

**WYROK**  
z dnia 1 marca 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2019 r. przez Odwołującego: D.N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.N. P.P.H.U. „PŁOTEK” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gdański Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert: dodatkowe oczyszczanie jezdni dróg układu uzupełniającego.
2. W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gdański Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na oczyszczanie mechaniczne nawierzchni jezdni dróg na terenie Miasta Gdańsk - 4 zakresy (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 lutego 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 027 – 060076.

I. W dniu 15 lutego 2019 r. D.N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.N. P.P.H.U. „PŁOTEK” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu w ramach określenia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie bezpodstawnego narzucenia wykonawcom górnej granicy ceny za pozimowe oczyszczenie nawierzchni ulic, opasek, krawężników i zatok wraz ze zmyciem - we wszystkich częściach zamówienia,
- uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu wyliczenia ceny ofertowej, o wyjaśnienia pozwalające skalkulować, wycenić i uwzględnić w ofercie cenę za dodatkowe oczyszczanie jezdni dróg układu uzupełniającego, które zostało ustanowione przez Zamawiającego jako jedno z kryteriów oceny ofert, lub alternatywnie — nakazanie usunięcia kryterium polegającego na deklaracji wykonawców o nieodpłatnym wykonaniu oczyszczania dodatkowego,
- określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przejrzystych i jednoznacznych zasad, na jakich Zamawiający zamierza realizować zastrzeżenie, dotyczące prawa do ograniczenia w trakcie realizacji umowy, zakresu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego Postępowania, co ma w efekcie dać wykonawcom wiedzę umożliwiającą określenie zagwarantowanego zakresu usług przewidzianych do realizacji, oraz wielkości przyszłego

dochodu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

1. Jednym z warunków udziału w przetargu jest wymóg wykazania, że Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał jednorazowo usługę w zakresie oczyszczania nawierzchni jezdni dróg na terenach miejskich na powierzchni nie mniejszej niż:

- 1.200.000 m<sup>2</sup> dla zakresu I, II, IV,
- 2.000.000 m<sup>2</sup> dla zakresu III.

Zamawiający zaznaczył przy tym, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia mogą spełnić ten warunek wspólnie, co oznacza, że „trochę” doświadczenia może mieć jeden z wykonawców, a „trochę” drugi z nich. W ocenie Odwołującego takie sumowanie doświadczenia jest niedopuszczalne, bo jest ono zaprzeczeniem założenia, że nie jest zdolny do realizacji zamówienia wykonawca, który wymaganego doświadczenia nie posiada. Po co w ogóle ustanowiony został ten wymóg, skoro de facto nie trzeba go spełniać, a wystarczy „połączyć siły”. Łączenie potencjałów ma sens, w przypadku np. wymogu posiadania określonego sprzętu, dysponowania liczbą pracowników, czy też wreszcie dysponowania określonymi finansami. W przypadku doświadczenia jest to naszym zdaniem niedopuszczalne. Kwestia możliwości łączenia przez członków konsorcjum swoich potencjałów na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku w zakresie posiadanego doświadczenia była przedmiotem rozstrzygnięcia kilkunastu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z jednym z wyroków, prezentującym zdecydowanie przeważającą linię orzecznictwa łączenie potencjałów poprzez tworzenie konsorcjum nie może polegać tylko na prostym sumowaniu wartości takich, jak np. liczba zrealizowanych usług przez podmioty tworzące konsorcjum. Odpowiednie zastosowanie art. 23 ustawy Pzp nie może sprowadzać się do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. Takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszym Postępowaniu, Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu jednorazowo, co najmniej jednej usługi w zakresie oczyszczania nawierzchni jezdni dróg na terenach miejskich na powierzchni nie mniejszej niż:

- 1.200.000 m<sup>2</sup> dla zakresu I, II, IV,
- 2.000.000 m<sup>2</sup> dla zakresu III.

