiek rzeczywiście podnieść należy, iż w przypadku utrzymania zieleni w

treści referencji SSM CZYN znajduje się odniesienie do jej utrzymania w pasach drogowych w ramach świadczonej na rzecz SSM CZYN usługi.

Niezależnie jednak od powyższego, nawet gdyby przyjąć, iż na podstawie oświadczenia Odwołującego oraz korzystnej dla niego wykładni treści referencji SSM CZYN możliwym jest uznanie, iż wykonywał on usługi w odniesieniu do opasek ulicznych oraz zieleni w pasach drogowych dróg publicznych, pozostaje to bez wpływu na ocenę wykazania przezeń warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt VIII ppkt 2.2. SIWZ, ponieważ nie wykazał, że usługa była świadczona na wymaganej powierzchni zlokalizowanej w pasach drogowych dróg publicznych.

W świetle powyższego niezasadnym jest zatem stanowisko, aby Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 3 ustawy Pzp czy też art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby zasadnym było wykluczenie Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a Odwołujący nie zdołał wykazać, aby Zamawiającemu można było postawić zarzut naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała zatem, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając poniesione przez Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł wynikające z przedłożonej do akt sprawy kopii faktury.

Przewodniczący: