

WYROK

z dnia 19 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Szczecińskiej 5 (54-517 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Kazimierza Michalczyka 23 (53-633 Wrocław)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku pod numerem 66 (58-120 Jarosłów), Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Jerzmanowskiej 6A (54-519 Wrocław), R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. z siedzibą w Łodzi przy ul. Stasiej 11 (91-604 Łódź), S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. z siedzibą w Łodzi przy ul. Zbiorczej 2A (92-332 Łódź), Zieleń - P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi przy ul. Zbiorczej 2A (92-332 Łódź), A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Cleanart A. D. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Kolbuszowskiej 12 lok. 2 (54-404 Wrocław) oraz Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście 4 (00-333 Warszawa), zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 3, 4 i 5 petitum odwołania w związku z ich cofnięciem.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od ww. wykonawcy na rzecz zamawiającego Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu zwana dalej: „zamawiającym”, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 - Stare Miasto, zadanie nr 2 - Śródmieście, zadanie nr 3 - Krzyki, zadanie nr 4 - Fabryczna, zadanie nr 5 - Psie Pole, (nr referencyjny: 10/2021), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2021 r., pod numerem 2021/S 169-442415.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 27 grudnia 2021 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec:

- czynności badania i oceny ofert;

- wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum spółek ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku (Lider Konsorcjum), Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (Członek Konsorcjum), FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. (Członek

Konsorcjum), Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. (Członek Konsorcjum), Zielerń - P. Spółka Jawna (Członek Konsorcjum), Cleanart A.D. (Członek Konsorcjum), Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek Konsorcjum), zwanych dalej jako: „konsorcjum ENERIS”, jako najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 4 - Fabryczna oraz zadania nr 5 - Psie Pole;

- zaniechania wezwania konsorcjum ENERIS do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów składanych wraz z ofertą lub na wezwanie zamawiającego w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania;

- zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS;

- prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wymogu udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu

zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 Pzp oraz z art. 16 Pzp przez przyznanie konsorcjum ENERIS maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert

„dysponowanie dodatkowymi pojazdami” zarówno na zadaniu nr 4 - Fabryczna, jak i na zadaniu nr 5 - Psie Pole, w sytuacji gdy pojazdy określone w załączniku VD oraz w załączniku VE nie spełniają warunków, o jakich mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.1.D) SWZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 117 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS w zakresie zadania nr 4 - Fabryczna w sytuacji gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej określonego w punkcie 1.2.2.2. rozdziału IV SWZ, tj. w zakresie zimowego utrzymania jezdni, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie stosownie do art. 128 ust. 1 Pzp;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 117 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS w zakresie zadania nr 4 - Fabryczna i zadania nr 5 - Psie Pole w sytuacji gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej określonego w punkcie 1.2.2.1. rozdziału IV SWZ, tj. w zakresie mechanicznego oczyszczania i zmywania jezdni w okresie letnim, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie stosownie do art. 128 ust. 1 Pzp;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 117 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS w zakresie zadania nr 4 - Fabryczna i zadania nr 5 - Psie Pole w sytuacji gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej określonego w punkcie 1.2.2.5. rozdziału IV SWZ, tj. w zakresie opróżniania koszy na odpady, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie stosownie do art. 128 ust. 1 Pzp;

5) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania konsorcjum ENERIS do złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, zarówno na zadanie nr 4 - Fabryczna, jak i na zadanie nr 5 - Psie Pole, w sytuacji gdy z przedłożonych wraz z ofertą oświadczeń nie wynika, który z konsorcjantów będzie realizował usługę w zakresie oczyszczania przystanków komunikacji miejskiej w sezonie letnim i zimowym a zamawiający stawia w rozdziale IV pkt 1.2.2.4. SWZ warunek legitymowania się doświadczeniem w tym zakresie;

6) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 117 ust. 2 i ust. 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS w zakresie zadania nr 4 - Fabryczna i zadania nr 5 - Psie Pole w sytuacji, gdy konsorcjanci nie dysponują wymaganym zezwoleniem na zbieranie odpadów, a posiada je jedynie ten z konsorcjantów, który w świetle oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, ma świadczyć usługi jedynie w zakresie wynajmu koszy, wykonywania prac interwencyjnych i usuwania padłych zwierząt, podczas gdy zezwolenie na zbieranie jest konieczne do realizacji także innych czynności objętych przedmiotem zamówienia obejmujących postępowanie z odpadami, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oświadczenia w tym zakresie stosownie do art. 128 ust. 1 Pzp;

7) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ENERIS i odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS w zakresie zadania nr 4 - Fabryczna i zadania nr 5 - Psie Pole w sytuacji, gdy konsorcjum ENERIS wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz przedstawiło informacje wprowadzające w błąd co do spełniania przez pojazdy wskazane w załączniku nr VD i VE warunków, o jakich mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.1.D) SWZ, co miało istotny wpływ na wybór oferty konsorcjum ENERIS jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 4 - Fabryczna;
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 5 - Psie Pole;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z jednoczesnym dokonaniem czynności wyjaśniających;
- odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS złożonej na zadanie nr 4 - Fabryczna;
- odrzucenia oferty konsorcjum ENERIS złożonej na zadanie nr 5 - Psie Pole.

Odwołujący wyjaśnił, że przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący wskazał, że złożył w postępowaniu ofertę na zadanie nr 4 - Fabryczna oraz na zadanie nr 5

- Psie Pole, które zostały sklasyfikowane na drugim miejscu w rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do uzyskania przedmiotowego zamówienia przez odwołującego. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że posiada legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem XV SWZ wybór najkorzystniejszą oferty miał nastąpić na podstawie następujących kryteriów:

- 1) cena brutto - 80 %,
- 2) dysponowanie dodatkowymi pojazdami - 20 %.

W każdym kryterium oferta mogła uzyskać od 0 do 10 punktów. Kryterium „Dysponowanie dodatkowymi pojazdami” (D), tj. dysponowanie dodatkowymi pługosyparkami jezdniowymi lub zamiatarkami jezdniowymi lub polewarkami jezdniowymi, wykazanymi w załącznikach nr od VA do VE punktowane będzie w następujący sposób na zadaniach nr 3, 4 i 5:

- a) oferta, w której zaproponowano dodatkowo jedną zamiatarkę jezdniową do realizacji zadania spełniającą wymogi podane w pkt 1.2.3.1.E) w rozdz. IV otrzyma 1,25 punktu,
- b) oferta, w której zaproponowano dodatkowo jedną polewarkę jezdniową do realizacji zadania spełniającą europejski wymóg standardu emisji spalin minimum EURO VI lub będącą pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym i spełniającą wymogi podane w pkt 1.2.3.1.G) w rozdz. IV otrzyma 1,25 punktu,
- c) oferta, w której zaproponowano dodatkowo jedną pługosyparkę jezdniową do realizacji zadania spełniającą wymogi podane w pkt 1.2.3.1.D) w rozdz. IV otrzyma 2,5 punktu,
- d) w ofercie można zaproponować dodatkowo maksymalnie cztery pojazdy spośród pojazdów podanych w ppkt a), b) i c), z zastrzeżeniem pkt 3 rozdz. XII,
- e) w tym kryterium można otrzymać maksymalnie 10 punktów.

Oferta, w której zaproponowano dodatkowo cztery pługosyparki jezdniowe do realizacji zadania spełniające wymogi podane w pkt 1.2.3.1.D) w rozdziale IV SWZ, czyli pługosyparki jezdniowe spełniające europejski wymóg standardu emisji spalin minimum EURO VI lub będące pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym o ładowności zasobnika do soli zraszanej minimum 4,0 Mg, posiadające możliwość regulacji szerokości posypywania jezdni, możliwość regulacji posypywania środkami chemicznymi z wydatkiem jednostkowym od 5 do 30 g/m², a materiałami uszorstniającymi z wydatkiem jednostkowym od 60 do 150 g/m², wyposażone w zbiornik/i na solankę oraz sprawny układ zraszania solanką, o szerokości roboczej pługa minimum 2,5 m, z lemieszem pługa wyposażonym w końcówkę gumową o równych krawędziach, otrzymać miała 10 punktów.

Odwołujący wyjaśnił, że pojazdy wskazane przez konsorcjum ENERIS w załączniku nr VD dla zadania nr 4 - Fabryczna o numerach rejestracyjnych: DW 5KU20, DW 6LS91, DW 7MF56, DW 7NU04 oraz wskazane w załączniku VE dla zadania nr 5 - Psie Pole o numerach rejestracyjnych: WGM85575, WGM85576, WGM85812, WGM85834 nie mogą być uznane za pługosyparki, nawet w sytuacji gdy zamawiający dopuszcza stosowanie sprzętu uniwersalnego, czyli sprzętu, który ma zastosowanie zarówno w sezonie zimowym, jak i w sezonie letnim. Uniwersalność wyraża się w wielofunkcyjności takiego pojazdu, który jednakże musi być w pełni dostosowany do pełnienia funkcji w zakresie zimowego oczyszczania. Wskazać należy, że zamawiający oczekiwał dysponowania pługosyparkami, a nie jedynie samochodami ciężarowymi, które mogą być dopiero dostosowane do pełnienia takiej funkcji. Wprost z SWZ wynika oczekiwanie, by pojazdy te były wyposażone w konkretne funkcjonalności - możliwość płużenia, możliwość posypywania, możliwość zraszania solanką. Nawet jeżeli dopuszczalne jest stosowanie sprzętu, który znajduje zastosowanie zarówno w sezonie zimowym, jak i w sezonie letnim, to muszą to być pojazdy odpowiednio dostosowane do możliwości pełnienia funkcji pługosyparek już na dzień składania ofert, tj. uzbrojone do możliwości podłączenia pługa (wyposażone w płytę montażową), wyposażone w układ sterowania pługiem (podnoszenie, opuszczanie, skręt prawo/lewo) obsługiwany z pulpitu umieszczonego w kabinie kierowcy, a także wyposażone w zabudowę posypywarki o ładowności zasobnika min. 4,0 Mg, wyposażone w zbiornik na solankę i sprawny układ zraszania solanką z możliwością regulacji szerokości posypywania jezdni środkami chemicznymi i materiałami uszorstniającymi z pulpitu umieszczonego w kabinie kierowcy. Pojazdy wskazane przez konsorcjum ENERIS to pojazdy ciężarowe, które wykorzystywane są do realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych w Gminie Wrocław, czyli na rzecz zamawiającego. Zamawiający ma o tym wiedzę z urzędu, gdyż pojazdy te zostały zgłoszone w składanym przez wykonawcę zamawiającemu Planie Obsługi Systemu poszczególnych sektorów, na których świadczą usługę. Co więcej zamawiający ma stały podgląd na te pojazdy - zarówno w ramach systemu GPS, jak i systemu monitoringu wizyjnego. Na dzień składania ofert i w terminie związania ofertą pojazdy te nie były dostosowane do możliwości wykorzystania ich jako pługosyparki. Zamawiający został o tym fakcie poinformowany pismem Odwołującego z dnia 23 listopada 2021 r., jednakże nie podjął żadnych czynności mających na celu weryfikację spełnienia przez te pojazdy wymagań, o których mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.1.D. SWZ. Odwołujący nie negował faktu, że pojazdy te w przyszłości mogą zostać pługosyparkami, ale wymaga to ich przebudowy, zakupu specjalistycznego osprzętu i oprzyrządowania i nie wiadomo czy po takiej przebudowie w przyszłości będą pojazdami spełniającymi wymogi określone w SWZ. Tymczasem wykonawca powinien dysponować pojazdami spełniającymi wymagania, o których mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.1.D. SWZ na dzień składania ofert i w okresie związania ofertą. Zgodnie z informacjami od producentów wyposażenia - zabudowa posypywarki oraz pług, żeby były sprawne muszą być zintegrowane z pojazdem ciężarowym i wyposażone w pulpity

sterownicze umożliwiające odpowiednio regulację posypywania jezdni określonymi środkami oraz regulację pracy pługa. Tym samym sam pojazd ciężarowy bez dokonanej wcześniej adaptacji do pełnienia funkcji pługosyparki nie może być uznany za pojazd spełniający wymagania określone w rozdziale IV SWZ pkt 1.2.3.1.D.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin pojazdów o numerach

rejestracyjnych: DW 5KU20, DW 6LS91, DW 7MF56, DW 7NU04, WGM85575, WGM85576, WGM85812, WGM85834, celem weryfikacji czy są pługosyparkami i czy spełniają wymogi, o jakich mowa w rozdziale IV SWZ pkt 1.2.3.1.D.;

- o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu maszynoznawstwa - techniki motoryzacyjnej celem ustalenia, czy pojazdy o numerach rejestracyjnych: DW

5KU20, DW 6LS91, DW 7MF56, DW 7NU04, WGM85575, WGM85576, WGM85812,

WGM85834 są pługosyparkami i czy spełniają wymogi, o jakich mowa w rozdziale IV SWZ pkt 1.2.3.1.D.

Odwołujący wyjaśnił, że dowody te nie są powoływane dla zwłoki. Ich przeprowadzenie przez Izbę jest konieczne w celu wykazania faktu, że pojazdy, za które konsorcjum ENERIS uzyskało punkty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, nie są pługosyparkami i nie spełniają wymogów o jakich mowa w rozdziale IV SWZ pkt 1.2.3.1.D. Biorąc pod uwagę, że realizacja usługi objętej przedmiotem zamówienia ma się rozpocząć dopiero z dniem 1 kwietnia 2022 r. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w toku postępowania odwoławczego nie będzie miało negatywnego wpływu na terminową realizację przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że zgodnie z definicją zawartą w WIKIPEDII [<https://pl.wikipedia.org/wiki/P%C5%82ugopiaszarka>], a więc przedstawiającą potoczne rozumienie słowa, pługopiaszarka to samochód specjalny zbudowany na podwoziu samochodu ciężarowego lub innym, wyposażony w urządzenia przeznaczone do zimowego utrzymania dróg i ulic, (likwidacja gołoledzi, zalegającego lodu, zbitego lub kopnego śniegu). Urządzeniami tymi są:

- pług śnieżny
- pojemnik na mieszankę rozpuszczającą lód bądź też neutralizującą jego właściwości

poślizgowe (20-25% piasku i 75%-80% soli NaCl).

- rozsypywarka rozrzucająca tę mieszankę.

Pług spełnia swoje zadanie w wypadku większych opadów śniegu. Nie jest zamocowany równolegle do osi pojazdu, lecz pod kątem ostrym tak, by zalegający śnieg był odgarniany na prawe poboczne jezdni. Jest też wysunięty kilkadziesiąt centymetrów w kierunku

przeciwnego pasa jezdni. Pług nie może bezpośrednio przylegać do jezdni, gdyż

doprowadziło by to do utraty stabilności pojazdu. Pomiędzy jezdnią a pługiem funkcjonuje jeszcze elastyczne zakończenie, które jednak nie jest w stanie całkowicie odprowadzić na poboczne zalegającego śniegu. Pozostała warstwa śniegu jest częściowo rozpuszczana przez rozsypywaną mieszankę (powstałe błoto pośniegowe). W wypadku gołoledzi pług nie jest wykorzystywany, natomiast istotną rolę spełnia rozsypywarka (swym zasięgiem obejmuje nie tylko prawy, ale też lewy pas jezdni).

Pługopiaszarka musi być wyposażona w sygnał ostrzegawczy (światlny, błyskowy, żółty). Pojazd wykorzystywany jako pługopiaszarka musi spełniać ściśle określone kryteria (moc minimum 105 KM, napęd na co najmniej dwie osie, zdolność do pracy na niskich przełożeniach przy pełnym obciążeniu silnika, odpowiednie wzmocnienia itp.).

Jak zauważył odwołujący zgodnie z definicją w słowniku języka polskiego pługopiaszarka to samochód zaopatrzone w lemiesz do odgarniania śniegu oraz w urządzenie do posypywania piaskiem oblodzonej nawierzchni drogowej [zob.

]. Pługosolarką będzie więc samochód zaopatrzone w lemiesz do odgarniania śniegu oraz w urządzenie do posypywania solą lub do

zraszania solanką nawierzchni drogowej. Z kolei pługosyparkę należy uznać za synonim pługopiaskarki bądź pługosolarki. Tym samym winien być do pojazd przystosowany do odśnieżania dróg za pomocą pługa i posypywania ich solą, piaskiem lub innym materiałem uszorstniającym lub do zraszania solanką. Szczegółowe wymagania, jakim odpowiadać pługosyparka, określił sam zamawiający. Tylko w sytuacji gdy pojazdy wskazane w załączniku nr VD i VE odpowiadają charakterystyce wymaganej przez zamawiającego powinna istnieć możliwość przyznania punktów ofercie konsorcjum ENERIS. W innym przypadku kryterium „dysponowanie dodatkowymi pojazdami” należy uznać za kryterium pozorne, pozostawiające zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uniemożliwiające weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 2 petitum odwołania, odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że w rozdziale IV SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z postanowieniem rozdziału IV punkt 1.2.2.2. SWZ wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie

ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, w gminach powyżej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta) w okresie jednego sezonu zimowego zamówienie polegające na zimowym utrzymaniu (mechanicznym oczyszczaniu - wymagana jest powtarzalność działań nie mniejsza niż 15-krotne powtórzenie czynności składających się na zimowe utrzymanie) jezdni i/lub jezdni wewnętrznych i/lub jezdni osiedlowych w technologii zimowej stosowanej w sezonie zimowym, polegającej na zapobieganiu występowania śliskości zimowej, likwidowaniu śliskości zimowej oraz usuwaniu śniegu, o łącznej długości lub powierzchni:

- a) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 1 - co najmniej 26 km lub 250 000 m²,
- b) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 2 - co najmniej 26 km lub 250 000 m²,
- c) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 3 - co najmniej 64 km lub 500 000 m²,
- d) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 4 - co najmniej 74 km lub 600 000 m²,
- e) jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 5 - co najmniej 59 km lub 500 000 m²,

a w przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na dwa lub trzy zadania, zamówienie lub zamówienia, których łączna długość lub powierzchnia musi stanowić sumę długości lub powierzchni wymaganych dla poszczególnych zadań, na które składana jest oferta.

W rozdziale IV punkt 3 SWZ zamawiający doprecyzował, że w przypadku gdy wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia warunek, o którym mowa w pkt 1.2.2.2. musi spełnić dowolny wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których te zdolności są wymagane. W ramach tego warunku udziału w postępowaniu zamawiający nie dopuścił więc łączenia potencjałów poszczególnych członków konsorcjum, oczekując, że jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia musi samodzielnie wykazać się wymaganym doświadczeniem.

Odwołujący wskazał, że w wykazie usług (załącznik nr VI) składanym na wezwanie zamawiającego Konsorcjum ENERIS wskazało, że dla potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie zimowego utrzymania jezdni na zadanie nr 4, legitymuje się doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji usługi na rzecz Miasta Łódź w okresie od 9.11.2020 r. do 31.03.2021 r. W tym zakresie konsorcjum przedłożyło referencje z dnia 25 listopada 2021 r. wydane przez Wydział Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi poświadczające, że konsorcjum firm: 1) FAGUS Usługi Ogrodnicze R.P., 2) IGLICZNIA Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. oraz 3) ZIELEN - P. Sp. j. świadczy usługi w ramach zadania „letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2020-2022 w Rejonie III obejmującym obszar Łagiewniki - Arturówek”.

W referencjach wskazano, że konsorcjum FAGUS/IGLICZNI/P. wykonało usługi polegające na mechanicznym, zimowym utrzymaniu dróg o łącznej długości 293,9 km pasów dróg. W sezonie zimowym 2020/2021 trwającym od 9.11.2020 r. do 31.03.2021 r. na 214,33 km dróg będących w I i II kolejności utrzymania zimowego, prace związane z odśnieżaniem nawierzchni drogi czy zapobieganiem i zwalczaniem śliskości realizowane były 38 razy, a na drogach będących w III i IV kolejności utrzymania - 2 razy. Odwołujący w tym aspekcie wskazał, że zgodnie z informacją uzyskaną od Urzędu Miasta Łodzi ilość kilometrów dróg wskazana w referencjach nie odnosi się do kilometrów jezdni (jezdni - zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 5 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych to część drogi przeznaczona do ruchu pojazdów). Wskazana liczba 214,33 km wynika z przemnożenia

ilości kilometrów dróg przez ilość pasów, gdyż wykonawca otrzymuje wynagrodzenie za prace związane z realizacją usług na wszystkich pasach jezdni. Faktycznie więc długość jezdni, na jakich konsorcjum FAGUS/IGLICZNI/A/P. zrealizowała usługi została w wykazie usług zawyżona. Są to odpowiednio 22,77 km dla jezdni I kolejności utrzymania zimowego oraz 66,29 km dla jezdni II kolejności utrzymania zimowego, co daje 89,06 km, a nie jak oświadczyło konsorcjum ENERIS 214,33 km.

Ponadto, z przedłożonych referencji nie wynika, by jeden z wykonawców wspólnie realizujących zamówienie dla Miasta Łodzi wykonał zakres prac polegających na zimowym utrzymaniu jezdni w zakresie wystarczającym do tego, by legitymować się doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Z utrwalonego już orzecznictwa wynika, że jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum, to członek konsorcjum uzyskuje doświadczenie jedynie w granicach faktycznie wykonanych przez siebie prac. W okolicznościach niniejszego postępowania nie ma znaczenia, że zarówno FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P., IGLICZNI/A Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. oraz ZIELEN - P. Sp. j. są członkami konsorcjum ENERIS i że w oświadczeniu, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp złożonym przez konsorcjum ENERIS (załącznik nr XI) wskazano, że te 3 podmioty będą świadczyć usługi polegające na zimowym utrzymaniu czystości i porządku na jezdniach, gdyż realizując swoje uprawnienie, o którym mowa w art. 117 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, że zamawiający oczekiwał wyraźnie, że warunek w zakresie zdolności zawodowej co do zimowego utrzymania dróg musi spełnić dowolny wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których te zdolności są wymagane. Z referencji powinno więc wynikać, że jeden z ww. podmiotów w całości spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.2.2. Warunek ten powinien więc spełniać samodzielnie albo FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P., albo IGLICZNI/A Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. albo ZIELEN - P. Sp. j. Określając sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Zamawiający dokonał bowiem rozróżnienia, czy określony warunek musi spełnić każdy z wykonawców składający ofertę wspólną, dowolny wykonawca składający ofertę wspólną, czy też możliwe jest łączenie potencjałów i dany warunek musi spełnić dowolny wykonawca składający ofertę wspólną lub wykonawcy łącznie.

W opinii odwołującego uznanie przez zamawiającego, że konsorcjum ENERIS spełnia warunek udziału w postępowaniu w sytuacji gdy zamawiający nie wyjaśnił, który z konsorcjantów FAGUS/IGLICZNI/A/P. legitymuje się wymaganym doświadczeniem, naruszała zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w nieuzasadniony sposób faworyzuje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym odwołujący uznał, że zamawiający co najmniej zaniechał wezwania wykonawcy - konsorcjum ENERIS do złożenia wyjaśnień co do zakresu czynności, jakie w ramach realizacji usługi na rzecz Miasta Łodzi realizował każdy z członków konsorcjum FAGUS/IGLICZNI/A/P. .

