

**WYROK**  
**z dnia 4 lutego 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Małgorzata Rakowska**  
**Stanisław Sadowy**

**Protokolant: Lidia Ziółkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie\* w dniu/w dniach\* 30 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, 41-500 Chorzów** protestu/protestów\* z dnia 14 grudnia 2007 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom** na rzecz **Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, 41-500 Chorzów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Izba;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Usługowego Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na „Letnie i zimowe utrzymanie ulic na terenie miasta Chorzów w okresie 26 miesięcy od dnia podpisania umowy”, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 5 grudnia 2007 r. (nr 2007/S 234-285293). Postępowanie to, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, zostało podzielone na dwie części:

Cześć nr 1 (dotyczy rejonu A – Chorzów Batory, Centrum)

Cześć nr 2 (dotyczy rejonu B – Chorzów II, Chorzów Stary, Maciejowice),

przy czym Zamawiający określił, że wykonawca może złożyć ofertę tylko na jeden wybrany rejon.

Na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek z siedzibą w Bytomiu, zwany dalej „Odwołującym” w piśmie z dnia 14 grudnia 2007 r. (doręczenie w tej samej dacie), złożył protest. W proteście tym Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

- 1) naruszenie zasady uczciwej konkurencji, poprzez przygotowanie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 oraz art. 29 ust. 1 i 2, art. 32 ust. 2, art. 41 pkt 7, art. 38 ust. 5, a także art. 83 ust. 3 ustawy, ze względu na:

1. opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy, tj. w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a mianowicie ograniczenie możliwości złożenia oferty jedynie na połowę zamówienia, poprzez błędne zastosowanie przepisu art. 83 ust. 3 ustawy;
  2. podzielenie zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, w szczególności podstawowej zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy, zobowiązującej Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
  3. przyjęcie, że w przetargu nieograniczonym, w którym dopuszczono składanie ofert częściowych, maksymalna liczba części zamówienia, na które wykonawca może złożyć ofertę, może być mniejsza, niż ilość części, na które Zamawiający dokonał podziału zamówienia i może być podjęta bez przestrzegania zasady uczciwej konkurencji wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy oraz innych przepisów polskiego systemu prawa;
- 2) Błędne określenie warunków dotyczących potencjału technicznego w taki sposób, że inne warunki podano w ogłoszeniu o zamówieniu:  
*(„pług-piaskarko-solarki zabudowane na samochodzie ciężarowym o ładowności ponad 5 ton – minimalna ilość 5 szt., pługi odśnieżne zamontowane do ciągnika rolniczego lub samochodu ciężarowego – minimalna ilość 2 szt.”),*  
a inne zapisano w SIWZ:  
*(„do odśnieżania dróg, w zależności od grubości zalegającego śniegu można używać: pługi odśnieżne [lemieszowe, w tym klinowy]; odśnieżarki mechaniczne [pług wirnikowy], maszyny drogowe i budowlane. Każda jednostka sprzętu musi uzyskać akceptację Zamawiającego. Do rozpraszania środków chemicznych i uszorstniających można stosować następujący sprzęt: rozsypywarki [piaskarki, solarki, dozujące i rozsypujące materiały], maszyny rozpryskujące do rozpryskiwania roztworów chlorków [alternatywnie] urządzenia współpracując, np. ładowarki w składowiskach materiałów),*  
co stanowi naruszenie art. 41 pkt 7, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 7 ust. 1 ustawy;
- 3) Nieokreślenie niezbędnego potencjału zawodowego jakim powinien dysponować wykonawca oraz brak żądania dokumentów potwierdzających te okoliczności, co jest niezgodne z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 26 ust. 1 ustawy, poprzez nieokreślenie w sposób szczegółowy tego warunku

- udziału w postępowaniu oraz nie żądania w tym zakresie przedłożenia wymaganego dokumentu;
- 4) Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny i niezrozumiały w zakresie standardów odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej, co narusza art. 29 ustawy;
  - 5) Narzucenie wykonawcom niemożliwych do spełnienia warunków wykonania umowy, co narusza art. 29 ustawy, poprzez zapis, że Zamawiający nie dopuszcza wystąpienia zajeżdżonej warstwy śniegu podczas odpadów;
  - 6) Wprowadzenie do projektu umowy uciążliwych warunków, co narusza art. 25 ustawy, poprzez żądanie złożenia w ofercie oświadczenia wykonawców o akceptacji warunków umowy, w tym również w zakresie „dokonania niezbędnych przeróbek we własnych pojazdach włącznie z wykonaniem otworów w karoserii.”

Odwołujący, podnosząc przywołane zarzuty, wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na fakt, że postanowienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, którego techniczna modyfikacja nie jest możliwa, muszą być zgodne z postanowieniami SIWZ, a zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy nie jest dopuszczalna modyfikacja SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia tylko w części protestu Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ w zakresie określonym w uzasadnieniu pkt 4, 5 i 6 protestu.

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowy protest pismem z dnia 27 grudnia 2007 r. (doręczenie w tej samej dacie), oddalając go w całości. Zamawiający wskazał jednocześnie, że:

1. Przepis art. 83 ust. 3 ustawy pozwala mu na dokonanie podziału zamówienia na części, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny oraz jeżeli podział zamówienia nie zmierza do uniknięcia stosowania przepisów ustawy, nie uzależniając tej czynności od konieczności nie ograniczania konkurencji.  
Zamawiający dodatkowo uzasadnił dokonany przez siebie podział zamówienia na dwa pakiety z ograniczeniem możliwości składania oferty wyłącznie na jeden pakiet: potrzebą ochrony interesu publicznego, potrzebą stworzenia realnej szansy uzyskania zamówienia przez wykonawców o małym potencjale techniczno – organizacyjnym i finansowym, potrzebą przeciwdziałania monopolizowaniu rynku przez jednego dużego

wykonawcę, potrzebą zapewnienia Zamawiającemu możliwości porównania jakości usług świadczonych przez kilku wykonawców;

2. Nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że w SIWZ określono inne urządzenia niż te, które zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający wskazał, że w treści ogłoszenia określono minimalne warunki sprzętowe wymagane od wykonawców, przy czym spełnienie tych minimalnych warunków jednocześnie powoduje, że sprzęt posiadany przez wykonawcę mieści się w kategoriach urządzeń wskazanych w SIWZ.
3. Zamawiający nie żądał szczegółowo personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, z tego powodu, że wystarczającym dla niego jest personel, który będzie w stanie obsługiwać sprzęt wymagany przez Zamawiającego, a stawianie w tym zakresie szczegółowych warunków i żądanie dokumentu jest – w ocenie Zamawiającego – zbędne. Zamawiający żąda jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Ten dokument – w jego ocenie - był zbędny, a jego żądanie doprowadziłoby tylko do absurdu.
4. Zamawiający wskazał, że zapisy SIWZ nie są ze sobą sprzeczne i wykazał, że Odwołujący nie odróżnia takich pojęć użytych w SIWZ, jak: „śnieg luźny” i „błoto pośniegowe” od określeń: „zaspą śnieżną” i „zajeżdżona warstwa śniegu”. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że nie jest możliwe wykonanie usługi tak, aby nie powstawały zaspas i zajeżdżony śnieg – taki standard wykonania usługi jest możliwy i zależny od jakości i intensyfikacji odśnieżania.  
Co do wypełnienia warunku odpięzania i posypywania mieszanką jezdni w określonych godzinach Zamawiający wskazał, że nie ma tutaj znaczenia nieprzewidywalność zjawisk zimowych – Zamawiający żąda wykonywania tych czynności niezależnie od tych zjawisk. Warunek ten wprowadzono tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z „ciągłymi opadami śniegu”.
5. Zdaniem Zamawiającego możliwe jest osiągnięcie standardu usługi, aby na drodze nie powstawała zajeżdżona warstwa śniegu. Powyższe zależy od intensywności odśnieżania.
6. Zdaniem Zamawiającego żądane oświadczenia wykonawcy, co do zgody na realizację umowy na warunkach określonych w projekcie umowy – nie są oświadczeniami w rozumieniu przepisu art. 25 ustawy. Jest to oświadczenie umożliwiające wykonywanie przez wykonawcę obowiązków nałożonych na niego w umowie i niezbędnych do wykonania zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę na zapisy art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy

– zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a zdanie drugie wskazanego przepisu – oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Pierwsza kategoria ma charakter znacznie szerszy i obejmuje oświadczenia i dokumenty podmiotowe i przedmiotowe ale też inne niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Jednocześnie też Zamawiający podniósł, że powyższy wymóg SIWZ związany jest z koniecznością montażu w samochodach sytemu GPS ,umożliwiającego należyte wykonanie zamówienia. Powyższe nie jest warunkiem nadmiernym i uciążliwym, a na pewno nie prowadzi do dewastacji sprzętu wykonawcy, jak to wskazuje Odwołujący.

Odwołujący od rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu, w dniu 28 grudnia 2007 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania podniesione w proteście. Jednocześnie wniósł on o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że wykonawca składający odwołanie jako podmiot zainteresowany niniejszym zamówieniem, ubiegający się o nie i mający szanse na jego uzyskanie, posiada interes prawny do złożenia protestu, jak i odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby wydając rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie dokonał ustalenia, że wszystkie zarzuty podniesione w proteście, a następnie powtórzone w odwołaniu nie potwierdziły się.

Odnosząc się do **pierwszego zarzutu** – naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez dokonanie podziału zamówienia na dwa pakiety z ograniczeniem możliwości złożenia oferty przez jednego wykonawcę wyłącznie na jedną część zamówienia - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Art. 83 ust. 2 ustawy stanowi, iż zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Przepis ten uzależnia podział zamówienia na części jedynie od praktycznej i technicznej możliwości takiego podziału.

Ust. 3 wskazanego przepisu ustawy stanowi natomiast, że w przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych, wykonawca ma możliwość złożenia swojej oferty na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że ograniczenie w tym zakresie wprowadzi sam zamawiający, określając maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Przywołany przepis nie uzależnia możliwości wprowadzenia ograniczenia w zakresie ilości części, na które jeden wykonawca może złożyć swoją ofertę w postępowaniu, od zaistnienia jakichkolwiek okoliczności, dając w tym zakresie pewną swobodę zamawiającemu.

W ocenie składu orzekającego Izby swoboda ta nie może jednak prowadzić do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówienia publicznych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. W tym zatem względzie skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu. Pomimo jednak tego ustalenia, stwierdzono, że Zamawiający miał możliwość wprowadzenia ograniczenia w zakresie ilości ofert składanych w postępowaniu przez jednego wykonawcę (tylko na jedną część zamówienia). Powyższe wynika z tego, że skład orzekający nie stwierdził w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Czy dane zachowanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji należało ocenić w świetle przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), a także rozdziału drugiego tej ustawy (art. od 5 do 17e ). Czynem nieuczciwej konkurencji, stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast art. od 5 do 17e tej ustawy wymieniają i opisują poszczególne delikty związane z naruszeniem uczciwej konkurencji. Żadna z wymienionych w tych przepisach dyspozycji nie obejmuje sytuacji, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wprowadzając ograniczenie w prawie do składania ofert na wszystkie części zamówienia przez jednego wykonawcę, skorzystał z możliwości prawem

przewidzianej. Nie ograniczył w tym zakresie konkurencji, a wręcz przeciwnie zwiększył konkurencyjność na rynku świadczonych usług, dopuszczając w tym przedmiocie do udziału w postępowaniu, a w przyszłości do realizacji usług objętych zamówieniem, również mniejszych przedsiębiorców funkcjonujących na tym rynku. Tym samym - można powiedzieć - że Zamawiający dąży do jak najszerszego dostępu do zamówienia publicznego na konkretne usługi. Zwiększenie liczby podmiotów świadczących usługi na tym terenie dla jednego Zamawiającego zapobiega ewentualnemu monopolizowaniu tego rynku usług i daje potencjalne szanse na większą konkurencyjność pomiędzy wykonawcami na tym rynku, a tym samym lepszą jakość świadczonych na rzecz Zamawiającego usług. Powyższe nie może być traktowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Faktyczne ograniczenie możliwości realizacji całości usługi (w dwóch pakietach) przez jednego przedsiębiorcę – w tym przypadku Odwołującego – nie może jeszcze świadczyć o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca ten, na równych zasadach z innymi podmiotami, może ubiegać się o zamówienie na wybraną przez siebie, a wydzieloną w SIWZ, część zamówienia.

Przez wprowadzenie ograniczenia możliwości składania oferty tylko na jeden pakiet przez jednego wykonawcę Odwołujący nie jest postawiony w jakiejś nadzwyczajnej sytuacji w stosunku do innych potencjalnych podmiotów zainteresowanych świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Inni wykonawcy również nie będą mieli szansy na złożenie ofert na wszystkie części zamówienia, a więc nie możemy mówić o preferencyjnym traktowaniu jakiegoś wykonawcy, czy grupy wykonawców, co ewentualnie naruszałoby zasady uczciwej konkurencji. Taka sytuacja w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała.

Jednocześnie też Zamawiający poprzez wprowadzenie takiego ograniczenia ma możliwość zabezpieczenia realizacji usługi objętej zamówieniem, w sytuacji gdyby jeden z wykonawców w trakcie wykonywania umowy z różnych przyczyn, w tym również niezależnych od niego, nie mógł zrealizować tej usługi. Poprzez porównanie świadczenia usługi przez dwóch wykonawców na terenie miasta mamy do czynienia ze zdrową rywalizacją i konkurencją firm pomiędzy sobą, co jedynie zmusza przedsiębiorców do świadczenia usług na wysokim poziomie i jest oczywiście korzystne dla podmiotu publicznego.

O naruszeniu uczciwej konkurencji w tym przypadku moglibyśmy jedynie mówić w sytuacji, gdyby Zamawiający wprowadzając podział zamówienia na pakiety wraz z ograniczeniem możliwości składania oferty przez jednego wykonawcę na wszystkie części zamówienia, wprowadził jednocześnie warunki udziału w postępowaniu dyskryminujące tego przedsiębiorcę. Warunki udziału w postępowaniu w tym kontekście nie zostały jednak zakwestionowane przez Odwołującego i nie dopatrył się tego również skład orzekający. Podobny pogląd wyraził skład orzekający Zespołu Arbitrów w wyroku z dnia 11 kwietnia



2005 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-648/05): „Zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma prawo dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Zamawiający decyduje zatem, o tym czy dopuszcza taką możliwość czy też nie. Prawo zamawiającego w tym zakresie nie jest jednak bezwzględne, podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielony, nie prowadzi do naruszenia zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy, a więc równego traktowania wykonawców zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji”.

Zamawiający zatem nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i działając w oparciu o przepis prawa, tj. art. 83 ust. 3 ustawy, który upoważnia go do określenia maksymalnej liczby części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Ustawa nie wprowadza w tym zakresie żadnych przesłanek, na których musiałby oprzeć się Zamawiający podejmując taką decyzję. (tak: Marcin Płużański „Prawo zamówień publicznych Komentarz”, Warszawa, 2005 r. s. 240 – 241).

Odnosząc się do **drugiego zarzutu** – zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący tak w proteście, jak i w odwołaniu podniósł, że Zamawiający w treści ogłoszenia postawił odmienne warunki w odniesieniu do wymaganego sprzętu, od warunków określonych w tym zakresie w postanowieniach SIWZ. Skład orzekający Izby, rozpatrując ten zarzut, nie stwierdził tych rozbieżności. Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.2.3) wskazał, że w ramach zdolności technicznej wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien dysponować co najmniej następującym sprzętem na każdy rejon:

- zmywarko-zamiatarka uliczna o wydajności minimum 5,00 km/h – minimalna ilość 2 szt.
- samochód polewaczka – minimalna ilość 1 szt.
- koparko-ładowarka – minimalna ilość 1 szt.
- pługo-piaskarko-solarki zabudowane na samochodzie ciężarowym o ładowności ponad 5 ton – minimalna ilość 5 szt.
- pługi odśnieżne zamontowane do ciągnika rolniczego lub samochodu ciężarowego – minimalna ilość 2 szt.
- samochód ciężarowy do 5 t – minimalna ilość 1 szt.

Identyczny warunek w tym zakresie został postawiony przez Zamawiającego w postanowieniach podstawowej SIWZ w pkt 6.2.1, gdzie określono warunki udziału

w postępowaniu, na podstawie których ma nastąpić badanie, czy wykonawcy mają potencjalne możliwości realizacji niniejszego zamówienia publicznego. Niedopuszczalna zmiana w zakresie warunków udziału w tym zakresie więc nie nastąpiła.

Odwołujący natomiast wskazuje na rozbieżności w tym przedmiocie wynikające z treści załącznika nr 5 Z do SIWZ (*Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru robót w zakresie zadania 3 – Zimowe utrzymanie ulic na terenie miasta Chorzowa*). Zamawiający w pkt 3.1 tego załącznika wskazał, że: „Do odśnieżania dróg, w zależności od grubości zalegającego śniegu można używać:

- pługi odśnieżne (lemieszowe, w tym klinowy);
- odśnieżarki mechaniczne (pług wirnikowy),
- maszyny drogowe i budowlane.

Każda jednostka sprzętu musi uzyskać akceptację Zamawiającego.

Do rozprawiania środków chemicznych i uszorstniających można stosować następujący sprzęt:

- rozsypywarki - piaskarki, solarki, dozujące i rozsypujące materiały,
- maszyny rozpryskujące do rozpryskiwania roztworów chlorków (alternatywnie)
- urządzenia współpracując, np. ładowarki w składowiskach materiałów”.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe ustalenia nie stanowią o zmianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego od wykonawców sprzętu. Wskazane zapisy znajdują się w rozdziale zatytułowanym „*Sprzęt stosowany do usuwania śliskości zimowej i do odśnieżania dróg*”, w którym to rozdziale Zamawiający określił generalne standardy przyjmowane zwyczajowo co do sprzętu służącego do usuwania śliskości zimowej i odśnieżania dróg. Niezależnie od powyższego Zamawiający w pkt 3.5 przywołanego załącznika do SIWZ, zatytułowanego: „*Szczegółowe wymagania dotyczące sprzętu wymaganego do realizacji zadania*”, dokonał doprecyzowania, co do sprzętu wymaganego przy realizacji tego konkretnego zamówienia i zadania. W tym zakresie Zamawiający powielił swoje wymogi sprzętowe dotyczące realizacji zadania 3 (Zimowe utrzymanie ulic na terenie miasta Chorzów) z treści ogłoszenia.

Uwzględniając powyższe ustalenia, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło zatem do zmiany warunków podmiotowych. Przepisy ustawy nie zabraniają Zamawiającemu wprowadzania zapisów SIWZ, co do generalnych wymogów realizacji określonego rodzaju usług – powszechnie przyjętych, określających pewne standardy. Niezależnie bowiem od tego, Zamawiający określił wymogi szczególne co do sprzętu, obowiązujące w odniesieniu do niniejszego postępowania, które to wymogi w żaden sposób nie stoją w sprzeczności z generalnymi standardami realizacji usług.

Odnosząc się do **trzeciego zarzutu** – nie postawienia szczegółowych warunków udziału w postępowaniu co do osób niezbędnych do wykonania zamówienia i nie żądanie w tym zakresie żadnego dokumentu - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Tak ogólnie sformułowany warunek udziału w postępowaniu może być przez Zamawiającego doprecyzowany poprzez jego uszczegółowienie mające odniesienie do przedmiotu zamówienia – tak wartościowe jak rodzajowe. Zamawiający, określając w tym zakresie szczegółowe warunki udziału, nie ma obowiązku żądania od wykonawców w każdym postępowaniu: konkretnej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia jednocześnie. W każdym przypadku, określając warunki udziału w postępowaniu, powinien on wziąć pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia. Przy jednym przedmiocie zamówienia bowiem istotną funkcję dla prawidłowości wykonania zamówienia będą odgrywały osoby przy innym sprzęt (potencjał techniczny).

W niniejszym przypadku dla Zamawiającego, biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, istotne okazały się doświadczenie wykonawcy oraz potencjał techniczny (sprzęt). Dlatego też w tym zakresie Zamawiający postawił szczególne i konkretne warunki udziału w postępowaniu. Co do osób szczególne warunki udziału nie były przez Zamawiającego postawione z uwagi na to, że obowiązujące przepisy nie nakładają jakichś specjalnych wymogów dla osób świadczących przedmiotowe usługi. Wystarczającym w tym przypadku dla wykonania zamówienia jest, aby wymagany przez Zamawiającego sprzęt był obsługiwany przez taką liczbę osób, która zapewnia jego obsługę. Stąd też dostatecznym w tym zakresie okazało się wymaganie oświadczenia wykonawcy o ogólnej zdolności do wykonania zamówienia, w tym dysponowania osobami zdolnymi do realizacji usługi.

Zamawiający w sposób wystarczający zabezpieczył potencjalne możliwości realizacji zamówienia, poprzez warunek doświadczenia oraz żądanie określonego sprzętu. Tym samym Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, w tym również w zakresie nie żądania dokumentu na okoliczność dysponowania potencjałem osobowym, skoro bowiem szczegółowy warunek udziału w tym przedmiocie nie był przez niego postawiony żądanie dokumentu było zbędne w świetle art. 25 ust. 1 ustawy.

Przywołany przez Odwołującego w trakcie rozprawy przepis art. 304 Kodeksu pracy dotyczy zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy i w tym zakresie

Zamawiający ma obowiązek czuwania także nad osobami, które wykonują czynności na innej podstawie niż stosunek pracy i co do których nie pełni on funkcji faktycznego pracodawcy. Powyższe nie ma jednak znaczenia dla konieczności bezwzględnego stawiania określonych wymogów co do osób, które faktycznie będą wykonywały poszczególne usługi na rzecz Zamawiającego, jeśli będą one zasadniczo obsługiwać sprzęt, a ich pracodawcą będzie wykonawca usługi wyłoniony w toku postępowania.

Odnosząc się do **czwartego zarzutu** – sprzecznych zapisów SIWZ, prowadzących do niemożności wykonania usługi - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ określił sprzeczne ze sobą postanowienia dotyczące możliwości odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej na ulicach miasta. W załączniku nr 5 Z do SIWZ w jednym pkt (pkt 4) Zamawiający dopuścił pewne odstępstwo w zakresie świadczonej przez wykonawców usługi – „po ustaniu opadów śniegu, dopuszcza się odstępstwo polegające na tym, że śnieg luźny może zalegać do 2, 4 lub 6 godz., a błoto pośniegowe może występować do 4, 6 lub 8 godz. Jednocześnie – jak wskazał Odwołujący – Zamawiający w tym samym miejscu SIWZ zamieścił zapis o niedopuszczalności zasp śnieżnych i zajeżdżonej warstwy śniegu również podczas opadów i zamieci śnieżnych. Zdaniem Odwołującego zapisy te są ze sobą sprzeczne i czynią usługę niewykonalną w naszych warunkach klimatycznych.

