

WYROK
z dnia 12 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ALBA Ekoservis Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 5, 41-922 Radzionków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom** protestu/protestów z dnia 19 września 2008 r.

przy udziale przy udziale wykonawcy **Jacek Wieczorek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, 41-993 Bytom** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **ALBA Ekoservis Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 5, 41-922 Radzionków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ALBA Ekoservis Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 5, 41-922 Radzionków**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ALBA Ekoservis Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 5, 41-922 Radzionków** na rzecz **Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Izbą,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ALBA Ekoservis Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 5, 41-922 Radzionków**.

Uzasadnienie

Odwołujący ALBA Ekoservis Sp. z o.o. w Radzionkowie zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: "Zimowe utrzymanie i oczyszczanie pasów drogowych: dróg krajowych wraz z węzłami, dróg oraz ulic wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych, obiektów drogowych oraz ich pozimowe oczyszczanie." W związku z nieprawidłowym zastosowaniem przez Zamawiającego przepisów prawa, oraz wadliwą konstrukcją treści SIWZ, Odwołujący został niezasadnie pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, co narusza jego interes prawny i faktyczny.

ALBA EKOSERWIS Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu:

- Naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy PZP), poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.
- Naruszenie art. 22 ust 2 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

-Naruszenie art. 29 ust 1 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

-Naruszenie art. 36ust. 1 pkt 5 PZP poprzez brak ujęcia w SIWZ jednoznacznego i wyczerpującego opisu warunków udziału oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Naruszenie art. 36ust. 1 pkt 6 PZP poprzez brak zawarcia w treści SIWZ koniecznego wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie są wymagane do wykonania przedmiotu zamówienia, które wykonawcy mają dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając i precyzując zarzuty Odwołujący stwierdził:

I. Zamawiający w SIWZ dopuszcza składanie ofert częściowych oraz określa, że wykonawca może złożyć ofertę tylko cztery rejony, a złożenie oferty na więcej niż cztery rejony spowoduje jej odrzucenie. Zapis taki narusza art. 7 ustawy PZP, tj. zasadę uczciwej konkurencji. Taki zapis w SIWZ stanowi naruszenie interesu Wykonawców ponieważ w sytuacji w której wykonawca nie może złożyć oferty na wszystkie części zamówienia prowadzi to do ograniczenia konkurencji, ponieważ jeżeli wykonawca decyduje się złożyć ofertę na daną część zamówienia, to jednocześnie nie może konkurować z innymi wykonawcami w ubieganiu się o inne części i zostaje pozbawiony szansy uzyskania całości zamówienia.

II. W punkcie IV. 2 SIWZ Zamawiający zawarł wymóg, żeby lokalizacja baz sprzętowo-materiałowych znajdowała się w granicach miasta Bytomia lub w odległości do 10 km licząc od granicy miasta Bytomia. Wymóg ten narusza art. 22 ust 2 ustawy PZP oraz stanowi rażące naruszenie zasad konkurencji. Zamawiający tym zapisem dopuszcza się preferencji lokalnych tj. preferuje te podmioty, które posiadają bazę na terenie miasta Bytomia bądź w odległości do 10 km. Jednocześnie zamawiający nie precyzuje w jakim czasie ma być podjęta akcja, używa jedynie stwierdzenia "niezwłocznie".

III. W punkcie IV.10 SIWZ zamawiający określa, że wykonawca obowiązkowo, do 21 dni od dnia zawarcia umowy, zobowiązany jest wyposażyć pracujące w rejonie pługosolarki i pługopiaskarki w system GPS (zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w załączniku nr 25 do SIWZ) -dotyczy wyłącznie sieci strategicznej i szlaków komunikacyjnych. Dalej zamawiający wymagał, aby wykonawca udzielił zamawiającemu licencji na 1 stanowisko na korzystanie z oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę pojazdów przez okres trwania umowy, co nie jest możliwe z uwagi na fakt, że wykonawca nie jest podmiotem uprawnionym do wydawania licencji. Podmiotem takim będzie twórca oprogramowania i to on powinien udzielić zamawiającemu licencji.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut lecz li wyłącznie w aspekcie formalnym pomijając merytoryczną treść postanowień treści SIWZ oraz regulacje prawną odnoszącą się do kwestii licencji oprogramowania. Jak wynika z treści rozstrzygnięcia protestu Zamawiający zmodyfikował żądanie przeniesienia przez

Wykonawcę licencji na Zamawiającego w ten sposób że Wykonawca miał przeniesienia praw ma przekazać do użytkowania udzieloną przez producenta licencję. Modyfikacja takowa oprócz tego, że została wykonana, w praktyce nie wywołuje najmniejszej zmiany postawy Zamawiającego utrzymując i obowiązek nałożony na potencjalnego Wykonawcę jako niemożliwym do wykonania.

Jakaż bowiem różnica pomiędzy przekazaniem licencji, a przekazaniem użytkowania ALBA Ekoserwis Sp. z o.o. licencji. W kontekście regulacji oba rozwiązania są niemożliwe ze względu na fakt, iż to podmiot trzeci -producent, jest jedynie uprawniony, zarówno do udzielenia licencji jak i uprawnienia kogokolwiek do użytkowania licencji. Tym samym ewentualne wykonanie przez Wykonawcę treści SIWZ poprzez przekazanie użytkowania licencji skutkowałoby naruszeniem warunków licencyjnych, a tym samym nie wywiązanie się z wymagań SIWZ. Zarzut zgłoszony w proteście, pomimo jego uwzględnienia pozostaje więc nadal aktualny.

IV. Zamawiający w punkcie III 1.6.1 SIWZ wymaga profilaktycznego zabezpieczenia jezdni przed śliskością zimową. Zapis ten narusza art. 29 ust 1 ustawy PZP z uwagi na fakt,

ze "profilaktyczne zabezpieczenie" może być interpretowane w różny sposób. Zamawiający co prawda dalej pisze w pkt 2.2 o posypywaniu profilaktycznym jednakże nie wiadomo do końca czy tylko to wg zamawiającego zawiera się w "profilaktycznym zabezpieczeniu". W związku z powyższym zapis ten narusza art. 29 ust 1, który mówi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Ponadto nie jest sprecyzowane w jakich warunkach powinno odbywać się posypywanie profilaktyczne.

Fakt zrównania przez zamawiającego pojęć "zabezpieczenie profilaktyczne" i "posypywanie profilaktyczne" dokonane w treści rozstrzygnięcia protestu, nie realizuje obowiązku nałożonego na Zamawiającego treścią art. 29. ust.1 Pzp. Wszakże SIWZ nadal zawiera dowolne i nieostre określenie warunków, w jakich Wykonawca powinien świadczyć lub wstrzymać się ze świadczeniem usług. Ma to o tyle istotne znaczenie, że ogólne ujęcie obowiązków Wykonawcy, daje możliwość dowolnej interpretacji należytego bądź nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Nie rozwiązuje problemu wyjaśnienie Zamawiającego, iż zapobieganie śliskości ma być "skuteczne", a więc takie, które zapobiegnie powstaniu kolizji spowodowanych poślizgiem na zlodowaciałej nawierzchni. Wszakże już z samych cech umowy można wysnuć wniosek iż posiada ona cechy umowy starannego działania a nie rezultatu. Wypada więc w tym miejscu zapytać retorycznie: Czy skutek w postaci wypadku drogowego będzie jednoznacznie wskazywał na nienależyte wykonanie zobowiązania, i odwrotnie czy brak skutku w postaci zdarzenia drogowego pomimo braku wykonania zobowiązania wyłączy możliwość podniesienia zarzutu

nienależytego wykonania zobowiązania? Wątpliwości te prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż opis sposobu wykonania działań profilaktycznych poprzez realizację lub zapobieżenie wystąpieniu ewentualnego skutku działania bądź zaniechania, pozostawia istotne wątpliwości dla oceny prawidłowości działań wykonawcy a tym samym d/a sumarycznej oceny wykonania przedmiotu umowy. V.W punkcie IV.8 SIWZ zamawiający określa, że rozpoczęcie prac na jezdniach powinno nastąpić niezwłocznie po powołaniu działań czynnych. Zapis taki jest nieprecyzyjny i narusza art. 29 ust 1 ustawy PZP.

VI. Zamawiający w punkcie III 1.6.19 SIWZ pisze, że przedmiot zamówienia również ł obejmuje zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt lub ich części. Zamawiający takim zapisem naruszył art. 29 ust 1 ustawy PZP, ponieważ ALBA nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zamawiający nie określił kodu w/w odpadu tj. 02 01 82 - zwierzęta padłe i ubite z konieczności. Odwołujący dodał, że Zamawiający naruszył również art. 22 ust I ustawy.

Zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach na wykonywanie w/w działalności wykonawca powinien posiadać stosowną decyzję. Ponadto zamawiający naruszył również art. 36 ust.1 pkt 5 i 6, który mówi o tym, że specyfikacja zawiera co najmniej opis warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia ich spełnienia poprzez niewymaganie stosownych zezwoleń na prowadzenie działalności tj. zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt lub ich części. Ponadto należałoby dodać, że zamawiający w punkcie VI 2.1 i 204 wymaga posiadania przez wykonawcę decyzji starosty właściwego ze względu na miejsce siedziby lub zamieszkania posiadacza odpadów, zezwalającą na prowadzenie działalności jedynie w zakresie transportu odpadów komunalnych (o kodzie 20301 i 20303), obejmującą teren gminy Bytom. Zgodnie z katalogiem odpadów odpadami komunalnymi są odpady sklasyfikowane w grupie 20. Zamawiający wymagając takiej decyzji automatycznie wskazuje, że wykonawca musi posiadać zezwolenie tylko i wyłącznie na odpady komunalne -czyli grupę 20, nie biorąc pod uwagę w ogóle realizowania zamówienia w zakresie transportu odpadów tj. zwłok bezdomnych zwierząt lub ich części.

VII. Zamawiający w pkt VI 2.3 określił, że "wykonawca powinien wykazać, że dysponuje narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej:

a) Jedną pługosolarką o ładowności zasobnika soli zraszanej min 4,0 Mg na każde 12 km obsługiwanych jezdni,

b) Jedną pługopiaskarką zamontowaną na samochodzie ciężarowym o ciężarze całkowitym min 10Mg-na każde 24 km obsługiwanych jezdni" Dalej w pkt VI 2.6.b zamawiający wymaga również, dysponowania przez wykonawcę

"c) jedną pługopiaskarką z pługiem czołowym o ładowności zasobnika do piasku bądź soli drogowej od 3,0 do 5,0 Mg lub ciągnik rolniczy -na każde 10 km"

Tak postawiony warunek narusza art. 22 ust. 2, który narzuca na wykonawcę konieczność dysponowania potencjałem technicznym potwierdzającym spełnianie warunków w postępowaniu jednakże to Zamawiający powinien wskazać ile sprzętu ilościowo powinno być w dyspozycji wykonawcy.

W punkcie VIA SIWZ zamawiający wymaga dysponowania sprzętem oddzielnie dla każdego zadania. Nie do końca wiadomo dlaczego zamawiający sformułował taki warunek, można jedynie przypuszczać, że zamawiającemu chodziło o pewność należytego wykonania zamówienia. Jednakże nie tylko ilość i rodzaj sprzętu ma wpływ na prawidłową realizację zamówienia, ale kluczowym czynnikiem są też

zdolności organizacyjne wykonawcy. W związku z powyższym wymóg dysponowania narzędziami i urządzeniami oddzielnie dla każdego zadania jest bezzasadny.