Dla rozstrzygnięcia, o jakie doświadczenie faktycznie rozchodzi się Zamawiającemu, kluczowe znaczenie posiada użyty zwrot „wykonali jednorazowo usługę”. Oznacza on bowiem, że Zamawiający oczekuje wykazania się przez wykonawców jednorazowym, a więc w ramach jednej umowy, wykonaniem usługi na określonej powierzchni, a tym samym biegłością w jej realizacji. Owa krotkość (w tym przypadku jednokrotność) wyraża stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. Zatem zrealizowanie usługi na danej powierzchni, ale w ramach kilku usług (nie jednorazowo), zostało więc przez Zamawiającego uznane za niewystarczające dla realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum łączną realizacją robót na wymaganej powierzchni, ale w ramach różnych usług, oznacza więc brak wykazania wymaganego doświadczenia. W świetle powyższego postanowienia zawarte w SIWZ, co do możliwości łącznego spełniania warunku posiadania doświadczenia, są niedopuszczalne. Okoliczność, że wykonawcy stworzą konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy — dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu, jak również nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie polegające na jednorazowym wykonaniu usługi na określonej przez Zamawiającego powierzchni. Zaakceptowanie postanowień Zamawiającego w powyższym zakresie, prowadzić będzie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez uprzywilejowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

2. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł informację, z której wynika, że wartość netto usługi wymienionej w pozycji 1 Formularza ofertowego (kol. G), a więc usługi pozimowego oczyszczenia nawierzchni ulic, opasek, krawężników i zatok wraz ze zmyciem, nie może przekroczyć kwoty: Zakres I - 1.100.000,00 zł, Zakres II — 582.000,00 zł, Zakres III — 1.800.000,00 zł, Zakres IV-910.000,00 zł. Wskazane powyżej ograniczenie jest czynnością pozbawioną podstaw prawnych, naruszającą zasady uczciwej konkurencji. Cena za usługę, o której mowa powyżej, jest jednym z kryteriów oceny ofert i jest jednym z głównych elementów konkurencji pomiędzy wykonawcami. Tak więc ustalenie przez Zamawiającego górnej granicy ceny wykracza poza przyznane mu w ustawie Pzp kompetencje. Określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest czynnością wykonawcy, a poprawność jego kalkulacji może być rozpatrywana wyłącznie przez pryzmat trzech instytucji tj.:

1) badania rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp,

- 2) zgodności sposobu obliczenia ceny z wymogami określonymi w SIWZ na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, oraz
- 3) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. Z uwagi na to, że zamawiający nie ma kompetencji w zakresie kształtowania cen ofert, które zostaną złożone przez wykonawców, czynność polegająca na narzuceniu maksymalnej ceny należy zakwalifikować jako utrudniającą uczciwą konkurencję.

3. Jednym z kryteriów oceny ofert złożonych w przedmiotowym Postępowaniu jest kryterium określone jako: Dodatkowe oczyszczanie jezdni dróg układu uzupełniającego — C(3):

- 1.200.000 m<sup>2</sup> dla zakresu I,
- 600.000 m<sup>2</sup> dla zakresu II,
- 2.000.000 m<sup>2</sup> dla zakresu III,
- 1.200.000 m<sup>2</sup> dla zakresu IV.