Jeśli chodziło o zarzut podniesiony w pkt 6 odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 117 ust. 2 Pzp warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Zamawiający wymagał w rozdziale IV pkt 1.2.1.2. SWZ, by wykonawca posiadał zarówno prawomocne zezwolenie na zbieranie odpadów o kodach podanych w pkt 1.2.1.1. (20 02 01, -20 02 02, 20 02 03, 20 03 01, 20 03 03, 20 03 07, 20 03 99, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 01 80, 17 01 82, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 08 02, 17 09 04, 16 01 03, 16 01 17, 16 01 18, 16 01 19, 16 01 20, 16 01 22, 16 01 99, 16 06 04, 16 06 05, 16 80 01, 16 81 02, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 15 01 09, 15 02 03). Realizując dyspozycję art. 117 ust. 2 Pzp w rozdziale IV pkt 3 SWZ zamawiający sprecyzował, że w przypadku gdy wykonawcy będą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, warunek określony w pkt 1.2.1.2. SWZ musi spełnić każdy wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których dane uprawnienie jest wymagane. Skoro zamawiający postawił warunek w zakresie posiadania decyzji na zbieranie, to uznać należy, że jest on niezbędny na etapie realizacji usługi - w zakresie realizacji tych czynności, które obejmują postępowanie z odpadami. Składając dokumenty na wezwanie, konsorcjum ENERIS dołączyło decyzję na zbieranie wyłącznie jednego z konsorcjantów - Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. W świetle oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów ma świadczyć usługi jedynie w zakresie wynajmu koszy, wykonywania prac interwencyjnych i usuwania padłych zwierząt, zaś zezwolenie na zbieranie jest konieczne do realizacji także innych czynności objętych przedmiotem zamówienia obejmujących postępowanie z odpadami. Uznanie przez zamawiającego, że konsorcjum ENERIS spełnia warunek udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy zamawiający nie wezwał do przedłożenia decyzji na zbieranie także innych uczestników konsorcjum,

mając wiedzę o podziale zadań pomiędzy poszczególnych konsorcjantów, stanowiło w ocenie odwołującego naruszenie przepisów ustawy. Zamawiający powinien był wezwać konsorcjum ENERIS do przedłożenia zezwolenia na zbieranie także dla innych konsorcjantów, czego zaniechał. Brak przedłożenia zezwolenia na zbieranie przez innych konsorcjantów w świetle treści oświadczenia o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, z którego wynika, że każdy z członków konsorcjum podejmować ma czynności związane z wytwarzaniem odpadów, powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum ENERIS z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem szeroko pojęte usługi sprzątnięcia i każda czynność podjęta w ramach umowy, za wyjątkiem akcji zima i wynajmu koszy ulicznych, powoduje wytwarzanie odpadów. Każdy wykonawca jest równocześnie wytwórcą odpadów. W związku z powyższym każdy z wykonawców (uczestników konsorcjum) powinien spełniać warunek w zakresie posiadania decyzji dotyczących zbierania odpadów, które w ramach realizowanych przez siebie czynności sprzątnięcia wytwarza. Należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z zapisami projektu umowy oraz postanowieniami SOPZ odpady wytworzone w ramach zamówienia powinny być przekazane do recyklingu, odzysku lub unieszkodliwienia. Oznacza to, że poszczególni konsorcjanci nie mogą na etapie realizacji usługi przekazać odpadów do zbierania jednemu, wybranemu spośród nich wykonawcy, na co wskazuje oferta złożona przez konsorcjum ENERIS. Zgodnie z działem VII SOPZ - warunki realizacji przedmiotu zamówienia - Wykonawca zobowiązany jest do:

4) sukcesywnego przekazywania zebranych w ramach realizacji zamówienia odpadów o kodzie 20 03 01, do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, zgodnie z obowiązującymi przepisami;

5) opracowania i terminowego przedkładania Zamawiającemu kserokopii dokumentów potwierdzonych przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem, potwierdzających przekazanie odpadów do miejsc prowadzenia działalności w zakresie recyklingu, odzysku lub unieszkodliwienia, takich jak: Karty Przekazania Odpadów, inne dokumenty zgodnie z obowiązującymi przepisami lub oświadczenia instalacji, którym zostały przekazane odpady wytworzone w ramach realizacji usługi związanej z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy Wrocław, zawierających informacje o sposobie zagospodarowania odpadów, masie zagospodarowanych odpadów oraz miejsc zagospodarowania odpadów.

Zdaniem odwołującego, skoro zamawiający wymagał posiadania wpisu do BDO dla wytwórców odpadów i potwierdzeń w zakresie KPO, pomimo że zgodnie z ustawą wytwórca odpadów zwolniony jest z posiadania wpisu do rejestru BDO w zakresie transportu odpadów, a wytwórca odpadów komunalnych zwolniony jest z prowadzenia ewidencji odpadów, to oznacza, że dla zamawiającego bardzo istotna jest transparentność postępowania z odpadami. Jeżeli zamawiający postawił warunek posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dla każdego odpadu składającego się na przedmiot zamówienia, to oznacza, że zamawiający wymaga aby odpady powstałe w wyniku zamówienia były „zbierane” albo przynajmniej „mogły być zbierane” na podstawie posiadanych przez wykonawców decyzji. Jasno sprecyzowany zapis, iż odpady powinny być przekazywane do recyklingu, unieszkodliwienia czy odzysku nie dopuszcza przekazywania odpadów do zbierania. Zbieranie może odbyć się tylko przez wykonawcę, w dyspozycji którego znajdują się odpady. Dopuszczenie więc przekazywania odpadów pomiędzy członkami konsorcjum doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca występujący w konsorcjum byłby faworyzowany w porównaniu do wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie publiczne, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 Pzp, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu dla ostatniego zarzutu wskazanego w petitum odwołania, odwołujący wskazał, że zamawiający przewidział w rozdziale V pkt 1 SWZ, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5-10 Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający zobligowany był w okolicznościach postępowania uznać, że konsorcjum ENERIS wprowadza go w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wskazano powyżej konsorcjum ENERIS nie spełniło warunków udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się niezbędnym doświadczeniem w zakresie, o którym mowa w punkcie 1.2.2.2. rozdziału IV SWZ, tj. w zakresie zimowego utrzymania jezdni, w punkcie 1.2.2.1. rozdziału IV SWZ, tj. w zakresie mechanicznego oczyszczania i zmywania jezdni w okresie letnim, w punkcie 1.2.2.5. rozdziału IV SWZ, tj. w zakresie opróżniania koszy na odpady, ani nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.1.2. rozdziału IV SWZ, tj. nie wszyscy konsorcjanci - pomimo takiego obowiązku - posiadają prawomocne zezwolenie na zbieranie odpadów o kodach podanych w pkt 1.2.1.1. Tym samym, konsorcjum ENERIS wprowadziło zamawiającego w błąd w tym zakresie i powinno zostać

wykluczone a jego oferta odrzucona. Ponadto, konsorcjum ENERIS wprowadziło zamawiającego w błąd co do spełniania przez pojazdy wskazane w załączniku nr VD i VE warunków, o jakich mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.1.D) SWZ, co miało istotny wpływ na wybór oferty konsorcjum ENERIS jako oferty najkorzystniejszej. W przypadku gdyby konsorcjum ENERIS nie przyznano maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert „dysponowanie dodatkowymi pojazdami”, to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą - zarówno na zadaniu nr 4 - Fabryczna, jak i na zadaniu nr 5 - Psie Pole.

Tym samym, w ocenie odwołującego, konsorcjum ENERIS wprowadziło zamawiającego w błąd w tym zakresie i powinno zostać wykluczone a jego oferta odrzucona.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku, Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. z siedzibą w Łodzi, S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. z siedzibą w Łodzi, Zieleń - P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi, A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Cleanart A.D. z siedzibą we Wrocławiu oraz Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 stycznia 2022 r. zamawiający oraz wykonawca zgłaszający przystąpienie złożyli pisma procesowe wraz z załącznikami, w których przedstawili argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505

ust. 1 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie zarzutów, które nie zostały cofnięte.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku, Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. z siedzibą w Łodzi, S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. z siedzibą w Łodzi, Zieleń - P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi, A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Cleanart A. D. z siedzibą we Wrocławiu oraz Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej: „przystępującym” lub nadal: „konsorcjum ENERIS”), do udziału w postępowaniu

15

odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu niejawnym odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 3, 4 i 5 petitum odwołania. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części odnoszącej się do wycofanych zarzutów.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 stycznia 2022 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez przystępującego w tym przede wszystkim załączniki VD, VE oraz

załącznik nr XI;

- wykaz usług złożony przez przystępującego oraz poświadczenie wykonania prac z dnia 25 listopada 2021 r. wystawione przez Urząd Miasta Łodzi;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 17 grudnia 2021 r., zawierające m. in. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 4 i 5;

2) załączone do odwołania:

- pismo z dnia 23 listopada 2021 r. wraz z załącznikami;
- folder firmy Aebi S. - opis pługu;
- folder firmy Aebi S. - opis posypywarki;
- folder firmy D. - opis pługu;
- folder firmy D. - opis posypywarki;
- film - pojazd hakowiec DW 5KU20;
- film - pojazd hakowiec DW 6LS91;
- film - pojazd hakowiec DW 7MF56;
- film - pojazd hakowiec DW 7NU04;
- film - pojazd bramowiec WGM 85575;
- film - pojazd bramowiec WGM 85576;
- film - pojazd hakowiec WGM 85812;
- film - pojazd hakowiec WGM 85834;
- referencje z dnia 25 listopada 2021 r. z Wydziału Gospodarki Komunalnej UM Łódź;
- pismo z dnia 23 listopada 2021 r. z Wydziału Gospodarki Komunalnej UM Łódź;
- pismo z dnia 8 grudnia 2021 r. z Wydziału Gospodarki Komunalnej UM Łódź;
- wzór umowy - załącznik nr 4 do SWZ postępowania prowadzonego przez ZOM;

3) złożone na posiedzeniu niejawnym przez odwołującego:

- wykaz zaangażowania pojazdów o numerach rejestracyjnych DW 5KU20, DW 6LS91, DW 7MF56, DW 7NU04, WGM 85575, WGM 85576, WGM 85812, WGM 85834 w realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w Gminie Wrocław w listopadzie

2021 r.;

- opinię techniczną nr 1 (R.);
- opinię techniczną nr 2 (R.);
- ofertę techniczną Ozamet;
- korespondencję mailową ze spółką D.;
- wyciąg z SIWZ z postępowania pn.: Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2019-2022 - PÓŁNOC;
- wyciąg z SIWZ z postępowania pn.: Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2021-2024;
- dokumentację fotograficzną obejmującą 10 zdjęć;
- wyciąg z SIWZ z prowadzonych przez Ekosystem postępowań w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum;

4) złożone na posiedzeniu niejawnym przez zamawiającego:

- wydruk ze strony producenta firma S. na temat montażu pługa oraz producenta posypywarki PHOENIX Electra na temat jej montażu (dowody nr 1a i 1b);
- wydruk ogłoszenia ze strony OLX (dowód nr 2);
- dokumentację zdjęciową z filmów producentów S. i BUCHER Municipal (dowód nr 3);
- dowody rejestracyjnej oraz polecenia wydania dla pojazdów wskazanych w ofercie przez odwołującego oraz konsorcjum ENERIS, z których wynika przeznaczenie pojazdu, składane przez odwołującego w ramach przeglądu bazy przed sezonem zimowym w ramach obowiązującej obecnie umowy na sprzątanie, a przez członków konsorcjum ENERIS w ramach umowy na odbiór odpadów (dowody nr od 4 do 9);
- kwity wagowe przyjęcia odpadów w dniach 16 listopada 2020 r. i 15 grudnia 2020 r. dla pojazdu ciężarowego odwołującego zgłoszonego do realizacji prac w ramach zimowego utrzymania realizującego jednocześnie pracę na umowie na odpady (dowody nr 10 i 11);
- zdjęcie pojazdu ciężarowego odwołującego o numerach rejestracyjnych DW7K185 przystosowanego do pracy w sezonie zimowym, jednocześnie realizującym usługi w ramach umowy na odbiór odpadów (dowody nr 12 i 13);
 - 5) złożony na posiedzeniu niejawnym przez przystępującego wydruk korespondencji z poczty elektronicznej prowadzonej z przedstawicielem spółki D.;
 - 6) dowód z okazania na rozprawie przez odwołującego modeli samochodu ciężarowego oraz pługosyparki.

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez odwołującego dotyczące:

- dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z oględzin pojazdów o numerach rejestracyjnych: DW 5KU20, DW 6LS91, DW 7MF56, DW 7NU04, WGM85575, WGM85576, WGM85812, WGM85834, celem weryfikacji czy są pługosyparkami i czy spełniają wymogi, o jakich mowa w rozdziale IV SWZ pkt 1.2.3.1.D.;
- dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu maszynoznawstwa - techniki motoryzacyjnej celem ustalenia, czy pojazdy o numerach rejestracyjnych: DW 5KU20, DW 6LS91, DW 7MF56, DW 7NU04, WGM85575, WGM85576, WGM85812, WGM85834 są pługosyparkami i czy spełniają wymogi, o jakich mowa w rozdziale IV SWZ pkt 1.2.3.1.D.

Rozstrzygając o powyżej wskazanych wnioskach dowodowych Izba doszła do przekonania, że zebrany w sprawie materiał dowodowy dotyczący zarzutu odnoszącego się do kryterium „dysponowanie dodatkowymi pojazdami” był wystarczający, co umożliwiło merytoryczne rozpoznanie tego zarzutu. W dalszej kolejności skład orzekający uznał, że dowód z opinii biegłego ma szczególny charakter. Przeprowadza się go wtedy, gdy na podstawie informacji uzyskanych z innych źródeł dowodowych, takich jak np. dokumenty przedstawione przez strony, stosując zasady logiki i opierając się na doświadczeniu życiowym, bez wykorzystania ponadprzeciętnej, specjalistycznej wiedzy, nie sposób jest ustalić stanu faktycznego. Wówczas jedynie specjalista w dziedzinie, której dotyczą badane fakty, może na podstawie dostępnych informacji wyciągnąć prawidłowe wnioski, które z kolei mogą się stać podstawą rozstrzygnięcia Izby. W sytuacji, gdy bez opinii biegłego można prawidłowo ustalić stan faktyczny, dowód z opinii biegłego prowadziłyby jedynie do zwłoki w postępowaniu i byłby niedopuszczalny. W związku z tym Izba kierując się dyspozycją zawartą w art. 541 Pzp odmówiła przeprowadzenia ww. wniosków dowodowych uznając, że fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami, a ponadto ich przeprowadzenie doprowadziłoby jedynie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania przetargowego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 239 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- art. 240 ust. 2 Pzp - Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez

wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

- art. 117 Pzp - 1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.;

- art. 128 ust. 1 Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.;

- art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp - 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.;

- art. 16 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Pierwszy podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczył niezasadnego przyznania przystępującemu maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert „dysponowanie dodatkowymi pojazdami” zarówno na zadaniu nr 4 - Fabryczna, jak i na zadaniu nr 5 - Psie Pole, w sytuacji gdy pojazdy określone w załączniku VD oraz w załączniku VE nie spełniały warunków, o jakich mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.1.D) SWZ.

Jak ustaliła Izba w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „dysponowanie dodatkowymi pojazdami”, zamawiający premiował dysponowanie dodatkowymi pługosyparkami jezdniowymi lub zamiatarkami jezdniowymi lub polewarkami jezdniowymi. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XV pkt 5.2 SWZ zamawiający określił następujące zasady przyznawania punktów za dysponowanie takimi pojazdami:

- oferta, w której zaproponowano dodatkowo jedną zamiatarkę jezdniową do realizacji zadania spełniającą wymogi podane w pkt 1.2.3.1 .E) w rozdziale IV, otrzyma 1,25 punktu;
- oferta, w której zaproponowano dodatkowo jedną polewarkę jezdniową do realizacji zadania spełniającą europejski wymóg standardu emisji spalin minimum EURO VI lub będącą pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym i spełniającą wymogi podane w pkt 1.2.3.1.G) w rozdziale IV, otrzyma 1,25 punktu;
- oferta, w której zaproponowano dodatkowo jedną posypywarę jezdniową do realizacji zadania spełniającą wymogi podane w pkt 1.2.3.1.D) w rozdziale IV, otrzyma 2,5 punktu;
- w ofercie można zaproponować dodatkowo maksymalnie cztery pojazdy spośród pojazdów podanych w ppkt 2.2.1.-2.2.4. z zastrzeżeniem ust. 3 rozdziału XII SWZ;
- w tym kryterium można otrzymać maksymalnie 10 punktów.

W postanowieniu zawartym w rozdziale IV pkt 1.2.3.1.D) SWZ zamawiający wskazał co rozumie przez pojęcie „pługosyparki jezdniowej” tj. spełniającą europejski wymóg standardu emisji spalin minimum EURO VI lub będącą pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym o ładowności zasobnika do soli zraszanej minimum 4,0 Mg, posiadającą możliwość regulacji szerokości posypywania jezdni, możliwość regulacji posypywania środkami chemicznymi z wydatkiem jednostkowym od 5 do 30 g/m², a materiałami uszorstniającymi z wydatkiem jednostkowym od 60 do 150 g/m², wyposażoną w zbiornik/i na solankę oraz sprawny układ zraszania solanką, o szerokości roboczej pługa minimum 2,5 m, z lemieszem pługa wyposażonym w końcówkę gumową o równych krawędziach.

Ponadto co bardzo istotne w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający w pkt 1.2.3.1. SWZ w uwadze dopisanej w nawiasie po lit. L) wskazał, że przy czym dla pojazdów/urządzeń wymienionych w ppkt D), (czyli także dla pługosyparki jezdniowej - dopisek składu orzekającego) E), G), H) i I) dopuszcza się stosowanie sprzętu uniwersalnego; pod pojęciem sprzętu uniwersalnego Zamawiający rozumie taki sprzęt, który ma zastosowanie zarówno w sezonie zimowym, jak i w sezonie letnim. Powyższy dopisek należało potraktować jako integralną i immanentną część pkt 1.2.3.1.D), do którego odnosiło się kryterium w związku z tym w ramach kryterium powinny być punktowane pługosyparki jezdniowe w ramach, których dopuszczone zostało stosowanie sprzętu uniwersalnego, który przez zamawiającego na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego został zdefiniowany jako sprzęt, który ma zastosowanie zarówno w sezonie zimowym, jak i letnim. W zakresie zadania nr 4 i 5, konsorcjum ENERIS zaproponowało po cztery pługosyparki jezdniowe na każde zadanie, składając w tym celu stosowne oświadczenie. Ponadto przystępujący nie zaprzeczył, że przedmiotowe pojazdy są pojazdami ciężarowymi, które w sezonie letnim są wykorzystywane do realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych, jednak wyraźnie podkreślił, że wszystkie pojazdy wskazane w formularzu ofertowym wraz z posiadanym przez wykonawcę „osprzętem” spełniają (i spełniały na dzień składania ofert) definicję pługosyparki jezdniowej zawartą w SWZ.

Jak słusznie w ocenie składu orzekającego stwierdził przystępujący zarzuty zawarte w odwołaniu sformułowane były przez pryzmat tego, że pojazdy wykorzystywane są w sezonie letnim do odbioru odpadów komunalnych, co jednak należało uznać za przejaw „uniwersalności” tych pojazdów. Ze swej istoty, wygląd takiego pojazdu będzie różnił się, w zależności od nadanej mu funkcji. Cechą charakterystyczną „pojazdów uniwersalnych”, które jak ustalono powyżej zamawiający dopuścił wprost w SWZ, jest możliwość zmiany funkcji takich pojazdów, w zależności od potrzeb, poprzez uzbrojenie samochodu we właściwe oprzyrządowanie. Sam fakt, że pojazd może być wykorzystywany do odbioru odpadów komunalnych, oczywiście nie wyklucza pełnienia przez ten pojazd funkcji pługosyparki jezdniowej. Gdyby intencje zamawiającego w tym zakresie były inne, to w SWZ nie dopuściłby możliwości proponowana pojazdów uniwersalnych.

Jak ustalono powyżej zamawiający zawarł w SWZ definicję pługosyparki jezdniowej. Oznacza to, że powołane przez odwołującego dowody w postaci kart katalogowych producentów pojazdów, jak i definicje zawarte w Wikipedii czy Słowniku Języka Polskiego były nieistotne z punktu widzenia przedmiotowej sprawy i stanowiły de facto próbę stworzenia nowej definicji pługosyparki jezdniowej, wykreowanej na potrzeby postępowania odwoławczego przed Izbą, niezajdującej poparcia w postanowieniach SWZ.

Stanowiska odwołującego nie potwierdziły także złożone dowody. Z załączonych do odwołania folderów wynikało, że montaż elementów zarówno pługa i posypywarki, jest stosunkowo szybki i prosty, a elementy dostosowane są do montażu na różnych pojazdach, (w kartach katalogowych pojawiają się takie określenie jak „system montażu dostosowany do różnych pojazdów/szybki montaż i demontaż”).

Dowód złożony na posiedzeniu niejawnym w postaci wykazu zaangażowania wymienionych w nim pojazdów w realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w Gminie Wrocław w listopadzie 2021 r., okazał się nieprzydatny, ponieważ dotyczył okoliczności bezspornej, szczególnie mając na uwadze możliwość zaoferowania pojazdów uniwersalnych.

Złożone na posiedzeniu opinie nie potwierdziły stanowiska odwołującego, szczególnie mając na uwadze argumentację konsorcjum ENERIS wskazującą, że samochody, które zaoferował nie były uzbrojone w osprzęt do zimowego utrzymania, przy czym nie było takiej konieczności ani wymogu w treści SWZ. W obu opiniach autorzy nie zaprzeczyli, że zaoferowane przez przystępującego pojazdy, były uniwersalne. Na str. 6 opinii technicznej nr 1 (R.) autor używa zwrotu „przebudowa” podanego w cudzysłowie, a w dalszej kolejności nie opisał co ta przebudowa miała oznaczać. Podobnie opinia oznaczona nr 2 (R.) stwierdzała, że konieczne są zmiany konstrukcyjne pojazdu, ale nie wskazywała na czym one miałyby polegać.

Dowody określone przez odwołującego jako oferta techniczna Ozamet oraz korespondencja mailowa ze spółką D. nie referowały do sprzętu oferowanego przez przystępującego. Ponadto dowód w postaci korespondencji mailowej ze spółką D. złożony przez odwołującego Izba skonfrontowała z dowodem złożonym przez konsorcjum ENERIS na posiedzeniu. Dowód złożony przez odwołującego nie odnosił się do konkretnych pojazdów, a do ogólnej możliwości przystosowania samochodu do zimowego utrzymania dróg, natomiast dowód przedstawiony przez przystępującego odnosił się do konkretnych pojazdów i w tym kontekście złożone zostało oświadczenie przedstawiciela producenta, który wprost stwierdził, że pojazdy przedstawione przez konsorcjum ENERIS to typowe i popularne pojazdy komunalne, które są często wykorzystywane jako pługosyparki.

