

**Sygn. akt KIO 2833/14**

**WYROK**  
**z dnia 19 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 i 19 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2014 r. przez J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Chorzowie

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Chorzów - Miejskiemu Zarządowi Dróg i Mostów w Chorzowie zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia o zamówieniu przez:

- skreślenie z pkt 2 Załącznika nr 1 - Formularza Ofertowego postanowień dotyczących obowiązku posiadania przez wykonawcę punktu dyspozytorskiego oraz bazy sprzętowej i materiałowej wraz z obsługą zlokalizowanych w odległości do 15 km od siedziby zamawiającego;

- zmianę pkt 6.2 ppkt 6.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia o zamówieniu i załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- ograniczenie minimalnej ilości sztuk samochodu polewaczki jaką musi wskazać wykonawca do 1 szt.,
- ograniczenie minimalnej ilości sztuk samochodów dostawczych jaką musi wskazać wykonawca do 6 szt.,
- ograniczenie minimalnej ilości sztuk koparko-ładowarek lub ładowarek jaką musi wskazać wykonawca do 1 szt.,
- skreślenie wymogu dysponowania samochodem o DMC powyżej 3,5 t dopuszczonym do przewozu odpadów pochodzenia zwierzęcego.

- zmianę pkt 6.2 ppkt 6.2.3. lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia o zamówienie wyłącznie przez dopuszczenie możliwości wykazania spełniania tego warunku łącznie przez usługi polegające na letnim utrzymaniu jezdni oraz zimowym utrzymaniu jezdni oraz usuwaniu skutków kolizji drogowych realizowanych na podstawie jednej lub większej liczby umów;

- nie uwzględnia żądań w pozostałej części.

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Chorzowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Chorzowie na rzecz J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu kwotę 18.600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Chorzowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest *„Letnie i zimowe utrzymanie jezdni ulic, miejsc postojowych oraz chodników na terenie miasta Chorzowa wraz z usługami towarzyszącymi”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2014/S 210-372283. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

24 grudnia 2014 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ” i informację o przesłaniu zmiany ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej.. 31 grudnia 2014 r. Jacek Wieczorek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art 29 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie:

a. ograniczenia grona wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia do podmiotów posiadających Punkt Dyspozytorski oraz bazę sprzętową i materiałową wraz z obsługą w odległości do 15 km od siedziby Zamawiającego (pkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz Ofertowy);

b. wprowadzenia postanowień dotyczących realizacji aspektów środowiskowych, które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący (pkt 3 ppkt 4.1-4.4 SIWZ; pkt 1.5.2 ppkt a)-c) Załącznika nr 5 do SIWZ; §9 pkt 2.1-2.4 Załącznika nr 6 do SIWZ; §2 pkt 3.1-3.4 Załącznika nr 13 do SIWZ);

2. art. 22 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania potencjałem technicznym w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (pkt 6.2 ppkt 6.2.2. SIWZ);

3. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także niezgodny z treścią wyroku Izby z dnia 24 listopada 2014 r., KIO 2358/14 (pkt 6.2 ppkt 6.2.3. SIWZ);

4. art. 25 ust. 1 i 2 Pzp przez żądanie przedłożenia wraz z ofertą dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały wymienione w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „Rozporządzenie o dokumentach”), oraz które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania tj. kopii dowodów rejestracyjnych, polis OC oraz certyfikatów wystawionych przez producenta pojazdu lub certyfikatów EKTМ lub równoważnych pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia określonych w pkt 6.2 ppkt 6.2.2. SIWZ;

5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez nieprecyzyjne określenie kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium: „Czas dojechania przez Wykonawcę na miejsce zdarzenia liczony od momentu zgłoszenia przez Zamawiającemu Wykonawcy zdarzenia” oraz kryterium: „Czas przystąpienia do usuwania skutków wypadków i zdarzeń drogowych, usuwania martwych zwierząt oraz produktów zwierzęcych” (pkt 15.1 oraz ppkt 15.2.4. i 15.2.6. SIWZ);

6. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz innych przepisów wynikających z treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ przez:

1. wykreślenie z pkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz Ofertowy postanowień dotyczących obowiązku posiadania przez wykonawcę Punktu Dyspozytorskiego oraz bazy sprzętowej i materiałowej wraz z obsługą zlokalizowanych w odległości do 15 km od siedziby Zamawiającego:

2. wykreślenie zawartych w pkt 3 ppkt 4.1-4.4 SIWZ; pkt 1.5.2 ppkt a)-c) Załącznika nr 5 do SIWZ, § 9 pkt 2.1-2.4 Załącznika nr 6 do SIWZ, § 2 pkt 3.1-3.4 Załącznika nr 13 do SIWZ postanowień dotyczących realizacji aspektów środowiskowych:

- „Monitorowanie emisji do powietrza pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji usług oraz podejmowanych działań zmierzających do ich ograniczenia;

- Monitorowanie hałasu emitowanego przez pojazdy i urządzenie wykorzystywane do realizacji usług oraz podejmowanych działań zmierzających do jego ograniczenia;
- Monitorowanie zapylenia generowanego przez pojazdy i urządzenia wykorzystywane do realizacji usług oraz podejmowanie działań zmierzających do jego ograniczenia;
- Monitorowanie ilości środków chemicznych i wody zużywanej w trakcie realizacji usług oraz podejmowanie działań zmierzających do jej ograniczenia. ”

ewentualnie:

3. doprecyzowanie w/w postanowień SIWZ poprzez wskazanie w jaki sposób, tj. poprzez jakie procedury, z użyciem jakich urządzeń mierniczych, w celu osiągnięcia jakich norm, jaki podmiot ma monitorować realizowanie aspektów środowiskowych, czy dane uzyskane z monitoringu należy przekazać Zamawiającemu oraz kto pokryje koszty monitorowania;

4. modyfikację pkt 6.2 ppkt 6.2.2. SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia i załącznika nr 7 do SIWZ przez:

a. wykreślenie postanowień dotyczących obowiązku załączenia do oferty kopii dowodów rejestracyjnych, polis OC oraz certyfikatów wystawionych przez producenta pojazdu lub certyfikatów EKTM lub równoważnych pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia określonych w pkt 6.2 ppkt 6.2.2. SIWZ;

b. modyfikację postanowień dotyczących dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym przez:

- ograniczenie minimalnej ilości sztuk samochodu polewaczki jaką musi wskazać wykonawca do 1 szt.,
- ograniczenie minimalnej ilości sztuk samochodów dostawczych jaką musi wskazać wykonawca do 6 szt.,
- ograniczenie minimalnej ilości sztuk koparko-ładowarek lub ładowarek jaką musi wskazać wykonawca do 1 szt.,
- usunięcie wymogu dysponowania samochodem o DMC powyżej 3,5 t dopuszczonym do przewozu odpadów pochodzenia zwierzęcego.

c. zastąpienie klauzuli o treści:

- „ Wszystkie samochody wymienione w pkt. 1,2,4,6,8,10 muszą spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 3 i co najmniej 50 % samochodów wymienionych w pkt. 1,2,4,6,8,10 musi spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 4.
- W przypadku gdy na potwierdzenie warunku opisanego w pkt. 7 wykonawca wykaże pojazdy podlegające normie EURO muszą one spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 3, w takim wypadku co najmniej 50% pojazdów podlegających normie EURO wymienionych pkt. 7 musi spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 4. ”

postanowieniem:

- „Przynajmniej połowa liczby pojazdów utrzymania letniego i zimowego musi spełniać standard emisji spalin minimum EURO 4. Pozostałe jednostki podlegające normie EURO powinny spełniać wymóg minimum EURO 3. ”;

5. modyfikację pkt 6.2 ppkt 6.2.3. SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia przez: 6.2.3. doprecyzowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w pkt 6.2 ppkt lit. a) SIWZ poprzez wskazanie, że usługa wykazywana na potwierdzenie spełniania tego warunku powinna obejmować roboty o wartości wskazanej w SIWZ przez Zamawiającego, w dowolnej wybranej przez wykonawcę konfiguracji i polegającej na:

- letnim utrzymaniu jezdni realizowanym na podstawie jednej lub większej liczby umów albo
- zimowym utrzymaniu jezdni realizowanym na podstawie jednej lub większej liczby umów albo
- letnim i zimowym utrzymaniu jezdni realizowanym na podstawie jednej lub większej liczby umów;

a. wprowadzenie postanowień zgodnie z którymi usługi przedstawiane na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w pkt 6.2 ppkt 6.2.3. lit. a) i b) SIWZ mogą składać się z oddzielnych umów na letnie i zimowe utrzymanie jezdni ulic, miejsc parkingowych i chodników wraz z usługami towarzyszącymi, które były przedmiotem osobnych postępowań o udzielenie zamówienia;

b. doprecyzowanie, iż usługa przedstawiona na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2 ppkt 6.2.3. lit. a) SIWZ o wartości 3 000 000 PLN brutto trwała nie dłużej niż 12 miesięcy.

6. modyfikację pkt 15 ppkt 15.2.4. i 15.2.6. SIWZ poprzez doprecyzowanie od jakiego momentu liczony ma być czas dojazdu na miejsce zdarzenia brany pod uwagę przy ocenie ofert.