VIII. Zapis pkt III 16.a. Odwołujący również uznał za nieprecyzyjny i narusza art. 29 ust 1 gdyż w SIWZS ze zaleca się stosowanie soli o - w miarę możliwości - jednorodnym uziarnieniu, w postaci płatków ponieważ zapewnia ona większą równomierność pokrycia drogi podczas posypywania.

IX. W punkcie III 1.6. 14 Zamawiający wymaga uprzątnięcia i pozbycia się błota, śniegu i lodu i innych zanieczyszczeń z chodników jeżeli zarząd drogi pobiera opłaty z tytułu postoju lub parkowania pojazdów samochodowych na takim chodniku (bądź w jego imieniu są pobierane opłaty). Zapis taki narusza art. 29 ust 1 ustawy PZP. Zamawiający nie precyzyjnie określił, które chodniki będą w tym przypadku przedmiotem zamówienia.

Wskazując zarzuty wniósł o:

- Nakazanie wykonania czynności Zam. poprzez modyfikację treści SIWZ, uwzględniającą zarzuty podniesione w treści niniejszego Odwołania.

ewentualnie,

- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: "Zimowe utrzymanie i oczyszczanie pasów drogowych: dróg krajowych wraz z węzłami, dróg oraz ulic wojewódzkich, powiatowych, d gminnych i wewnętrznych, obiektów drogowych oraz ich pozimowe oczyszczanie."

Zamawiający Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów wniósł oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że nie sposób podzielić argumentację z pkt I odwołania zwłaszcza świetle treści art. 83 ust. ustawy Pzp.

Wskazał, że zgodnie z przepisem ustawy wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia.

Wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia.

Uprawnienia powyższe mogą być Jednak ograniczone przez Zamawiającego, który może określić maksymalną liczbę części zamówienia. na które jeden Wykonawca może złożyć oferty częściowe. Wola ograniczenia uprawnień Wykonawcy przez określenie maksymalnej liczby części zamówienia powinna być wyrażona przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może podlegać zmianie w toku postępowania („Prawo zamówień publicznych -komentarz, pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie II, UZP Warszawa 2006, str. 222).

Jak. zostało podniesione powyżej, uprawnienie Wykonawcy w zakresie ilości ofert częściowych nie jest bezwzględne, a podlega ograniczeniu. O ile Zamawiający skorzysta z ustawowego uprawnienia w zakresie określenia ilości ofert częściowych, na które jeden wykonawca może złożyć oferty częściowe i o ile wola ograniczenia zostanie przez Zamawiającego wyrażona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak właśnie stało się w przedmiotowym postępowaniu, gdzie Zamawiający w cz. XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny określił, iż wykonawca może złożyć oferty maksymalnie na cztery rejony.

Zamawiający w granicach obowiązującego prawa, w szczególności na podstawie art. 83 ust. 3 ustawy, stanowiącego lex specialis, ograniczył liczbę części zamówienia, na które wykonawca może złożyć oferty częściowe, a ponadto kierował się ważnym interesem publicznym, jakim jest konieczność optymalizacji działań polegających na zapewnieniu zimowego utrzymania i oczyszczania pasów drogowych na odpowiednim poziomie.

Nie sposób nie podnieść kwestii dywersyfikacji ryzyka, jakie niosą za sobą usługi, będące

przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób wykluczyć w sensie teoretycznym, ale także praktycznym, że jeden wykonawca złoży najkorzystniejsze oferty w odniesieniu do wszystkich ośmiu części, na które podzielone zostało zamówienie, co oznacza że zimowe utrzymanie całego miasta spoczywać będzie na barkach tylko jednego wykonawcy. Jest to sytuacja ze wszech miar ryzykowana. Nie sposób nie zauważyć, że możliwość pojawienia się trudności organizacyjnych, która wzrasta proporcjonalnie do zwiększenia zakresu zadania, prowadzić może nawet do paraliżu całego miasta. Aby zminimalizować ryzyko wystąpienia takich sytuacji Zamawiający dokonując podziału zadania na osiem części ograniczył wykonawcom możliwość złożenia ofert częściowych wyłącznie do czterech części. Warto również zauważyć, jak stwierdził Zamawiający, że wykonawcom pozostawiono swobodę wyboru w odniesieniu do jakich zadań (rejonów) składane będą oferty częściowe, przy czym zadania te zróżnicowane są co do zakresu. Wykonawca ma również wybór, czy złożyć oferty częściowe na maksymalną ilość, czy też poprzestać na jednej, dwóch lub trzech, samodzielnie oceniając swój potencjał techniczny organizacyjny. Zwrócił też uwagę, że ograniczenie możliwości składania ofert

wyłącznie do czterech spośród ośmiu zadań, tylko pozornie oznacza ograniczenie do 50% wartości całego zamówienia, albowiem wartość czterech największych rejonów wynosi łącznie prawie 63% wartości całego zamówienia.

Podział zamówienia na części ma też na celu zapewnienie realnej kontroli nad realizacją niniejszego zamówienia, której przyświeca troska, aby usługi w zakresie zimowego utrzymania oraz oczyszczania pasów drogowych i terenów zielonych świadczone były na odpowiednim poziomie stosownie do wymagań określonych zwłaszcza w ustawie o drogach publicznych i z uwagi na zachowanie bezpieczeństwa na drogach.

Dokonując podziału Zamawiający kierował się posiadanym doświadczeniem i nie chce dopuścić do paraliżu miasta w sytuacjach krytycznych.

Zamawiający stwierdził, że w żaden sposób nie dopuszcza się preferencji lokalnych, gdyż bazę sprzętowo - materiałową na terenie miasta bądź we wskazanej odległości może zorganizować każdy Wykonawca, która wygra zorganizowany przetarg, choćby swoją siedzibę miał np. w Szczecinie. Jest to całkowicie zależne od umiejętności i zdolności organizacyjnych Wykonawcy. Określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający nie wymagał, by wykonawca posiadał taką bazę już na etapie składania ofert W niniejszym postępowaniu.

Samo postawienie niniejszego wymogu jest zdaniem Zamawiającego jak najbardziej zasadne. Zamawiający jest bowiem odpowiedzialny za sprawne i skuteczne działania podejmowane na terenie miasta Bytomia podczas prowadzenia działań związanych z jego zimowym utrzymaniem. Jednym z istotnych czynników mających zapewnić należyte wywiązywanie się z tego obowiązku jest właśnie odległość bazy wykonawcy.

Zamawiający stawiając wymóg, o którym mowa w specyfikacji, miał na celu, aby usługi zimowego utrzymania i oczyszczania świadczone były w sposób realny i z należytą starannością, a także na odpowiednim poziomie, zapewniającym osiągnięcie standardów.

Postawiony wymóg nie stanowi więc dowodu preferencji lokalnych, lecz służy uzyskaniu faktycznych

efektów z tytułu świadczonych usług, które nie byłyby należycie wykonywane, gdyby dopuszczone było tworzenie baz w odległościach większych niż 10 km. W praktyce bowiem wydłużyłby się czas dojazdu sprzętu z baz położonych dalej, tym samym osiągnięcie standardów byłoby utrudnione lub w ogóle niemożliwe do spełnienia.

Zamawiający stwierdził, że jakiegokolwiek inne określenie czasu podjęcia akcji niż "niezwłocznie", byłoby niewłaściwe. Trudno bowiem określić konkretny czas podjęcia działań. Będzie on każdorazowo zależny od wystąpienia określonych warunków pogodowych, takich jak temperatura, wilgotność, nasilenie opadów śniegu. Biorąc pod uwagę obowiązek należytego wykonywania zobowiązania przez Wykonawcę, Zamawiający stwierdził, że zastosowane określenie winno być dostatecznie czytelne i jasne dla rzetelnego

Wykonawcy.

Odwołujący potwierdził, że podmiotem uprawnionym do wydawania licencji na oprogramowanie do obsługi systemu rejestrującego prace pojazdów jest twórca oprogramowania.

Dlatego też w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Zamawiający zmodyfikował część IV pkt 10

specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalając, że wymaga, aby wykonawca przekazał mu do użytkowania udzieloną wykonawcy przez producenta (usługodawcę) licencję na 1 stanowisko na korzystanie z oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę pojazdów przez okres trwania umowy.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający uznał uwagi Odwołującego w zakresie ujednolicenia używanej w SIWZ terminologii i wyjaśnia, że pojęcia II zabezpieczenie profilaktyczne i "posypywanie profilaktyczne" są rozumiane tożsamo.

Jednocześnie Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że nie sprecyzował w jakich warunkach powinno odbywać się posypywanie profilaktyczne, W SIWZ podano bowiem, że posypywanie profilaktyczne (zapobiegawcze) powinno mieć miejsce przed wystąpieniem zjawiska śliskości zimowej na podstawie prognoz pogody GCH-M oraz bieżącej obserwacji stanów pogody, gdy zaistnieje, bądź prognozowane jest wystąpienie gołoledzi, lub przekazany zostanie przez Zamawiającego stosowny komunikat (ostrzeżenie). W SIWZ postanowiono, że posypywanie profilaktyczne należy podejmować w ramach pozostawania w gotowości, bez wezwania Zamawiającego, przed wystąpieniem określonych warunków pogodowych. Zdefiniowano również pojęcie gołoledzi oraz warunki jej występowania. Zestawienie powyższych zapisów daje odpowiedź na pytanie o czas podjęcia posypywania profilaktycznego.

Zamawiający stwierdził, że pojęcie "działań czynnych" zostało w sposób właściwy zdefiniowane w Części III pkt 1.5 ppkt 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z podaniem przykładu. Zamawiający nie podzielił również zdania Odwołującego w kwestii braku precyzji określenia „niezwłocznie”.

Zamawiający zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego w sprawie opisu przedmiotu zamówienia, w którym ujęto również w części III 1.6. pkt 19 "zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt lub ich części. Stwierdził jednak, że Pojęcie "zwłoki bezdomnych zwierząt lub ich części" należy rozpatrywać tylko i wyłącznie w kategoriach odpadów komunalnych, a zwłaszcza w zakresie odpadów z czyszczenia ulic i placów (kod 200303). Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu wskazał, że wykonawca winien posiadać aktualną na dzień składania ofert decyzję starosty właściwego ze względu na miejsce siedziby lub zamieszkania posiadacza odpadów, zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych (o kodzie 200301 i 200303), obejmującą teren Gminy Bytom. Biorąc powyższe pod uwagę uznał, że

wystarczające jest zezwolenie kodzie 200 303. i taki warunek postawiony został przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stąd zarzut odwołania o naruszeniu ustawy z dnia 27.04.2001r. o odpadach uznał za chybiony.

Pojęcie „zwłoki bezdomnych zwierząt lub ich części”, zdaniem Zamawiającego należy traktować jako inne zanieczyszczenia wynikające z ruchu kołowego i pieszego (część III pkt 17 SIWZ). Równocześnie Zamawiający wyjaśnił, że : przedmiot zamówienia nie obejmuje „zwierząt padłych i ubitych z konieczności”, wskazanych kodem 020 182, z uwagi na to, że Zamawiający (Miasto Bytom) posiada odrębną umowę na usuwanie tego typu zwierząt. Zamawiający wskazał, że w części III pkt. 2 ppkt .3 i SIWZ określono wymaganą ilość sprzętu, odnosząc ją do wielkości utrzymywanych powierzchni w konkretnych rejonach, wykazanych w załącznikach od Nr 1 do Nr 8 do specyfikacji. Wykonując proste dzielenie matematyczne można łatwo obliczyć wymaganą ilość sprzętu. Przykładowo - w rejonie I całkowita długość dróg wynosi 92,33km, natomiast wymagane jest posiadanie co najmniej jednej pługosolarki o ładowności zasobnika soli zraszanej min 4,0 MG na każde 12 km obsługiwanych jezdni. Zamawiający wskazał, że jego wykładnia treści SIWZ w tym zakresie jest poprawna , gdyż tylko to gwarantuje wykonanie umowy.

W części III pkt. 2. 3 ppkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił wymaganą ilość sprzętu odnosząc ją do wielkości utrzymywanych powierzchni, opierając się na długościach jezdni w danych rejonach, powierzchni chodników, wydajności sprzętu, szybkości jego poruszania się oraz standardach, jakie chce uzyskać w określonym czasie.

Zamawiający wywiódł dalej o absurdalności wniosku, że Wykonawca może dysponować mniejszą ilością sprzętu, niż określona przez Zamawiającego w specyfikacji.

Zamawiający zwrócił uwagę, że stosowanie soli o jednorodnym uziemieniu jest jego zaleceniem, którego nie należy rozpatrywać w kategorii wymagań lub warunków stawianych Wykonawcy.

W SIWZ określono, że "przedmiot zamówienia obejmuje (...) uprzątnięcie i pozbycie się błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników, jeżeli zarząd drogi pobiera opłaty z tytułu postoju lub parkowania pojazdów na tym chodniku (bądź w jego imieniu są pobierane opłaty) ", Do specyfikacji dołączony został Załącznik nr 24 w postaci mapy Strefy Płatnego Parkowania w Bytomiu. a zatem łatwo można ustalić lokalizację chodników na których pobierane są opłaty z tytułu parkowania pojazdów.
Wskazując powyższe, wniósł jak na wstępie.

Przystępujący, który zgłosił przystąpienie Jacka Wieczorka do postępowania toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez ALBA EKOSERWIS sp. z o.o. po stronie Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeanalizowaniu treści zarzutów protestu i odwołania, stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie, argumentacji Zamawiającego zawartej w treści rozstrzygnięcia protestu i przedstawionej na rozprawie, argumentacji Przystępującego, przeanalizowaniu treści kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznaniu, że stan faktyczny sprawy został wyjaśniony w stopniu wystarczającym do wydania rozstrzygnięcia w formie wyroku Izby, dokonał subsumcji ustalonego stanu faktycznego i odniósł dokonane ustalenie do obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy o odpadach z przepisami wykonawczymi, prawa autorskiego oraz ustawy o drogach publicznych.

W wyniku powyższego Izba uznaje, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład Izby uznał, że zarzut braku interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej przez Odwołującego, z uwagi na wysokość ceny, jest nieuzasadniony. Skład podziela utrwalony pogląd w orzecznictwie, że nawet zaoferowanie ceny wyższej od możliwości finansowych Zamawiającego, nie pozbawia prawa złożenia protestu i odwołania.

Za nieistotne do rozpatrzenia sprawy uznano również argumenty Zamawiającego, w których wskazano na konieczność wykonywania przez niego ustawowych obowiązków wynikający ch również z ustawy o drogach publicznych. Izba zna te obowiązki i ich nie kwestionuje, natomiast jej zadaniem jest ocena, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, czy nie, niezależnie od okoliczności faktycznych. De lege lata Izba nie ocenia kwestii istnienia interesu publicznego i wykonywania zadań publicznych i ewentualnych zagrożeń w wykonywaniu usług na rzecz jednostki samorządu terytorialnego i wspólnoty samorządowej. Odnosząc się do podniesionych zarzutów skład orzekający uznaje, że usługi świadczone w ramach umowy zawartej w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty stanowią umowę starannego działania, a nie rezultatu, a ewentualna odpowiedzialność cywilnoprawna stron, jest stosownie do norm prawa cywilnego, odpowiedzialnością opartą, co do zasady, na winie (por. art. 471 i n. kc). Okoliczności tej nie zmienia sposób egzekwowania ewentualnego odszkodowania, który może być zastrzeżony w formie kar umownych.

Izba nie dopatrzyła się błędu w SIWZ w zakresie wymaganego oprogramowania i sposobu jego pozyskania.

W świetle jednoznacznego brzmienia przepisu art. 83 ust. 3 ustawy pzp zarzut naruszenia art. 7 ustawy poprzez dopuszczenie złożenia oferty jedynie na cztery rejony spośród ośmiu, uznaje się za bezzasadny. Art. 83 ust. 2 ustawy stanowi, iż zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Przepis ten uzależnia podział zamówienia na części jedynie od praktycznej i technicznej możliwości takiego podziału. Ust. 3 wskazanego przepisu ustawy stanowi natomiast, że w przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych, wykonawca ma możliwość złożenia swojej oferty na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że ograniczenie w tym zakresie wprowadzi sam zamawiający, określając maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Przywołany przepis nie uzależnia możliwości wprowadzenia ograniczenia w zakresie ilości części, na które jeden wykonawca może złożyć swoją ofertę w postępowaniu, od zaistnienia jakichkolwiek okoliczności, dając w tym zakresie pewną swobodę zamawiającemu.

W ocenie składu orzekającego Izby swoboda ta nie może jednak prowadzić do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówienia publicznych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, tj.

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. W sprawie rozpatrywanej nie doszło w tym zakresie do naruszenia omawianej zasady.

Izba nie dopatrzyła się zastosowania przez Zamawiającego preferencji lokalnych, uznając, zważywszy przedmiot i okoliczności zamówienia, za usprawiedliwiające żądanie posiadania bazy sprzętowo - materiałowej na terenie miasta bądź we wskazanej od niego odległości. W warunkach gospodarki rynkowej urządzenie takiej bazy w określonym miejscu nie powinno sprawiać profesjonalnemu uczestnikowi obrotu szczególnych trudności, zwłaszcza, że takie przedsięwzięcie nie wymaga zmiany siedziby przedsiębiorcy. W tym zakresie skład podziela pogląd Zamawiającego, że jest to zależne od zdolności logistycznych Wykonawcy.

Izba uznała za poprawne określenie czasu reakcji jako „niezwłoczny” jako racjonalny, stosowany w obrocie gospodarczym w sprawach o analogicznym przedmiocie zamówienia. Nie uznaje się za ograniczające prawa wykonawców treści specyfikacji żądanie posiadania stosownych koncesji opisanych w SIWZ. W tym zakresie zarzuty odwołania w sposób nieuzasadniony zmierzają właśnie do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, zwłaszcza, że Izba uznaje za udowodnione, wobec braku zaprzeczenia, i znaczącą okoliczność posiadania przez Zamawiającego umowy z koncesjonowanym na podstawie ustawy o ochronie zwierząt, przedsiębiorcą.

Izba uznaje za poprawne stwierdzenie, że określenia „zalecenie”, „w miarę możliwości” nie stanowią powinności, lecz sugestii, której nie zrealizowanie nie odnosi negatywnego skutku dla oferenta. Również pozostałe zarzuty w zakresie braku precyzji SIWZ nie są uzasadnione w sytuacji, gdy wykonawcy są profesjonalistami świadczącymi usługi będących przedmiotem zamówienia.

Skład orzekający podziela racjonalny pogląd Zamawiającego zawarty w rozstrzygnięciu protestu, a dotyczący wymaganej liczby sprzętu do obsługi opisanych rejonów.

Ponadto jawność i dostępność informacji o strefach parkowania nie ogranicza uprawnień wykonawców, którzy dysponują załącznikiem nr 24 do SIWZ.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby nie dopatrywał się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....