Dokumenty stanowiące wyciągi z innych postępowań, prowadzących przez innych zamawiających w ocenie Izby nie mogły mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Izba zwróciła w tym zakresie uwagę na stanowisko zamawiającego, który stwierdził, że informacje przedstawione przez wykonawców w ofertach zostały zweryfikowane analogicznie do wcześniejszych postępowań, a kryteria oceny ofert zostały określone w sposób jednoznaczny, zrozumiały i tożsamy dla wszystkich wykonawców, dlatego też nigdy nie były przedmiotem odwołań. Kryterium dotyczące dysponowania dodatkowymi pojazdami - pługosyparką jezdniową, odnosiło się do pojazdu realizującego oczyszczanie jezdni w technologii zimowej, tj. w sezonie zimowym, który zgodnie z SOPZ obowiązuje od 1 listopada do 31 marca. Jednocześnie przegląd sprzętu wykorzystywanego w sezonie zimowym odbywa się przed rozpoczęciem każdego sezonu zimowego. Wizja lokalna bazy sprzętowo-transportowej dokonywana jest w terminie 3 dni od zawarcia umowy, często przypada w terminie przeglądu przed sezonem letnim, wtedy sprawdzana jest także, oprócz dokumentów dotyczących pojazdów i dysponowania sprzętem, sprawność pojazdów do sezonu letniego. Wszystkie pługosyparki wymagane na danym zadaniu oraz zgłoszone jako dodatkowo punktowane, są demonstrowane podczas przeglądu przed sezonem zimowym. Jednocześnie, zgodnie z działem XVI SWZ, po wyborze oferty, przed zawarciem umowy, zamawiający weryfikuje dokumenty pojazdów, tj. dowody rejestracyjne, dokumenty potwierdzające spełnienie europejskiego wymogu standardu emisji spalin EURO VI oraz dokumenty potwierdzające dysponowanie pojazdami, zarówno co do pojazdów wskazanych przez wykonawców w załączniku nr VII, jak i nr V. Tym samym zamawiający dokładnie wyjaśnił sposób postępowania przy przyznawaniu punktacji w ramach kwestionowanego kryterium oraz zwrócił uwagę na dotychczasową praktykę. W ocenie składu orzekającego ww. dowody złożone przez odwołującego okazały się nieprzydatne na potrzeby rozstrzygnięcia, a ponadto Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w działaniu zamawiającego przy przyznawaniu punktacji w ramach kryterium „dysponowanie dodatkowymi pojazdami”.

Podobnie o uwzględnieniu odwołania nie mogły przesądzić pozostałe zaprezentowane przez odwołującego dowody w postaci: filmów złożonych wraz z odwołaniem, zdjęć złożonych na posiedzeniu niejawnym oraz modeli okazanych na rozprawie. Przedmiotowe dowody potwierdzały co najwyżej, że pojazdy zaoferowane przez przystępującego nie były wyposażone w osprzęt do sezonu zimowego lub podkreślały wizualną różnicę pomiędzy samochodem ciężarowym a pługosyparką. Zamawiający trafnie przedstawił w odpowiedzi na odwołanie zestawienia (Tabele 1 i 2) obrazujące pojazdy zgłoszone w ramach kryterium przez odwołującego i konsorcjum ENERIS, pokazujące przeznaczenie zgłoszonych pojazdów i tożsamy sposób zgłaszania pojazdów w ramach kryterium przez oba podmioty,

jako samochody ciężarowe, które zostaną dostosowane do funkcji pługosyparki.

Mając powyższe na uwadze Izba ustaliła, że w ramach kryterium „dysponowanie dodatkowymi pojazdami” zamawiający badał, czy wykonawca posiada dodatkowe pojazdy, które w sezonie zimowym będą mogły pełnić funkcję pługosyparki, stąd w formularzu ofertowym należało wskazać numer rejestracyjny pojazdu, który dodatkowo będzie realizował usługę w sezonie zimowym. Zarówno odwołujący, jaki konsorcjum ENERIS w ramach kryterium wskazali pojazdy ciężarowe. W ocenie składu orzekającego dostosowanie takiego pojazdu do pełnienia funkcji pługosyparki odbywa się za pośrednictwem systemów montażowych, gwarantujących stosunkowo szybki i łatwy montaż elementów. W związku z tym Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo dokonał weryfikacji ofert w ramach kryterium oceny ofert i przyznał punkty na takich samych zasadach wobec wszystkich wykonawców, w oparciu o oświadczenia zawarte w ofercie, a następnie przed zawarciem umowy dokonał weryfikacji dokumentów pojazdów wskazanych w ramach kryterium. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 Pzp oraz z art. 16 Pzp.

Kolejny zarzut dotyczył nieprawidłowej oceny spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia w zimowym utrzymaniu jezdni.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ wykonawca miał wykazać, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w gminach powyżej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Catoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 - Stare Miasto, zadanie nr 2 - Śródmieście, zadanie nr 3 - Krzyki, zadanie nr 4 - Fabryczna, zadanie nr 5 - Psie Pole 10/2021 6/29 Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta) w okresie jednego sezonu zimowego zamówienie polegające na zimowym utrzymaniu (mechanicznym oczyszczaniu - wymagana jest powtarzalność działań nie mniejsza niż 15-krotne powtórzenie czynności składających się na zimowe utrzymanie) jezdni i/lub jezdni wewnętrznych i/lub jezdni osiedlowych w technologii zimowej stosowanej w sezonie zimowym, polegającej na zapobieganiu występowania śliskości zimowej, likwidowaniu śliskości zimowej oraz usuwaniu śniegu, o łącznej długości lub powierzchni:

(...)

d) jeżeli oferta jest składana na zadanie nr 4 — co najmniej 74 km lub 600 000 m²,

Celem wykazania spełnienia wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu przystępujący wskazał w Wykazie usług zadanie realizowane na rzecz Miasta Łódź w okresie od 9 listopada 2020 r. do 31 marca 2021 r. Zadanie to było realizowane przez wykonawcę działającego w formule konsorcjum trzech firm, tj. R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P., S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IGLICZNA Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. i ZELEŃ - P. sp. j. Konsorcjum to jednocześnie wchodzi w skład konsorcjum przystępującego do postępowania. Należyte wykonanie usługi przez wyżej wymienionego wykonawcę potwierdzało poświadczenie wykonania prac z dnia 25 listopada 2021 r.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że w myśl postanowienia zawartego w rozdziale IV ust. 3 lit. f) SWZ: W przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie

zamówienia warunki, o których mowa: (...) w pkt 1.2.2.2. musi spełnić dowolny Wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których te zdolności są wymagane. W oparciu o to postanowienie SWZ odwołujący zarzucił, że wykonawcy, którzy wspólnie zrealizowali na rzecz Miasta Łódź zadanie polegające na utrzymaniu jezdni, nie legitymowali się doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego, stawiając tezę, że co najmniej jeden z wyżej wymienionych podmiotów musiał w całości wykazać spełnienie wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego, zarzut ten opierał się przede wszystkim na błędnej wykładni postanowienia zawartego w rozdziale IV ust. 3 lit. f) SWZ. Na potrzeby rozstrzygnięcia należało rozróżnić sytuację, w której rzeczywistość dochodzi do „sumowania” doświadczenia dwóch różnych wykonawców, zdobytego na dwóch różnych kontraktach, od sytuacji, w której jeden wykonawca, składający się z kilku przedsiębiorców (konsorcjum firm), nabywa doświadczenie w pełnym zakresie jako całe konsorcjum. Gdy zamówienie realizowane jest przez wykonawców działających w formule konsorcjum, nie ulega wątpliwości, że całe to konsorcjum (łącznie wszyscy wykonawcy tworzący to konsorcjum) może legitymować się doświadczeniem zdobytym w ramach zrealizowanego przedsięwzięcia w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazani powyżej trzej wykonawcy