Zamawiający 15 stycznia 2014 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołania. Wskazał, że w dniu 14 stycznia 2015 r. dokonał zmian dokumentów postępowania:

1. wykreślił postanowienia zawarte w pkt 3 ppkt 4.1-4.4 SIWZ; pkt 1.5.2 ppkt a-c Załącznika nr 5 do SIWZ, § 9 pkt 2.1-2.4 Załącznika nr 6 do SIWZ, § 2 pkt 3.1.3.4 Załącznika 13 do SIWZ, tj. postanowienia dotyczące realizacji aspektów środowiskowych - zgodnie z wnioskiem zawartym w punkcie IV. 2 *petitum* odwołania;

2. zmodyfikował postanowienia pkt 6.2 ppkt 6.2.2 SIWZ odnoszące się do obowiązku załączania do ofert kopii dowodów rejestracyjnych, polis OC oraz certyfikatów wystawionych przez producenta pojazdu lub certyfikatów EKTM lub równoważnych pojazdów

przeznaczonych do realizacji zamówienia, a określonych w pkt 6.2 ppkt 6.2.2 SIWZ, poprzez wykreślenie tego wymogu- zatem zgodnie z wnioskiem zamieszczonym w punkcie IV.4.a *petitum* odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w tej części, tj. w zakresie wskazanym w pkt IV (zatytułowanym „Żądania”) ppkt 2, 3 oraz 4a *petitum* odwołania, ponieważ stało się ono bezprzedmiotowe. Zamawiający wnosi również o oddalenie odwołania w zakresie:

- zarzutów przedstawionych pkt IV ppkt 1- 5 uzasadnienia odwołania;
- zarzutu przedstawionego w pkt IV ppkt 6 uzasadnienia odwołania;
- zarzutu przedstawionego w pkt V ppkt 1 uzasadnienia odwołania ponieważ są one spóźnione, gdyż zostały wniesione od niezmienionych postanowień SIWZ. Zdaniem zamawiającego te i pozostałe zarzuty odwołania powinny być oddalone jako niezasadne.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

SIWZ w brzmieniu ustalonym 31 października 2014 r. oraz ogłoszenie o zamówieniu były przedmiotem odwołania, które odwołujący wniósł 10 listopada 2014 r. Wyrokiem z dnia 24 listopada 2014 r. KIO 2358/14, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie zmian w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający zmienił SIWZ i opublikował zmodyfikowaną SIWZ wraz z załącznikami oraz treścią ogłoszenia przesłanego do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 24 grudnia 2014 r.

Izba dokonała ustaleń i ocen na podstawie SIWZ wraz z załącznikami w brzmieniu ogłoszonym 24 grudnia 2014 r. (kopia w aktach sprawy) oraz SIWZ wraz z załącznikami w brzmieniu ogłoszonym 31 października 2014 r. z uwzględnieniem orzeczenia Izby z 24 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2358/14 (kopia w aktach spraw KIO 2358/14).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo że nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Ad. Zarzut 1, żądanie 1 a). Zamawiający, w pkt 2 Formularza Ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ zawarł postanowienia, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający Punkt Dyspozytorski oraz bazę sprzętową i materiałową wraz z obsługą w odległości do 15 km od siedziby Zamawiającego

(Chorzów, ul. Bałtycka 8A) i zastrzegł, że będzie weryfikował odległość punktu dyspozytorskiego oraz bazy materiałowej i sprzętowej w oparciu o powszechnie dostępne narzędzia, np. Google Maps.

Przed wszystkim stwierdzić należy, że w kwestionowanym postanowieniu zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu. Mimo, że miejscem, w którym znajduje się wymagane posiadanie Punktu Dyspozytorskiego oraz bazy sprzętowej i materiałowej wraz z obsługą w odległości do 15 km od siedziby zamawiającego, jest Formularz Ofertowy, a nie SIWZ w części opisującej warunki udziału w postępowaniu, to omawiane wymaganie odnosi się do sytuacji podmiotowej wykonawcy.

Izba nie kwestionuje dopuszczalności stawiania warunku udziału w postępowaniu w postaci położenia punktu dyspozytorskiego bazy materiałowo - sprzętowej, zważyła jednak, że w okolicznościach sprawy warunek ten narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wymaganie zamawiającego w sposób nieuzasadniony uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty, gdyż według Google Maps siedziba odwołującego znajduje się w odległości 15,5 km od siedziby zamawiającego.

Ponadto przywołane wymaganie nie znajduje uzasadnienia w świetle żądanego przez zamawiającego maksymalnego czasu dojazdu oraz ustalenia kryterium oceny ofert określonych w pkt 15.1 SIWZ w postaci czasu dojechania przez wykonawcę na miejsce zdarzenia oraz czasu przystąpienia do usuwania skutków wypadków i zdarzeń drogowych, usuwania martwych zwierząt oraz produktów zwierzęcych. Z postanowień SIWZ wynika zatem, że dla należytego wykonania usługi istotna jest realizacja poszczególnych czynności w czasie zgodnym z umową i na całym terenie objętym zamówieniem. Zamówienie będzie realizowane na terenie całego Miasta Chorzowa, a nie w siedzibie zamawiającego, zatem odległość do miejsca zdarzenia od siedziby wykonawcy realizującego zamówienie będzie różna.

Zamawiający nie wykazał, że to właśnie odległość 15 km od jego siedziby (a nie 20 albo 30) umożliwia wykonanie usług z należytą starannością na całym obszarze, na którym mają być one świadczone, nie ma zatem znaczenia, że wymaganie zawarte w formularzu ofertowym spełnia kilku wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą uniemożliwiać złożenie oferty wykonawcom zdolnym do jego wykonania zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że odległość wskazana przez zamawiającego w Formularzu Ofertowym, nie ma w okolicznościach sprawy znaczenia dla realizacji zamówienia i nakazała zamawiającemu wykreślenie wymagania ...

Ad. zarzut 1, żądanie 1 b). Zamawiający w pkt 3 ppkt 4.1-4.4 SIWZ; pkt 1.5.2 ppkt a)-c) Załącznika nr 5 do SIWZ, § 9 pkt 2.1-2.4 Załącznika nr 6 do SIWZ; § 2 pkt 3.1-3.4



Załącznika nr 13 do SIWZ, zawarł postanowienia dotyczące aspektów środowiskowych, które mają być realizowane przez:

- a. „Monitorowanie emisji do powietrza pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji usług oraz podejmowanych działań zmierzających do ich ograniczenia;
- b. Monitorowanie hałasu emitowanego przez pojazdy i urządzenie wykorzystywane do realizacji usług oraz podejmowanych działań zmierzających do jego ograniczenia;
- c. Monitorowanie zapylenia generowanego przez pojazdy i urządzenia wykorzystywane do realizacji usług oraz podejmowanie działań zmierzających do jego ograniczenia;
- d. Monitorowanie ilości środków chemicznych i wody zużywanej w trakcie realizacji usług oraz podejmowanie działań zmierzających do jej ograniczenia.”

Zamawiający zmianą SIWZ z 14 stycznia 2015 r. skreślił kwestionowane wymaganie. Izba nie podziela poglądu, że odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu jako bezprzedmiotowe.

Dostrzec trzeba, że zmiana SIWZ nastąpiła skutkiem wniesienia odwołania i jest zgodna z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający oświadczył, że uznał część zarzutów za uzasadnione. Zamawiający przyznał zatem, że zarzut znalazł potwierdzenie i uległ żądaniom odwołującego w postępowaniu odwoławczym, gdyż dokonał zmiany SIWZ żądanej przez odwołującego.

Z przepisów ustawy nie wynika możliwość wyłączenia z podstaw wyrokowania zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego. Jednak skoro zamawiający dokonał czynności zgodnie z żądaniem odwołującego odwołanie nie może zostać uwzględnione w zakresie uwzględnionych zarzutów. Art. 192 ust. 2 Pzp pozwala na uwzględnienie odwołania wyłącznie w sytuacji, gdy naruszenie przepisów ustawy ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zmiany SIWZ dokonane przez zamawiającego powodują, że obligatoryjna przesłanka uwzględnienia odwołania odpadła i wyłącznie z tego względu (a nie powodu bezprzedmiotowości) odwołanie podlega oddaleniu w tym zakresie.

Ad. Zarzut 2 i 4, żądanie 4 a). Ze względów opisanych w pkt powyżej Izba uznała, że zarzut nie jest bezprzedmiotowy, jednak nie może stanowić podatny uwzględnienia odwołania. Zamawiający kwestionowane wymaganie skreślił. Zawarte w SIWZ z 24 grudnia 2014 r. wymaganie złożenia kwestionowanych dokumentów na etapie zawarcia umowy, stanowi nowe wymaganie zamawiającego, od którego przysługują środki ochrony prawnej. Zarzut badanego odwołania dotyczył wyłącznie warunków udziału w postępowaniu stawianych wykonawcom i tylko w tych granicach (art. 192 ust. 7 Pzp) podlegał rozpoznaniu.

Ad. Zarzut 2 żądanie 4 b). Zamawiający w zmienionym Załączniku nr 5 do SIWZ stanowiącym Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, określił przy pomocy jakich urządzeń wykonawca będzie zobowiązany realizować zamówienie. W pkt 3.1. Załącznika nr

5 do SIWZ zamawiający wskazał iż sprzętem stosowanym do usuwania śliskości zimowej i do odśnieżania dróg mają być:

„a) pługo - piaskarko - solarki zabudowane na samochodzie ciężarowym o ładowności ponad 5 ton - (minimalna ilość 10 szt.);

b) pługi odśnieżne zamontowane do ciągnika rolniczego lub samochodu ciężarowego (minimalna ilość 4 szt.);

c) odśnieżarka chodnikowa do 3,5t (minimalna ilość 1 szt.);

d) koparko-ładowarka (minimalna ilość 1 szt.);

e) samochód dostawczy (minimalna ilość 6 szt.);

e) przyrządy ręczne, jak: łopaty, szypry do śniegu oraz zbijała, do lodu."

W pkt 3.2 Załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający wskazał, iż wykonawca przystępujący do oczyszczenia nawierzchni, w zależności od zakresu robót, powinien dysponować następującym sprzętem wraz z obsługą:

„a) zmywarko-zamiatarka uliczna - minimalna ilość 4 szt.;

b) samochód polewaczka - minimalna ilość 1 szt.;

c) samochód ciężarowy do 5 t (minimalna ilość 2 szt.);

d) samochód dostawczy (minimalna ilość 2 szt.);

e) przyrządy ręczne, jak szczotki, grace, łopaty, miotły, itp. "

Natomiast zgodnie z pkt 6.2 ppkt 6.2.2. SIWZ oraz Załącznikiem nr 7 do SIWZ, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wykonawca powinien wykazać, iż dysponuje co najmniej następującym sprzętem:

- „zmywarko-zamiatarka uliczna - (minimalna ilość 4 szt.);

- samochód polewaczka - minimalna ilość 2 szt.;

- odśnieżarka chodnikowa do 3,5t - minimalna ilość 1 szt.;

- samochód dostawczy - minimalna ilość 7 szt.;

- koparko-ładowarka lub ładowarka - minimalna ilość 3 szt.;

- pługo - piaskarko - solarki zabudowane na samochodzie ciężarowym o ładowności ponad 5 t - minimalna ilość 10 szt.;

- pługi odśnieżne zamontowane do ciągnika rolniczego lub samochodu ciężarowego - minimalna ilość 4 szt.;

- samochód o DMC powyżej 3,5 t dopuszczony do przewozu odpadów pochodzenia zwierzęcego - minimalna ilość 1 szt.;

- łopaty, zgarniacze śniegu, miotły - w ilości nie mniejszej niż po 10 sztuk z każdego rodzaju;

- samochód do wykonywania objazdów kontrolnych z zamawiającym - minimalna ilość 1 szt.

Odwołujący podnosił, że zestawienie przedstawionych danych pokazuje, że zamawiający nie wymaga od wykonawców, aby w realizacji zamówienia brał udział cały sprzęt, którego dysponowanie wykonawcy muszą wskazać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający twierdził natomiast w odpowiedzi na odwołanie, że skoro liczba pojazdów została ustalona przez zamawiającego już w SIWZ w brzmieniu z 31 października 2014 r., to obecnie - mimo ujawnienia w załączniku Nr 5 Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia sposobu wykorzystania tych pojazdów – zarzuty podnoszone wobec liczby pojazdów są spóźnione.

Izba nie podzieliła tego poglądu. Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp warunku udziału w postępowaniu powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Warunek proporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie może opisywać wymagań wyższych niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Wiedzę, jaki rodzaj i jak liczba pojazdów jest zdaniem zamawiającego niezbędna do wykonania zamówienia można powziąć na podstawie Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia. Załączniki zawierające ten opis zostały zmienione 24 grudnia 2014 r., a zmiana ta tworzy nową relację między warunkami udziału w postępowaniu a opisem przedmiotu zamówienia, nie można zatem odebrać wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu prawa do oceny warunków udziału w postępowaniu pod kątem adekwatności do przedmiotu zamówienia.

Wobec tego, że zamawiający nie uzasadnił związku warunków udziału w postępowaniu z Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w obowiązującym brzmieniu, Izba uznała, że wymaganie wykazania przez wykonawców dysponowania:

- a. 1 szt. samochodu polewaczki;
- b. 1 szt. samochodu dostawczego;
- c. 2 szt. koparko-ładowarek lub ładowarek;
- d. 1 szt. samochodu o DMC powyżej 3,5 t dopuszczonym do przewozu odpadów pochodzenia zwierzęcego, jest wymaganiem nadmiernym w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia i nakazała zamawiającemu ich usunięcie.

Oznacza to brak możliwości żądania przez zamawiającego, aby na etapie składania ofert wykonawcy wykazali, że dysponują wymienionymi pojazdami.

Ad. Zarzut 2 żądanie 4 c). W pkt 6.2 ppkt 6.2.2. SIWZ zamawiający określił, iż: „Wszystkie samochody wymienione w pkt. 1,2,4,6,8,10 muszą spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 3 i co najmniej 50 % samochodów wymienionych w pkt. 1,2,4,6,8,10 musi spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 4. Odwołujący podnosił, że urządzenia określone w pkt 3, 5 i 7, tj.:

- odśnieżarka chodnikowa do 3,5 t;

- koparko-ładowarka lub ładowarka;
- pługi odśnieżne zamontowane do ciągnika rolniczego lub samochodu ciężarowego są również urządzeniami emitującymi spalinę i zamawiający mając na celu ograniczenie emisji spalin powinien żądać posiadania wszystkich pojazdów o ograniczonej emisji spalin, a nie wybranych spośród nich oraz, że w obecnym brzmieniu powyższy warunek jest nieproporcjonalny i nie prowadzi do osiągnięcia realizacji określonego przez zamawiającego celu w postaci ograniczenia emisji spalin przez wszystkie urządzenia, które będą brały udział w realizacji zamówienia.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego i uznała, że domaganie się przez odwołującego, aby zamawiający dokonał zmiany treści tego warunku (w odwołaniu) albo z niego zrezygnował (na rozprawie) jest spóźnione. W treści SIWZ z 31 października 2014 r. w pkt 6.2.2. SIWZ zamawiający wskazał wymaganie w zakresie norm EURO oraz wyraźnie określił, że nie wszystkie pojazdy, których dysponowaniem powinien się wykazać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, mają owe normy spełniać. Wskazał wówczas zamawiający, że *„Przynajmniej połowa liczby pojazdów (11 sztuk) (za wyjątkiem ciągników oraz ładowarek) utrzymania letniego i zimowego musi spełniać standard emisji spalin minimum EURO 4. Pozostałe jednostki podlegające normie EURO powinny spełniać wymóg minimum EURO 3.”*

Odwołujący w odwołaniu wniesionym 10 listopada 2014 r. zarzucił, że wymóg ten jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego, jednak w toku posiedzenia w dniu 24 listopada 2014 r. złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu i zarzut dotyczący warunku w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, w szczególności dysponowania pojazdami spełniającym określone normy spalin (pkt 6.2 ppkt 6.2.2. SIWZ) nie był rozpoznawany przez Izbę (uzasadnienie orzeczenia KIO 2358/14, str. 3 i 11).

Zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego 24 grudnia 2014 r. w kwestionowanym zakresie - tj., że zamawiający oczekuje spełnienia przez pojazdy norm emisji spalin EURO 3 I EURO 4 oraz, że wymaganie to nie dotyczy wszystkich jednostek - były znane odwołującemu wcześniej, a ich związek i proporcjonalność w stosunku do przedmiotu nie uległy zmianie przez wykreślenie z SIWZ wymagania dotyczącego certyfikatu EMAS. Gdyby obowiązek posiadania certyfikatu był bezpośrednio związany ze spełnianiem przez pojazdy norm dotyczących spalin nieracjonalne byłoby cofnięcie tego zarzutu przez odwołującego. Dyspozytywne oświadczenie odwołującego o cofnięciu zarzutu uniemożliwiło jego rozpoznanie na rozprawie 24 listopada 2014 r. i z uwagi na obowiązujące brzmienie SIWZ obecnie jest również przeszkodą do zbadania jego istoty, gdyż w kwestionowanym zakresie nie uległa zmianie.

Odnotować należy jedynie, że zdaniem Izby wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie zamyka drogi wykonawcom dysponującym pojazdami o napędzie innym niż spalinowy. Istotą warunku jest ograniczenie emisji spalin, zatem pojazdy nie emitujące spalin nie mogą być uznane przez zamawiającego za nieodpowiednie.

Ad. Zarzut 3, żądanie 5. W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 6.2 ppkt 6.2.3. lit. a) SIWZ, zamawiający ustalił, że wykonawca winien posiadać doświadczenie w wykonywaniu usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługi w zakresie niezbędnym do spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj.:

a) jedną usługę całorocznego utrzymania dróg lub ulic lub placów oraz usuwania skutków kolizji drogowych realizowaną na minimum 1.000.000 m<sup>2</sup> lub 140 km dróg przez minimum 12 następujących po sobie miesięcy, której wartość nie była niższa niż 3 000 000,00 zł brutto. Zamawiający dopuszcza wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie więcej niż jednej usługi całorocznego utrzymania dróg lub ulic lub placów oraz usuwania skutków kolizji drogowych realizowanych przez minimum 12 następujących po sobie miesięcy, pod warunkiem, iż wykazane usługi były realizowane jednocześnie (tzn. każda z wskazanych przez Wykonawcę usług była realizowana co najmniej przez okres następujących po sobie miesięcy i 12- miesięczne okresy realizacji nakładały się na siebie);

b) jedną usługę polegającą na wykonywaniu prac porządkowych w zakresie całorocznego utrzymania czystości wykonywana przez minimum 12 następujących po sobie miesięcy obejmującą, co najmniej: całoroczne utrzymanie chodników; sprzątanie i utrzymanie czystości przejść podziemnych, schodów, pochylni i parkingów; usługi polegające na utrzymaniu stawów lub zbieraniu odpadów z linii brzegowej, której wartość nie była niższa niż 80 000,00 zł brutto. Zamawiający dopuszcza wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie więcej niż jednej usługi polegającą na wykonywaniu całorocznym prac porządkowych w zakresie utrzymania czystości przez minimum 12 następujących po sobie miesięcy, której wartość nie była niższa niż 80 000,00 zł brutto, pod warunkiem, iż w 12 miesięcznym okresie realizacji usług wykonawca realizował, co najmniej: całoroczne utrzymania chodników; sprzątanie i utrzymanie czystości, przejść podziemnych, schodów, pochylni i parkingów; usługi polegające na utrzymaniu stawów lub zbieraniu odpadów z linii brzegowej.

Izba uznała, że zarzut odwołania jest zasadny w części dotyczącej braku możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykazanie usług, które łącznie składają się na usługę całorocznego utrzymania dróg lub ulic lub placów oraz usuwaniu skutków kolizji drogowych.

Dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podstawowe znaczenie ma posiadanie przez wykonawcę doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia w sensie materialnym tj. należyte wykonanie przez wykonawcę usług wymaganych przez zamawiającego co do rodzaju i wartości. Co do zasady nie ma natomiast znaczenia podstawa formalnoprawna – rodzaj i liczba umów – na jakiej wymagane doświadczenie zostało nabyte. Z tego punktu widzenia nie znajduje uzasadnienia żądanie przez zamawiającego jednej usługi całorocznego utrzymania dróg lub ulic lub placów. Brak jest racjonalnych argumentów, a przynajmniej zamawiający ich nie podał, na obronę poglądu, że wykonawca, który wykonał w referencyjnym okresie trzech lat na podstawie odrębnych umów usługi letniego i zimowego utrzymania dróg lub ulic lub placów oraz usuwaniu skutków kolizji drogowych nie posiada wymaganego doświadczenia. Nie sposób uznać, że wykonawca, który zrealizował odrębne zamówienia - jedno na letnie utrzymanie jezdni, drugie na zimowe utrzymanie jezdni, a kolejne dotyczące skutków usuwania kolizji drogowych, posiada mniejsze doświadczenie niż wykonawca, który zrealizował analogiczny przedmiot zamówienia, ale w ramach jednej usługi. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w jego obecnym brzmieniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny ogranicza krąg wykonawców jacy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Nie ma przy tym znaczenia, że zimowe i letnie utrzymanie miasta zlecane jest w ramach jednego, wspólnego przetargu przez Miasto Chorzów oraz w przypadku miast Katowice, Bytom, Dąbrowa Górnicza, Świętochłowice czy Olkusz. O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy z innych rejonów Polski a także mający siedzibę poza jej granicami i zamawiający przez koncentrowanie się na sposobie udzielania rodzajowo podobnych zamówień udzielanych na rynku lokalnym nie może ograniczać dostępu do zamówienia.

Zamawiający mógł opisać warunek udziału w postępowaniu dopuszczając wykazanie łącznie usług letniego utrzymania dróg lub ulic lub placów, zimowego utrzymania dróg lub ulic lub placów oraz usuwania skutków kolizji drogowych z przypisaniem każdej z nich adekwatnej do przedmiotu zamówienia wartości referencyjnej. Zaniechanie takiego opisu przez zamawiającego rażąco narusza zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp i stanowi zaprzeczenie racji, które leżały u podstaw orzeczenia Izby z 24 listopada 2014 r.

W ocenionym w tym orzeczeniu postanowieniu SIWZ z 31 października 2014 r. zamawiający uwzględnił możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu

przez jedną usługę letniego i jedną usługę zimowego utrzymania dróg lub ulic lub placów, których łączna wartość po sumowaniu nie jest niższa niż 12 000 000 PLN oraz jedną usługę polegającą na wykonywaniu prac porządkowych w zakresie utrzymania czystości w okresie letnim i jedną usługę polegającą na wykonywaniu prac porządkowych w zakresie utrzymania czystości w okresie zimowym, których łączna wartość po sumowaniu nie jest niższa niż 2 000 000 PLN brutto.

Uwzględniając zarzut odwołania Izba wywiodła, że „Nie jest zatem możliwe spełnienie warunku jeśli wykonawca wykonywał usługi o łącznej wysokości na rzecz różnych odbiorców. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wykonawca, który zrealizował w tym samym czasie usługi dla różnych odbiorców, o łącznej wartości wymaganej przez Zamawiającego, posiada porównywalne doświadczenie, jak wykonawca, który zrealizował jedną usługę dla jednego odbiorcy o tej samej wartości.”

Izba uznała zatem, że zmiana kwestionowanego warunku, tak aby dopuszczone zostało przedstawienie na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonych w pkt 6.2 ppkt 6.2.3. lit. a) i b) SIWZ usług składających się z oddzielnych umów na letnie i zimowe utrzymanie jezdni ulic, miejsc parkingowych i chodników oraz usługami usuwania skutków kolizji drogowych.

Podzielono natomiast stanowisko zamawiającego, że adekwatna do przedmiotu zamówienia jest realizacja zarówno utrzymania letniego, jak i zimowego. Nieuzasadniony jest pogląd, by wykonawcy, którzy świadczyli jedynie usługę lub usługi letniego utrzymania miasta albo tacy, którzy realizowali tylko usługę lub usługi zimowego utrzymania, dawali rękojmię prawidłowego wykonania usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania.

Izba uznała, że postulowane przez odwołującego doprecyzowanie, by owe odrębne usługi były przedmiotem osobnych postępowań o udzielenie zamówienia jest zbędne z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia oraz może rodzić problemy interpretacyjne w przyszłości i nie nakazała zamawiającemu dokonania takiej zmiany.

Izba nie nakazała zamawiającemu również innych zmian żądanych przez odwołującego, gdyż w istocie zmierzały one do ograniczenia, a nie rozszerzenia konkurencji. Nie dopatrzone się również w tym aspekcie niezgodności z treścią wyroku Izby z dnia 24 listopada 2014 r., KIO 2358/14.

Nie podzielono ponadto poglądu, że kwestionowany warunek w aktualnym brzmieniu pozwala na powołanie się na doświadczenie w wykonaniu usług np. oznakowania pionowego, poziomego, naprawy nawierzchni. Znaczenie pojęć „zimowe utrzymanie letnie i zimowe utrzymanie jezdni ulic, miejsc parkingowych i chodników” jest powszechnie

stosowane w praktyce i z całą pewnością nie można go ograniczyć wyłącznie do oznakowania pionowego, poziomego, naprawy nawierzchni.

Ad. Zarzut 5, żądanie 6. Odwołujący żądał modyfikacji pkt 15 ppkt 15.2.4. i 15.2.6. SIWZ przez doprecyzowanie od jakiego momentu liczony ma być czas dojazdu na miejsce zdarzenia brany pod uwagę przy ocenie ofert. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający nie określił sposobu oceny kryteriów: „czas dojechania przez Wykonawcę na miejsce zdarzenia liczony od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego Wykonawcy zdarzenia” oraz „czas przystąpienia do usuwania skutków wypadków i zdarzeń drogowych, usuwania martwych zwierząt oraz produktów zwierzęcych”, ponieważ nie wykazał, co należy rozumieć poprzez „moment zgłoszenia przez Zamawiającego” tj. od jakiej chwili należy liczyć czas na reakcję wykonawcy.

Pogląd ten jest nietrafny gdyż w pkt 1.4.25 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia- Załącznik nr 5 do SIWZ zamawiający podał, że „moment zgłoszenia - jest to ściśle określona jednostka aktualnego, obowiązującego dla miasta Chorzów czasu, mierzona w chwili zgłoszenia lub wydania Wykonawcy przez Zamawiającego lub uprawomocnione ku temu jednostki administracyjno - porządkowe stosownych poleceń dotyczących realizacji Umowy na „Letnie i zimowe oczyszczanie nawierzchni jezdni o pow. 1 117 921,77 m<sup>2</sup> - dróg będących w zarządzie MZUiM wraz z całodobowym usuwaniem skutków wypadków drogowych, martwych zwierząt oraz innych ubocznych produktów zwierzęcych itp., niemożliwych do usunięcia przez sprzęt komunalny”. Zamawiający zatem jednoznacznie zdefiniował pojęcie „moment zgłoszenia” na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zdefiniował dodatkowo pojęcia „rozpoczęcie usuwania” oraz „miejsce zdarzenia”. Kryteria sformułowane w pkt 15.2.4. i 15.2.6 SIWZ są zrozumiałe i jednoznaczne.

Nie budzi również wątpliwości, że czas podany przez wykonawcę jako element jego przyszłego oświadczenia woli, to czas, którego wykonawca nie może przekroczyć, a więc czas maksymalny.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 25 ust. 1 Pzp, a naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz



sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....