W tym kryterium Wykonawca, który zadeklaruje dodatkowe oczyszczanie jezdni dróg układu uzupełniającego otrzyma 20 pkt. Zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak również w opisie sposobu obliczenia ceny ofertowej nie ma najmniejszej nawet wzmianki o tym, w jaki sposób Wykonawca ma to dodatkowe oczyszczanie uwzględnić w cenie ofertowej. Również w formularzu ofertowym dla poszczególnych części zamówienia nie przewidziano możliwości uwzględnienia tych dodatkowych czynności w cenie ofertowej. Z nieznanymi bliżej powodów, Zamawiający nie uwzględnił powierzchni przewidzianych do oczyszczania dodatkowego, w ogólnej wielkości powierzchni, stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, a ustanowił z nich kryterium, w którym za zadeklarowanie przez wykonawców gotowości wykonania dodatkowego oczyszczania, oferta otrzyma odpowiednią liczbę punktów. W tej sytuacji z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że prawdziwą intencją Zamawiającego jest, aby wykonawcy w ramach tego kryterium, deklarowali nieodpłatną realizację oczyszczania dodatkowego, co w naszej ocenie jest nadużyciem. Jeśli bowiem powierzchnie do oczyszczania dodatkowego są elementem przedmiotu zamówienia, to w jakim celu zostały wyłączone z powierzchni ogólnych, których oczyszczanie podlega wycenieniu w formularzach ofertowych. Ustalając wartość zamówienia Zamawiający musiał brać pod uwagę także i te powierzchnie, przez co środki finansowe zabezpieczone na realizację zamówienia obejmować powinny wartość całego zamówienia. Natomiast jeżeli powierzchnie te nie stanowią elementu przedmiotu zamówienia, to trzeba o tym wyraźnie napisać w SIWZ i nie można oczekiwać, że w ramach (nie)uczciwej konkurencji wykonawcy będą się prześcigać w deklaracjach co do ich nieodpłatnego oczyszczania. Poprzez takie bowiem oczekiwanie wprowadza się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego element nieuczciwej rywalizacji, a także wywierany jest nacisk na wykonawców do działania na szkodę własnej firmy. Jeśli więc powierzchnie do oczyszczania dodatkowego zostały z jakichś powodów świadomie wyłączone z ogólnej liczby powierzchni podlegających oczyszczaniu, a zamawiający pominął je w opisie sposobu wyliczenia ceny ofertowej oraz w formularzu ofertowym, w sposób niezamierzony, to oczywiście deklaracja ich wykonania może stanowić jedno z kryteriów oceny ofert, pod warunkiem uwzględnienia ich w opisie wyliczenia ceny i w formularzach. Natomiast w przypadku, gdy zamiarem Zamawiającego jest uzyskanie od wykonawców deklaracji o nieodpłatnym wykonywaniu tego oczyszczania, to takie postępowanie uznać należy za nieuzasadnione, a ustanowienie kryterium, o którym mowa powyżej, za niedopuszczalne.

4. W treści § 1 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmniejszenia o wielkość do 50% zakresu ilościowego usług będących przedmiotem umowy, m.in. z powodu wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, prowadzonych remontów dróg i zajęć pasa drogowego, organizacji imprez masowych, jarmarków itp., konieczności wyłączenia z oczyszczania danej drogi, ze względów ekonomicznych lub innych. Zastrzeżeniu temu nie towarzysza jednak absolutnie żadne zasady, według których wykonawca byłby w stanie ocenić opłacalność złożonej przez siebie oferty. Dokonane zastrzeżenie pozostaje w zupełnej sprzeczności z obowiązkami, jakie na zamawiającego nakładają przepisy art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca przygotowując ofertę musi zostać zaopatrzonej przez Zamawiającego w informacje, na podstawie których będzie w stanie ocenić, jakie korzyści może osiągnąć poprzez realizację zamówienia. Wykonawca ma również prawo wiedzieć, jaki minimalny zakres usług będzie realizowany na pewno, a jeśli jakaś część zamówienia może ulec ograniczeniu, to jakie będą zasady tego ograniczenia, kiedy i w jaki sposób będzie to ograniczenie z nim uzgadniane i jakie uprawnienia będą przysługiwać wykonawcy w związku z tymi ograniczeniami. Wśród przykładowych przyczyn, jakie mogą stać u podstaw wprowadzenia ograniczeń co do zakresu usług Zamawiający wymienia okoliczności przewidywalne, o których nie da się powiedzieć, że nie można ich było

przewidzieć na etapie przygotowywania przedmiotowego postępowania. Z tego też powodu obowiązkiem Zamawiającego było uwzględnienie tych przewidywalnych ograniczeń w opisie przedmiotu zamówienia, a więc także w ilości przewidywanych do wykonania prac. Nie podając żadnych szczegółów dotyczących możliwości wprowadzenia ograniczeń do 50% wielkości zamówienia Zamawiający zagwarantował sobie niczym nie ograniczoną swobodę w podejmowaniu decyzji w tym zakresie, z prawem do powołania się na jakąkolwiek przyczynę, co z całą pewnością będzie godzić w interes wykonawców. Wśród przesłanek uprawniających do ograniczenia zakresu zamówienia Zamawiający wymienił między innymi „brak środków finansowych”, co w ocenie Odwołującego, jest argumentem nieuprawnionym. Zgodnie z przepisami o finansach publicznych Zamawiający podpisując umowę, a więc zaciągając zobowiązanie finansowe, musi mieć zagwarantowane środki na realizację tych zobowiązań. Zatem Zamawiający nie może z góry przewidywać, że w trakcie realizacji umowy może zabraknąć środków na jej wykonanie i używać tego argumentu do usprawiedliwiania swoich zamiarów, co do ograniczania wielkości zamówienia w trakcie jego realizacji, bo taki stan rzeczy świadczyłby o świadomym naruszeniu dyscypliny finansów publicznych oraz o przygotowaniu postępowania z naruszeniem przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych.

II. Pismem z dnia 22 lutego 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący poinformował o nieuwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego sformułowania warunków udziału w Postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia oraz o dokonaniu zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pozostałym zakresie. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż dokonane modyfikacje nie odpowiadają w pełni żądaniom Odwołującego.

III. Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Porównując dokonaną przez Zamawiającego modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zarzutu nr 3 (dotyczącego kryterium oceny ofert: dodatkowe oczyszczanie jezdni dróg układu uzupełniającego) oraz treść zarzutu nr 3, Izba stwierdziła, iż w tym zakresie doszło do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Także Odwołujący oświadczył, iż w jego ocenie w tym zakresie Zamawiający uwzględnił odwołanie. Mając na uwadze powyższe, uwzględniając regulację art. 186 ust. 4a ustawy Pzp do rozpoznania na rozprawie zostało skierowane odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, natomiast postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 podlegało umorzeniu.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział między innymi następujące postanowienia:

**III. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WRAZ Z OPISEM SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA WARUNKÓW.**

**3. Zdolność techniczna i zawodowa.**

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*

*1. wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jednorazowo usługę w zakresie oczyszczania nawierzchni jezdni dróg na terenach miejskich na powierzchni nie mniejszej niż:*

*- 1.200.000 m<sup>2</sup> dla zakresu I, II, IV,*

*- 2.000.000 m<sup>2</sup> dla zakresu III.*

*W przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden zakres ilość wymaganej powierzchni jezdni musi być sumą powierzchni dla wybranych zakresów. Wykazana przez Wykonawcę powierzchnia nie może być efektem sumowania powierzchni wynikającym z częstotliwości świadczonych usług.*

*Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia mogą spełnić ten warunek w sposób*

*następujący: wykonawcy mogą spełnić ten warunek wspólnie.*

#### **XI. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY**

*Zamawiający informuje, że wartość netto usługi wymienionej w pozycji 1 Formularza ofertowego (kol. G) nie może przekroczyć kwoty: Zakres I - 1.100.000,00 zł, Zakres II – 582.000,00 zł, Zakres III – 1.800.000,00 zł, Zakres IV - 910.000,00 zł.*

#### **XII. OCENA OFERT**

##### **A.KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT.**

*1. Przy ocenie ofert złożonych Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium (Zakres I - IV):*

*–Cena ofertowa brutto przedmiotu zamówienia – C(1) 70 pkt*

*–Wartość netto pozimowego oczyszczenia jezdni dróg, opasek bezpieczeństwa i krawężników wraz ze zmyciem – C(2) 10 pkt*

*–Dodatkowe oczyszczanie jezdni dróg układu uzupełniającego – C(3) 20 pkt*

*WZÓR UMOWY: § 1 ust. 6. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia o wielkość do 50% zakresu ilościowego usług będących przedmiotem niniejszej umowy, m.in. z powodu wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, prowadzonych remontów dróg i zajęć pasa drogowego, organizacji imprez masowych, jarmarków itp., konieczności wyłączenia z oczyszczania danej drogi, ze względów ekonomicznych lub innych.*

*W dniu 22 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia między innymi w następującym zakresie:*

##### **III. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WRAZ Z OPISEM SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA WARUNKÓW, PKT 3. Zdolność techniczna i zawodowa.**

*jest: (...)*

*W przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden zakres ilość wymaganej powierzchni jezdni musi być sumą powierzchni dla wybranych zakresów. Wykazana przez Wykonawcę powierzchnia nie może być efektem sumowania powierzchni wynikającym z częstotliwości świadczonych usług.*

*Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia mogą spełnić ten warunek w sposób następujący: wykonawcy mogą spełnić ten warunek wspólnie.*

*winno być: (...)*

*W przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden zakres ilość wymaganej powierzchni jezdni musi być sumą powierzchni dla wybranych zakresów. Wykazana przez Wykonawcę powierzchnia nie może być efektem sumowania powierzchni wynikającym z częstotliwości świadczonych usług.*

*Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia mogą spełnić ten warunek w sposób następujący: wykonawcy mogą spełnić ten warunek wspólnie, tj. możliwe jest zsumowanie powierzchni z kilku zadań/zleceń/umów, jednak powierzchnia wynikająca z każdego wskazanego zadania nie może być efektem sumowania powierzchni wynikającym z częstotliwości świadczonych usług.*

#### **XI. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY.**

*jest: (...)* Zamawiający informuje, że wartość netto usługi wymienionej w pozycji 1 Formularza ofertowego (kol. G) nie może przekroczyć kwoty: Zakres I - 1.100.000,00 zł, Zakres II – 582.000,00 zł, Zakres III – 1.800.000,00 zł, Zakres IV - 910.000,00 zł.

*winno być: (...)* Zamawiający informuje, że wartość netto usługi wymienionej w pozycji 1 Formularza ofertowego (kol. G) nie może przekroczyć 30 % pozycji „RAZEM wartość netto” Formularza ofertowego – dotyczy zał. 1/1 – 1/4 SIWZ.

##### **XII. OCENA OFERT. A. KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT.** Przy ocenie ofert złożonych Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium (Zakres I - IV):

*jest:*

*–Cena ofertowa brutto przedmiotu zamówienia – C(1) 70 pkt*

*–Wartość netto pozimowego oczyszczenia jezdni dróg, opasek bezpieczeństwa i krawężników wraz ze zmyciem – C(2) 10 pkt*

*–Dodatkowe oczyszczanie jezdni dróg układu uzupełniającego – C(3) 20 pkt*

(...)

winno być:

–Cena ofertowa brutto przedmiotu zamówienia – C(1) 85 pkt

–Wartość netto pozimowego oczyszczenia jezdni dróg, opasek bezpieczeństwa i krawężników wraz ze zmyciem – C(2) 10 pkt

–Zmniejszenie emisji spalin – C(3) 5 pkt

Załącznik nr 2 do SIWZ. Wzór umowy, § 1. ust.6:

*jest: 3. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia o wielkość do 50% zakresu ilościowego usług będących przedmiotem niniejszej umowy, m.in. z powodu wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, prowadzonych remontów dróg i zajęć pasa drogowego, organizacji imprez masowych, jarmarków itp., konieczności wyłączenia z oczyszczania danej drogi, ze względów ekonomicznych lub innych.*

*winno być: 3. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia o wielkość do 25% zakresu ilościowego usług będących przedmiotem niniejszej umowy, m.in. z powodu wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, prowadzonych remontów dróg i zajęć pasa drogowego, organizacji imprez masowych, jarmarków itp., konieczności wyłączenia z oczyszczania danej drogi lub innych.*

### **Izba zważyła, co następuje:**

Zarzut nr 1 został uznany za niezasadny.

W pierwszej kolejności wymaga zauważenia, iż w odniesieniu do ww. zarzutu Odwołujący nie wnosił o dokonanie jakiegokolwiek zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w odwołaniu zostały jednak zawarte wnioski co do zmiany treści SIWZ w zakresie odnoszącym się do pozostałych zarzutów). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż Izba nie jest związana zawartymi w odwołaniu wnioskami co do nakazania zamawiającemu wykonania określonych czynności w postępowaniu. Nie oznacza to jednak, iż odwołujący zwolniony jest z określenia takich wniosków w treści wnoszonego odwołania. Precyzyjne sformułowanie wniosków ma szczególnie istotne znaczenie w przypadku odwołania wnoszonego wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie wskazał również – poza przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp określającym podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia – naruszenia których przepisów ustawy Pzp dopuścił się Zamawiający w zakresie objętym przedmiotowym zarzutem.

Stawiając zarzut nr 1 Odwołujący zakwestionował dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do posiadanego doświadczenia łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do tego należy wskazać, iż przepisy ustawy Pzp umożliwiają wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia poprzez stworzenie tzw. konsorcjum. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby uprawnienie do ubiegania się o zamówienie w formie konsorcjum sprowadza się między innymi do możliwości łączenia posiadanych potencjałów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia co do zasady wystarczające jest wykazanie łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a nie przez każdego z członków konsorcjum lub w inny sposób, np. przynajmniej przez jednego z członków konsorcjum). Zastosowanie ww. zasady może jednak okazać się nieuzasadnione w konkretnych okolicznościach danego postępowania. W tych przypadkach, gdy jest to uzasadnione charakterem zamówienia, zamawiający uprawniony jest do zastosowania regulacji art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, tj. może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Korzystając z ww. uprawnienia zamawiający obowiązany jest do przestrzegania zasady proporcjonalności. Uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo, takie szczególne określenie spełnienia przez konsorcjum warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (w ramach warunku zdolności technicznej lub zawodowej) może wystąpić np. w sytuacji, gdy z uwagi na przedmiot zamówienia konieczne jest posiadanie doświadczenia zdobytego w wyniku wielokrotnego wykonania określonych czynności.

Podniesiony w tym zakresie zarzut Odwołujący opierał na twierdzeniu, iż skoro Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem na podstawie jednej umowy, to nie jest możliwe łączne wykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby powyższe twierdzenie nie znajduje potwierdzenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należało zgodzić się z Zamawiającym, iż nie wymaga on wykazania się doświadczeniem na podstawie jednej umowy, gdyż taki wymóg nie został wprost wskazany w opisie warunku, a pojęcie „usługa” nie jest tożsame z pojęciem „umowy”.

Zamawiający wskazał, iż użyte w opisie warunku pojęcie „jednorazowo” należy rozumieć zgodnie z definicją tego pojęcia zawartą w słowniku PWN (jednorazowy «raz jeden dany lub uczyniony»). Skład orzekający Izby stwierdził, iż taka wykładnia znajduje potwierdzenie na gruncie ww. postanowienia SIWZ. Brak wymagania w ramach opisu warunku doświadczenia polegającego na wielokrotnym wykonaniu określonych czynności stanowi jedną z okoliczności, które mogą skutkować brakiem przewidzenia szczególnego sposobu spełnienia przedmiotowego warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w szczególności w połączeniu z występującym również w niniejszej sprawie podzielnym przedmiotem zamówienia). W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego co do tego, iż określenie „jednorazowo” odnosi się również do zakazu sumowania powierzchni wynikającego z częstotliwości świadczenia usług, to w ocenie składu orzekającego kwestia ta została wprost uregulowana w innym fragmencie opisu warunku („Wykazana przez Wykonawcę powierzchnia nie może być efektem sumowania powierzchni wynikającym z częstotliwości świadczonych usług.”).

Uwzględniając powyższe, Izba za niezasadne uznała twierdzenia Odwołującego, iż dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości łącznego wykazania przez tzw. konsorcjum spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia narusza zasadę uczciwej konkurencji poprzez uprzywilejowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba nie odnosiła się do postanowień SIWZ dodanych przez Zamawiającego do opisu ww. warunku udziału w Postępowaniu w dniu 22 lutego 2019 r., gdyż nie były one objęte zakresem zaskarżenia określonym w odwołaniu. W tym miejscu należy poczynić dodatkową uwagę, iż sposób sformułowania zapisów określających sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinien zostać sformułowany w taki sposób, aby nie wywoływał u wykonawców wątpliwości co do podstawowej treści tego warunku, określonej w stosunku do wykonawcy.

Zarzut nr 2 dotyczył ustalenia przez Zamawiającego górnej granicy ceny jednostkowej usługi wymienionej w pozycji 1 Formularza ofertowego (kol. G), tj. usługi pozimowego oczyszczenia nawierzchni ulic, opasek, krawężników i zatok wraz ze zmyciem. W dniu 22 lutego 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ww. zakresie. Postanowienie dotyczące wskazania górnej granicy ww. ceny jednostkowej zostało usunięte i w związku z tym rozpoznanie zarzutu w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Jednakże w miejsce ww. postanowienia Zamawiający wprowadził inne, zgodnie z którym „wartość netto usługi wymienionej w pozycji 1 Formularza ofertowego (kol. G) nie może przekroczyć 30% pozycji „RAZEM wartość netto” Formularza ofertowego – dotyczy zał. 1/1 – 1/4 SIWZ.” Nie uchybiając przepisowi art. 192 ust. 7 („Izba nie może orzekać co od zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”), lecz mając na uwadze okoliczność, iż w odniesieniu do pierwotnej wersji SIWZ Odwołujący kwestionował wyłącznie samą możliwość (co do przyjętej zasady, a nie konkretnych postanowień) wyznaczenia przez Zamawiającego górnego limitu ceny jednostkowej, Izba postanowiła rozpoznać ww. zarzut, podtrzymany przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego, w zakresie możliwości zastosowanego przez Zamawiającego ograniczenia wartości ceny jednostkowej – w odniesieniu do aktualnie przyjętego rozwiązania polegającego na ograniczeniu procentowym ceny jednostkowej w stosunku do całkowitej ceny oferowanej za realizację części zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby takie rozwiązanie należy uznać za dopuszczalne, o ile w konkretnych okolicznościach danej sprawy nie jest jego celem ani skutkiem ograniczenie wykonawców w zakresie oferowanej ceny jednostkowej w odniesieniu do rzeczywistych kosztów realizacji danej części zamówienia. Uzasadniając przewidzenie ww. rozwiązania Zamawiający wskazywał, iż wynika ono z jego doświadczeń z realizacji podobnych zamówień w latach ubiegłych, kiedy to miały miejsce przypadki zawyżania cen jednostkowych za realizację ww. zadania (co do którego wykonawca miał gwarancję jego całościowej realizacji), co skutkowało niepełnym zlecaniem prac w ramach pozostałych zadań. Zamawiający wskazał również, iż określona wartość procentowa została wyliczona w oparciu o dokonane przez niego analizy uwzględniające dane z realizacji zamówień w poprzednich latach, a ponadto uwzględnia ona również pewien margines bezpieczeństwa (z jego analiz wynika, że było to 23 – 25%). Z wyjaśnień przedstawionych przez Zamawiającego wynika, iż wprowadzenie ww. rozwiązania miało na celu przeciwdziałanie dowolnemu przenoszeniu kosztów pomiędzy różnymi pozycjami, w tym pozycją stanowiącą jedno z kryterium oceny ofert, a w konsekwencji zapobieżenie nieuczciwym praktykom, które mogą być stosowane przez doświadczonych wykonawców. W ocenie Zamawiającego wprowadzenie takiego mechanizmu będzie miało wpływ na otwarcie rynku dla małych i średnich przedsiębiorstw (zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego obecnie na tym rynku występuje tylko dwóch wykonawców). Podnosząc ww. zarzut Odwołujący wskazał wyłącznie na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzając iż wprowadzone do specyfikacji rozwiązanie w zakresie kryterium oceny ofert utrudnia uczciwą konkurencję. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, gdyż wręcz przeciwnie ww. rozwiązanie powinno tą uczciwą konkurencję ułatwić. Wprowadzenie takiego mechanizmu może również przyczynić się do efektywniejszego

gospodarowania środkami publicznymi. Należy przy tym podkreślić, iż nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawcy korzystając z przysługujących im środków ochrony prawnej skarżyli konkretne rozwiązania w ramach przyjętego przez zamawiającego mechanizmu, tj. w tym przypadku 30% (wykazując, że wartość ta powinna zostać przyjęta na wyższym poziomie). Kwestia ta, jako nie objęta zakresem zaskarżenia, nie stanowiła jednak przedmiotu rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W ramach zarzutu nr 4 Odwołujący nie kwestionował uprawnień Zamawiającego do przewidzenia możliwości ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, lecz zarzucał brak szczegółowych postanowień dotyczących minimalnego zakresu usług, który zostanie zrealizowany, jakie będą zasady tego ograniczenia, kiedy i w jaki sposób będzie to ograniczenie z nim uzgadniane i jakie uprawnienia będą przysługiwać wykonawcy w związku z tymi ograniczeniami, wskazując na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu. Należy bowiem wskazać, iż przewidzenie przez Zamawiającego w § 1 ust. 6 wzoru umowy ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia (zgodnie ze zmodyfikowanymi postanowieniami SIWZ – „o wielkość do 25% zakresu ilościowego usług będących przedmiotem niniejszej umowy”) nie sprawia, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia należy uznać za niespełniający wymagań określonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący nie kwestionował sposobu określenia czynności, jakie będą stanowić przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem należy założyć, że Odwołujący uzyskał wystarczające informacje co do tego, co stanowi przedmiot zamówienia, a jedynie pozostaje w niepewności, czy pewna część tego przedmiotu (do 25%) będzie przez niego ostatecznie realizowana. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego wykonawcom została przekazana informacja o części zamówienia, co do której istnieje pewność jej realizacji w ramach zawartej umowy (75%). Pomędzy stronami nie było sporu co do tego, iż wartość ta obowiązuje w ramach poszczególnych zakresów (I, II, III, IV). Należy przy tym zauważyć, iż podstawowymi usługami, jakie wchodziły w skład przedmiotu zamówienia są usługi o bardzo zbliżonym przedmiocie – oczyszczanie nawierzchni jezdni dróg, opasek, krawężników, zatok (z tym że za realizację usług wskazanych w pkt 1.11 [tabela] przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, a w przypadku dodatkowych usług polegających na zakupie i uzupełnianiu środków do likwidacji rozlewów i wycieków substancji płynnych przewidziano termin realizacji wynoszący 5 dni roboczych). Zgodnie z postanowieniami zawartymi we wzorze umowy wynagrodzenie wykonawcy będzie ustalane jako należność za zrealizowany faktycznie i potwierdzony przez przedstawiciela Zamawiającego zakres ilościowy usługi rozumiany jako iloczyn powierzchni/ilości i stawki jednostkowej za daną usługę (za wyjątkiem ww. sytuacji, w której przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe). Wykonawca jest w stanie ustalić minimalną wartość wynagrodzenia, jakie uzyska z tytułu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponoszone w pozostałym zakresie ryzyko uwzględnia się natomiast w ramach ceny oferty, przy czym, jest to ryzyko określane ramami przedmiotu zamówienia. Być może odmiennie należałoby ocenić to zagadnienie w przypadku występowania znaczących różnic w zakresie kosztów ponoszonych w związku z wykonywaniem poszczególnych usług w ramach przedmiotu zamówienia, jednakże na okoliczność tą Odwołujący w żaden sposób nie wskazywał. W ocenie składu orzekającego Izby ww. proporcje (75% - zamówienie pewne, 25% - zamówienie, co do którego istnieje ryzyko ograniczenia) nie świadczą o nadużyciu przez Zamawiającego przysługujących mu uprawnień w zakresie określania warunków realizacji zamówienia. Nie dochodzi w tym przypadku do niezgodności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro wszyscy potencjalni wykonawcy są w podobnej sytuacji, a wykonawcom zostały podane niezbędne informacje pozwalające na sporządzenie wyceny swojej oferty. Z drugiej strony wprowadzone rozwiązanie przyczynia się do efektywnego wydatkowania środków publicznych. W treści SIWZ Zamawiający podał również katalog przykładowych okoliczności, które mogą stanowić podstawę zastosowania przedmiotowego rozwiązania w trakcie wykonywania umowy. Mając na uwadze charakter tych okoliczności, jak i przedmiot zamówienia, w ocenie składu orzekającego Izby przedstawione w toku rozprawy wyjaśnienia Zamawiającego, iż nie jest w stanie opisać tych okoliczności w sposób bardziej szczegółowy, należy uznać za uzasadnione. Ponadto wykonawca zajmujący się profesjonalnie realizacją usług takich jak objęte przedmiotem zamówienia nie powinien mieć problemów z określeniem jakie to niekorzystne warunki atmosferyczne mogą skutkować ograniczeniem zakresu przedmiotu zamówienia. Jest przy tym rzeczą oczywistą, iż nikt nie jest w stanie ustalić szczegółowych warunków atmosferycznych na dwa lata (czy jeden rok) naprzód. Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie jest obowiązany w takiej sytuacji przewidzieć w specyfikacji postanowień dotyczących sposobu uzgodnienia z wykonawcą przewidzianego ograniczenia zakresu realizacji zamówienia, jak i uprawnień przysługujących wykonawcy w związku z tymi ograniczeniami.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5

ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....