Skład orzekający Izby nie stwierdził rozbieżności w tym zakresie w SIWZ. Jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący nie odróżnia poszczególnych pojęć: **śnieg luźny** od **zasp śnieżnych** oraz pojęć: **błoto pośniegowe** od **zajeżdżonej warstwy śniegu**. Pojęcia te nie są tożsame, na co wskazał sam Zamawiający definiując trzy z nich w przywołanym załączniku do SIWZ (pkt 1.4 załącznika nr 5 Z do SIWZ). Zdefiniowano tam pojecie:

- **śnieg zajeżdżony** (czyli zajeżdżona warstwa śniegu) – nieusunięty lub pozostały na nawierzchni po przejściu pługów śnieg, który nie został zagęszczony, ale nie został zlodowaciały,
- **błoto pośniegowe** – topniejący śnieg pozostały na nawierzchni po przejściu pługów i posypaniu jej środkami chemicznymi oraz
- **śnieg luźny** – nieusunięty lub pozostały na nawierzchni po przejściu pługów śnieg, który został zagęszczony po wpływie ruchu kołowego.

Zamawiający nie zdefiniował pojęcia **zasp śnieżnej**, ale z potocznego rozumienia tego wyrażenia można uznać, że jest to pewne wzniesienie powstałe naturalnie przez nawianie śniegu albo na skutek sztucznego działania np. spychacza.

Z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający dopuszczając do kilku godzin zaleganie śniegu powstałego po przejściu pługów, ale posypanego środkami chemicznymi (błoto pośniegowe) oraz śniegu pozostałego po przejściu pługów, który został zagęszczony przez ruch kołowy (śnieg luźny), nie dopuścił jednocześnie, aby na powierzchni jedni zalegał śnieg, również pozostały po przejściu pługów, ale nie zagęszczony środkami chemicznymi, czy poprzez ruch kołowy, a także nie dopuszczał tworzenia się zasp śnieżnych na jezdni (na skutek nawiania bądź spychania śniegu). Powyższe postanowienia nie są ze sobą sprzeczne, a dodatkowo wydają się uzasadnione potrzebą zapewnienia sprawnego ruchu ulicznego w mieście; taki jest wszak cel udzielenia zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia w tym zakresie przepisu art. 29 ustawy.

Odnosząc się do **piątego zarzutu** – sformułowania warunku realizacji usługi niemożliwego do wykonania - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, że zapis załącznika nr 5 Z do SIWZ zawarty na str. 9 tego załącznika, a dotyczący nie dopuszczenia przez Zamawiającego zajeżdżonej warstwy śniegu na powierzchni jezdni również podczas opadów, jest niemożliwy do wypełnienia. Powyższe, jego zdaniem, narusza art. 29.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający ma prawo stawiania dla świadczonych na jego rzecz usług określonych wysokich i bardzo wysokich standardów. Standard ten może być osiągnięty przy zwiększeniu intensywności usługi odśnieżania. Niedopuszczalność zalegania zajeżdżonej warstwy śniegu, czyli – wedle definicji z SIWZ – śniegu nieusuniętego lub pozostałego na nawierzchni po przejściu pługów, który nie został zagęszczony, ale nie został zlodowaciały - ma swoje uzasadnienie w szczególności w związku z koniecznością zachowania wymogów bezpieczeństwa związanych z ochroną życia i zdrowia ludzkiego. Tym samym skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przepisu art. 29 ustawy.

Odnosząc się do **szóstego zarzutu** – nieuprawnionego żądania oświadczenia od wykonawcy co do zgody na realizację umowy na warunkach określonych w projekcie umowy - skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ, tak w odniesieniu do letniego (zadanie nr 1 i 2), jak i zimowego (zadanie nr 3) utrzymania jezdni ulic (pkt 3.3 załącznika nr 5 L do SIWZ i pkt 3.4 załącznika nr 5 Z do SIWZ), określił swoje wymogi, co do wyposażenia

pojazdów w urządzenia GPS. Powyższe - jak wskazał na rozprawie Zamawiający – uzasadnione jest koniecznością bieżącej kontroli jakości świadczonych usług przez wykonawców wyłonionych w ramach niniejszego postępowania. Zasadności takiej kontroli nie kwestionował też Odwołujący, podnosząc jednocześnie, że nie może ona być dotkliwa dla wykonawcy, a montaż urządzeń GPS w samochodach stanowiących własność wykonawcy tego warunku nie wypełnia, a wręcz prowadzi do dewastacji własności wykonawcy.

Skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający ma prawo wprowadzać do warunków umowy wymogi związane ze spełnieniem świadczenia objętego umową, w tym dotyczące bieżącej kontroli wykonywania usługi. Rozwiązaniem nie zabronionym w tym zakresie jest montaż systemu GPS, który – jak oświadczył Zamawiający, a Odwołujący temu nie zaprzeczył - umożliwia kontrolę nie tylko wyjazdu i położenia samochodu na ulicach miasta, ale również wykonywanie przez pojazd określonych czynności wchodzących w zakres usługi (np. zraszanie, posypywanie, itp.).

Montaż tego urządzenia, a także jego demontaż nie prowadzi do dewastacji sprzętu. Zamawiający w postanowieniach SIWZ jasno określił na jakich zasadach montaż tego systemu monitoringu, jak i jego demontaż, będzie się odbywał i czego będzie dotyczył. Wskazał, że montaż i demontaż tych urządzeń będzie dokonany przez serwisanta, co wskazuje na profesjonalne działania w tym zakresie. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że czynności te będą wykonane na koszt Zamawiającego i też Zamawiający zapewni eksploatację i serwis tych urządzeń. Zamawiający dopuścił możliwość wykonania otworów w karoserii wyłącznie w celu przeprowadzenia przewodów i montażu czujników, o ile oczywiście okaże się to niezbędne do wykonania tych czynności. Nie jest wykluczone, że w niektórych pojazdach - w zależności od ich przystosowania do montażu tego typu urządzeń – będzie możliwa instalacja systemu GPS bez wykonywania otworów w karoserii pojazdów.

Wykonawca, chcąc uczestniczyć w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien wziąć pod uwagę wskazany wymóg Zamawiającego, który służy realizacji określonego i uzasadnionego celu (bieżący monitoring wykonywanych prac) i w sytuacji zaoferowania w postępowaniu samochodów pozostających na gwarancji producenta na lakier i karoserię albo nie dopuścić takich pojazdów do realizacji usługi albo też skalkulować w cenie oferty ewentualny koszt związany z montażem urządzeń w tych samochodach.

Jednocześnie skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie Zamawiający miał możliwość żądania złożenia przez wykonawców oświadczenia o zobowiązaniu się do zawarcia umowy wg wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń

i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Za takie oświadczenie należy uznać oświadczenie wykonawcy o związaniu ofertą przez okres 60 dni, które w swej treści zawiera również zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy według wzoru określonego załącznikiem do SIWZ. Oświadczenie woli w tym przedmiocie zabezpieczenia Zamawiającego w razie jakichkolwiek wątpliwości wykonawcy powziętych po wyborze oferty najkorzystniejszej, a dotyczących postanowień umowy. Tym samym wykonawca, którego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza, nie kwestionując na etapie SIWZ postanowień projektu umowy, utarci prawo do jej weryfikacji po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe zgodne jest z przepisami ustawy, stąd też skład orzekający Izby uznał żądanie w tym zakresie oświadczenia od wykonawców jako uzasadnione w świetle przepisu art. 25 ust. 1 zadanie pierwsze ustawy.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 oraz art. 29 ust. 1 i 2, art. 32 ust. 2, art. 41 pkt 7, art. 38 ust. 5, a także art. 83 ust. 3 ustawy.

Zarzut, odwoływania się w treści załącznika 5 Z do SIWZ do ogólnej specyfikacji technicznej, która nie stanowi treści SIWZ (w zakresie składowania materiałów - pkt 2.6 załącznika nr 5 Z do SIWZ), został podniesiony przez Odwołującego dopiero na etapie rozprawy przez składem Izby. W związku z tym, że nie był on podnoszony w proteście ani w odwołaniu skład orzekający Izby nie mógł go – stosownie do treści art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy – wziąć pod uwagę przy ocenie zasadności złożonego odwołania. Niemniej jednak zauważyć należy, że na str. 4 wskazanego załącznika do SIWZ pod pkt 1.4.26. Zamawiający informuje, że Ogólne Specyfikacje Techniczne znajdują się do wglądu w siedzibie Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*