w referencyjnym postępowaniu byli jednym wykonawcą, działającym wspólnie. Skoro ten sam wykonawca (ci sami trzej członkowie konsorcjum) składają ofertę na realizację kolejnego zamówienia (przedmiotowe postępowanie) i deklarują, że wspólnie będą realizować czynności, do których zdolności te były wymagane, to nie powinno budzić wątpliwości, że legitymują się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. Nie było więc tak, że w świetle postanowienia rozdziału IV ust. 3 lit. f) SWZ przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu powinien spełnić samodzielnie albo R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. albo S. P.F prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IGLICZNA Zakład Usług Ogrodniczych inż. S. P. albo ZIELEN — P. sp. j. Doświadczeniem tym mogli legitymować się ww. wykonawcy działający łącznie, bowiem w tym samym układzie realizowali usługę na rzecz Miasta Łódź i dla tamtego zamawiającego byli jednym wykonawcą. Skoro w przedmiotowym postępowaniu ci sami wykonawcy mają łącznie realizować określone czynności, to mieli prawo przypisywać sobie doświadczenie, które łącznie zdobyli.

Ponadto Izba ustaliła, że wskazana przez przystępującego długość jezdni znajdowała potwierdzenie w poświadczeniu wykonania prac z dnia 25 listopada 2021 r. wydanym przez Urząd Miasta Łodzi, a także w piśmie tego zamawiającego z dnia 23 listopada 2021 r., co wykluczało możliwość przypisania konsorcjum ENERIS próby wprowadzenia zamawiającego w błąd w tym zakresie. Dodatkowo dla zadania nr 4 zamawiający wymagał doświadczenia w realizowaniu usługi na długości łącznie 74 km jezdni, a zgodnie z wycenami samego odwołującego usługa realizowana była na długości 89,06 km jezdni w sezonie 2020/2021, co oznaczało, że warunek ten został spełniony.

Izba pominęła przy tym dowód złożony na posiedzeniu niejawnym przez odwołującego w ramach przedmiotowego zarzutu tj. wyciąg z SIWZ z prowadzonych przez Ekosystem postępowań w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum. Dowód ten dotyczył innych postępowań przetargowych prowadzonych przez zamawiającego, w których zastosował on inne postanowienia niż w przedmiotowym postępowaniu, także ww. dowód okazał się nieadekwatny.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 117 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 16 Pzp.

W zakresie zarzutu zawartego w pkt 6 petitum odwołania Izba doszła do przekonania, że opierał się on na błędnym założeniu, że każdy z wykonawców (uczestników konsorcjum) powinien spełniać warunek w zakresie posiadania decyzji dotyczących zbierania odpadów, które w ramach realizowanych przez siebie czynności sprzątania wytwarza. Ponadto odwołujący wyciągnął niewłaściwe wnioski z SWZ sądząc, że skoro warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie zezwoleniem na zbieranie odpadów, to każdy z konsorcjantów wykonujących przedmiot zamówienia (z wyjątkiem akcji zima i wynajmu koszy ulicznych), winien dysponować zezwoleniem na zbieranie odpadów. W konsekwencji na podstawie błędnych założeń odwołujący sformułował nieprawidłową konkluzję, zgodnie z którą Zamawiający powinien był wezwać konsorcjum ENERIS do przedłożenia zezwolenia na zbieranie także dla innych konsorcjantów. Inaczej rzecz ujmując, zarzut oparty został na radykalnej interpretacji SWZ i błędnej kwalifikacji prawnej czynności objętych przedmiotem zamówienia. Jak słusznie zauważył zamawiający istota błędu tkwiącego w odwołaniu sprowadzała się po prostu do tego, że ani z SWZ ani z przepisów prawa, w szczególności ustawy o odpadach, nie wynika, że czynności wskazywane przez wykonawców w oświadczeniu (załącznik nr XI - OŚWIADCZENIE WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA) wymagają dysponowania zezwoleniem na zbieranie odpadów.

W kontekście powyższego wyjaśnić bowiem należało, że podniesiony zarzut sformułowany został w oparciu o sprzeczną z SWZ, ustawą o opadach konstrukcję zezwolenia na zbieranie odpadów oraz sprzeczną z treścią SWZ interpretacją warunków udziału w postępowaniu związanych z wymogiem dysponowania takim zezwoleniem. Zezwolenie na zbieranie odpadów, które regulowane jest ustawą o odpadach, wymagane jest w związku ze zbieraniem (nie zaś wytwarzaniem odpadów), a ponadto może być wydane wyłącznie w zakresie czynności zbierania dokonywanych na ściśle oznaczonej nieruchomości. Innymi słowy, skład orzekający uznał, że samo wytwarzanie odpadów, np. w związku z usługami sprzątania, nie wymaga zezwolenia na zbieranie odpadów. Dodatkowo zezwolenie na zbieranie odpadów nie może być wydane na obszar obejmujący większy lub mniejszy teren gminy lub na jakiś rodzaj powierzchni nieruchomości (np. chodniki, drogi, place itp.). Nie ulegało więc wątpliwości, że świadczenie usług sprzątania nie stanowi samo w sobie zbierania odpadów, a co za tym idzie zamawiający nie miał obowiązku, aby wymagać od wszystkich konsorcjantów wykonujących czynności objęte przedmiotem zamówienia, wskazywanych w przywoływanym w odwołaniu Oświadczeniu, aby wykazali się dysponowaniem zezwoleniem na zbieranie odpadów.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie oczekiwał i oczekiwać nie mógł, aby każdy z

wykonawców wykonujących czynności, polegających na świadczeniu usług sprzątania (wymienionych w przywoływanym Oświadczeniu) objętych przedmiotem zamówienia i na całym terenie objętym przedmiotem zamówienia dysponował zezwoleniem na zbieranie odpadów. Wykazanie spełniania przedmiotowego warunku w zakresie takich czynności ani nie było wymagane przez zamawiającego, ani możliwe w świetle przepisów prawa, w szczególności ustawy o odpadach.

Jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący zgodnie z przepisem art. 3 pkt 34 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach pod pojęciem „zbierania odpadów” rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. Nie wiadomo więc, na jakiej podstawie odwołujący uznał, że zezwolenie na zbieranie powinni posiadać także inni konsorcjanci przystępującego? Jakie czynności przypisane przez przystępującego poszczególnym konsorcjantom w oświadczeniu składanym w trybie art. 117 ust. 4 Pzp wymagały posiadania zezwolenia na zbieranie? Na te pytania odwołujący nie odpowiedział. Odwołujący ograniczył się jedynie do przytoczenia fragmentu działu VII SPOZ, odnoszącego się do konieczności przekazywania odpadów do instalacji. W związku z tym, w ocenie składu orzekającego, przystępujący słusznie założył, że odwołujący pomylił pojęcie „zbieranie odpadów” w rozumieniu ustawy o odpadach, wymagające dysponowania zezwoleniem na zbieranie, z potocznie rozumianym „zbieraniem odpadów”.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 6 petitum odwołania.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej opisanych zarzutów, nie mógł znaleźć potwierdzenia ostatni zarzut wskazany przez odwołującego, który miał wynikowy charakter wobec wcześniejszych zarzutów. Skoro Izba uznała, że zamawiający słusznie przyznał 10 pkt ofercie konsorcjum ENERIS w ramach kryterium „dysponowania dodatkowymi pojazdami” oraz uznał spełnienie kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu to tym bardziej nie można było stwierdzić, że na podstawie okoliczności podniesionych w ramach powyższych zarzutów, niesłusznie zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie dyspozycji zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika - na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: