Sygn. akt: KIO 7/18

WYROK

z dnia 16 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 r. przez wykonawcę J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W., ul. Wł. Łokietka 4; 41-933 Bytom, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic

i Mostów, ul. Bałtycka 8A; 41-500 Chorzów,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowanie niektórych jej postanowień w sposób wynikający z treści uzasadnienia wyroku.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Bałtycka 8A; 41-500 Chorzów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W., ul. Wł. Łokietka 4; 41-933 Bytom,

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Bałtycka 8A; 41-500 Chorzów na rzecz wykonawcy J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W., ul. Wł. Łokietka 4; 41-933 Bytom, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 7/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Zarząd Ulic i Mostów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Letnie i zimowe utrzymanie jezdni na terenie miasta Chorzowa".

Zamawiający zmodyfikował treść s.i.w.z. w zakresie zaskarżonych postanowień, oraz treść udzielonych odpowiedzi zostały opublikowane odpowiednio w dniu 21.12.2017 r. oraz 28.12.2017 r.

Dnia 2 stycznia 2018 roku wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. (dalej „Odwołujący"), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec dokonanej w dniu 21 grudnia 2017 r. modyfikacji treści s.i.w.z.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez dokonanie modyfikacji treści s.i.w.z. w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurenci i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie zmian siwz, które utrudniają odwołującemu uzyskanie zamówienia i złożenie

konkurencyjnej oferty,

- dokonanie modyfikacji s.i.w.z. w sposób sprzeczny o ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej dokonanymi na rozprawie z dnia 27.10.2017 r. oraz stanowiskiem Izby

zawartym w wyroku KIO z dnia 30.10.2017 r. sygn. akt KIO 2146/17, w tym

w szczególności poprzez modyfikację treści s.i.w.z. w zakresie warunków i kryteriów oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 91 ust 1, oraz ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie kryteriów oceny ofert co do istoty, ilości i sposobu przydziału punktów, co dodatkowo powoduje naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 Pzp.,

- art. 38 ust. 1 w związku z brakiem udzielenia jednoznacznych i wyjaśniających wątpliwości wykonawców odpowiedzi na zadane pytania.

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

1. Modyfikacji postanowień s.i.w.z. w zakresie:

1) rozdziału XIII pkt. 3.2.1 poprzez zmianę okresu w jakim należy wykazać się posiadanym doświadczeniem z okresu „5 lat" na „3 lata", oraz ujednolicenie stanowiska co do postawionego warunku mając na uwadze s.i.w.z., oraz udzielone odpowiedzi,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji w ramach kryterium oceny ofert b) i c) zgodnie z żądaniem zawartym w uzasadnieniu odwołania,

3) nakazanie udzielenia wyjaśnień poprzez dostarczenie dokumentów (map) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia co ma wpływ na dokonanie prawidłowej wyceny i realizacji przedmiotu zamówienia,

4) nakazanie dokonania zmian w treści s.i.w.z. poprzez określenie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert w zakresie posiadanych pojazdów, która to ocena musi odbywać się na etapie badania i oceny ofert przed ustaleniem rankingu ofert, a nie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej,

5) nakazanie zamawiającemu zmiany katalogu dokumentów poprzez wskazanie, że wystarczającym jest jeden z wymienionych dokumentów (odpowiedź na pytanie 13), który potwierdzi posiadany standard emisji spalin, oraz ujednolicenie postanowień s.i.w.z. w zakresie zakresu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej,

6) nakazanie usunięcia postanowień s.i.w.z. w rozdziale XXVII pkt. 7 z uwagi na dokonane zmiany w ramach kryteriów oceny ofert,

7) nakazanie zamawiającemu usunięcie obowiązku pokrywania mandatów (§ 12 ust. 3 umowy) w kontekście odpowiedzi na pytanie 7 (rozmowa telefoniczna z kierowcą pojazdu).

2. Zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż objęta niniejszym odwołaniem czynność w postaci sporządzenia s.i.w.z. uniemożliwia konkurencyjne ubieganie się o niniejsze zamówienie, a także powoduje brak pewności co do przyszłej oceny złożonej oferty, jej zakresu i sposobu realizacji w związku z brakiem udzielenia odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w treści rozdziału XIII pkt. 3.2.1. po modyfikacji określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób: „Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał łącznie lub rozdzielnie co najmniej każdą z poniżej wymienionych usług w szczególności ich liczbie: „co najmniej jedną usługę trwającą dwa sezony lub dwie usługi trwające cały sezon każda letniego utrzymania dróg lub ulic lub placów, z których każda była realizowana na powierzchni 1 000 000 m^2 lub 140 km, a których wartość nie była niższa niż 700 000 zł brutto dla każdej z usług (w trakcie sezonu) za okres nie dłuższy niż 12 miesięcy", „co najmniej jedną usługę trwającą dwa sezony lub dwie usługi trwające cały sezon każda zimowego utrzymania dróg lub ulic lub placów, z których każda była realizowana na powierzchni 1 000 000 m^2 lub 140 km, a których wartość nie była niższa niż 700 000 zł brutto dla każdej z usług (w trakcie sezonu) za okres nie dłuższy niż 12 miesięcy.". Zdaniem odwołującego zamawiający w sposób sprzeczny z obowiązującym prawem zmienił termin w jakim zamierza oceniać posiadane doświadczenie. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. - na potwierdzenie postawionych warunków w zakresie usług można żądać wykazu tych usług za okres 3 lat. Istnieje co prawda możliwość przedłużenia tego okresu o czas dłuższy, jednak w sytuacji, gdy np. w okresie 3 lat nie były zlecane podobne do przedmiotu zamówienia usługi. Usługa utrzymania czystości jest usługą stale zlecaną przez wszystkie podmioty odpowiedzialne za utrzymanie czystości na terenie własnych miast, gmin, tak więc trudno uznać, że ze względu na brak wykonywania usług o podobnym charakterze znajduje zastosowanie przepis § 5 pkt. 2 ww. rozporządzenia. Tym bardziej, że w pierwotnie ogłoszonej s.i.w.z., zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, że określając warunki w okresie 3 letnim zachowana jest konkurencyjność postępowania, a jak sam twierdził na rozprawie w dniu 27.10.2017 r. postawione warunki nie są zbyt wygórowane i nie ma żadnych przeszkód aby je spełnić.

Zamawiający nie posiadał żadnej podstawy aby dokonać zmiany warunku, który po modyfikacji stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa. Zdaniem odwołującego, okoliczność zmiany terminu oceny posiadanego doświadczenia na okres dłuży niż

wynikający z rozporządzenia, jest wyjątkiem od zasady, jako taka powinna mieć odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, w tym w szczególności powinna zostać uzasadniona przez zamawiającego na podstawie obiektywnych okoliczności znanych wszystkim wykonawcom.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji s.i.w.z. w zakresie rozdziału XIII pkt. 3.2.1 poprzez zmianę s.i.w.z. i ocenę posiadanego doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, odnosząc się do przedmiotowego zarzutu wskazał, iż regulacja prawna (§ 2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów), przewiduje, że wykaz usług lub wykonywanych przez wykonawcę powinien obejmować okres ostatnich trzech lat, a w uzasadnionych przypadkach (wyszczególnionych w przypadkach) może być krótszy. Przepis nie zabrania jednak wydłużenia okresu, za który zamawiający może przyjmować od wykonawców wykaz świadczonych usług. Wydłużenie okresu, w jakim zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, nie stoi zatem w sprzeczności z postanowieniami omawianego rozporządzenia. Zdaniem zamawiającego, interes prawny we wniesieniu odwołania ma ten wykonawca, który uważa, że warunki udziału w postępowaniu zostały przez zamawiającego ustalone w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu, a zatem w sposób nieuprawniony ograniczający krąg potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie. zamówienia. Określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób zbyt liberalny jest natomiast ryzykiem tylko i wyłącznie zamawiającego. W związku z powyższym w ocenie zamawiającego, w zakresie omawianego zarzutu odwołania, odwołujący nie posiada interesu prawnego w nakazaniu zmiany warunku poprzez skrócenie okresu, za jaki zamawiający będzie przyjmował wykazy od wykonawców.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Zgodnie z przepisem § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, okres za jaki wykonawcy zobligowani są do wykazania się stosownym doświadczeniem, został określony na maksimum 3 lata. Zgodnie natomiast z § 2 ust. 4 pkt 5 ww rozporządzenia „W celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może dopuścić, aby wykaz, o którym

mowa w ust. 4 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed

upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”.

Powyższe, zdaniem Izby oznacza, iż to zamawiający subiektywnie oceniając sytuację związaną z prowadzonym przez siebie postępowaniem, podejmuje decyzję, czy odstąpić od wymogu 3 letniego doświadczenia, wydłużając go o odpowiedni, w danych okolicznościach sprawy czas, czy pozostawić wymóg podstawowy, tzn. 3-letni. Izba nie dostrzegła w czynnościach zamawiającego naruszenia przepisów prawa oraz nie stwierdziła, że zmiana dokonana przez zamawiającego narusza zasadę równego traktowania czy uczciwej konkurencji. Dowód zgłoszony przez odwołującego pozostaje bez znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu, albowiem zestawienie warunków obowiązujących w poprzednich latach nie może być rozstrzygające dla uznania, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie mógł rozszerzyć czasookresu legitymowania się stosownym doświadczeniem.

Odwołujący podniósł również, że zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 19 (pismo z dnia 28.12.2017 r.) zmienił swoje dotychczasowe stanowisko i wprowadził w błąd odwołującego. Zamawiający na zadane pytanie „Czy dopuści w ramach warunku doświadczenie (...) wykazania się jedną umową łączną na prace w zakresie letniego i zimowego utrzymania dróg o powierzchni 1 000 000 m^2 lub 140 km o wartości nie niższej niż 1 700 000 zł brutto” - odpowiedział: „Zamawiający nie dopuszcza takiej zamiany”. Taka odpowiedź, zdaniem odwołującego, jest sprzeczna z postanowieniami s.i.w.z. i stanowiskiem zamawiającego prezentowanym na rozprawie w dniu 27.10.2017 r. na której zamawiający oświadczał, że odwołujący poprzez posiadanie doświadczenia w realizacji łącznej zimowego i letniego oczyszczania u zamawiającego nie ma trudności ze spełnieniem warunku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że wskutek zwrócenia zamawiającemu, za pomocą wniesionego przez wykonawcę odwołania, uwagi na ten fakt w dniu 8 stycznia 2018 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści s.i.w.z. w zakresie

sprostowania odpowiedzi na pytanie nr 19.

Z uwagi na okoliczność, iż Izba zgodnie z przepisem art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zamawiający dokonał stosownego sprostowania odpowiedzi zgodnie z żądaniem odwołującego, Izba zarzut ten, jako bezzsporny, pozostawiła bez rozpoznania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w rozdziale XIII pkt. 3.2.3. na skutek uwzględnienia odwołania dokonał modyfikacji warunku w zakresie realizacji zamówienia pojazdami mającymi spełniać warunki EURO 6 i EURO 5 w zakresie emisji spalin. Jednakże posiadając wiedzę, na skutek składanych dowodów na rozprawie i oświadczeń odwołującego jakie pojazdy posiada, modyfikując s.i.w.z. zamawiający stworzył nowe kryterium „emisja spalin", ustanawiając jego wagę na 30%. W złożonym poprzednio odwołaniu odwołujący zakwestionował zasadność żądania pojazdów z wymogami EURO 6 i EURO 5, wskazując m.in., że w innych postępowaniach zamawiający nie stawiał wymagań, co do spełniania normy emisji spalin EURO 6 i EURO 5, że brak jest jakichkolwiek przepisów prawa, w tym prawa lokalnego czy wytycznych ochrony środowiska zobowiązujących do poruszania po

aglomeracji Chorzowskiej jedynie pojazdami z normami emisji spalin EURO 5 i 6, a tym samym, że warunki są niezwiązane w sposób istotny z przedmiotem zamówienia. Izba w wyroku KIO 2146/17 nakazała modyfikację postanowień s.i.w.z., poprzez usunięcie z tabeli wymaganego sprzętu i urządzeń wymogów dotyczących spełniania przez sprzęt i urządzenia norm emisji salin EURO 5 i EURO 6 (warunek udziału w postępowaniu). W obliczu takiego stanowiska Izby, która w sposób jednoznaczny stwierdziła, że postawione wymogi nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie są istotne dla celu o jakim mówi zamawiający (ochrona środowiska), a przede wszystkich nie są istotne z punktu widzenia samego przedmiotu zamówienia, zamawiający poprzez wprowadzenie nowego kryterium próbuje w inny sposób wyeliminować lub utrudnić udział odwołującego w postępowaniu. W chwili obecnej normy emisji spalin zamawiający przeniósł do kryteriów oceny ofert, co powoduje, że odwołujący aby stać się konkurencyjnym dla głównego konkurenta firmy ALBA (który ujawnił się jako podmiot pozytywnie zapatrujący się na postanowienia s.i.w.z.) musi obniżyć wartość świadczenia usług o 30%. Taka bowiem jest waga kryterium „emisja spalin".

Zamawiający podniósł, iż w ustnych motywach rozstrzygnięcia wyroku z dnia 30 października 2017 r., przewodniczący składu orzekającego wskazał, że wprowadzenie wymogu posiadania przez wykonawcę do realizacji zamówienia pojazdów o normie emisji spalin EURO 5 i EURO 6 (niska norma emisji spalin) uznaje za wymóg „nadmierny" stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby postawienie takiego wymogu, jako warunku udziału w postępowaniu było niezgodne z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Jednocześnie, Izba wskazała, że sugeruje zamawiającemu rozważenie postawienia takiego wymogu, jako kryterium wyboru oferty, ponieważ w ustawie prawo zamówień publicznych, tj. w treści art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, aspekty środowiskowe zostały wprost wyszczególnione.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny. Zgodnie bowiem z przepisem art. 91 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia.

Powyższe oznacza, że zamawiający ma pełne prawo do takiego ustalania kryteriów oceny ofert, które w jego ocenie spełnią zamierzenia wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia. Aspekty środowiskowe, które wskazał ustawodawca, to w ocenie Izby, również między innymi dbałość o to, aby przedmiot zamówienia realizowany był środkami (pojazdami) jak najnowszymi lub legitymującymi się jak najwyższymi normami emisji spalin, tak aby faktyczna dbałość o ochronę środowiska znalazła swoje rzeczywiste odzwierciedlenie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 91 ust. 2c ustawy Pzp, kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że kryterium dotyczące emisji spalin dla pojazdów, które będą realizowały przedmiot zamówienia, ma bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia, albowiem to tymi pojazdami wykonawca będzie wykonywał czynności zlecane przez zamawiającego.

Na okoliczności podnoszone omawianym zarzutem, odwołujący przedstawił szereg dowodów, jednakże w ocenie Izby potwierdzają one jedynie, jakie kryteria oceny ofert ustanawiał zamawiający w poprzednich latach w tożsamych postępowaniach. Odnosząc się zaś do zestawienia prezentującego zestawienie kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu do kryteriów ustanowionych w innych postępowaniach organizowanych przez

tego samego zamawiającego, to zauważyć należy, iż zamawiający stara się w taki sposób opisywać kryteria oceny ofert, te poza cenowe, aby odpowiadały one aktualnym trendom w zakresie ochrony środowiska i ekologii. Na uwagę zasługuje tutaj bowiem istotny element, tj. ulokowanie znacznej wagi procentowej na wiek pojazdów, którymi będą świadczone usługi, premiując i to w niemałym stopniu, oferty z pojazdami jak najnowszymi. Przeniesienie wagi na aspekty środowiskowe uznać należy za prawidłowe działanie zamawiającego.

Dlatego też Izba uznała zarzut powyższy za bezzasadny.

Odwołujący podniósł również, że kolejną wadą postępowania mającą związek z kwestionowanym kryterium „emisja spalin" jest brak dokonywania oceny ofert w ramach tego kryterium na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający powiązał to kryterium z postawionym warunkiem posiadania potencjału technicznego, pojazdami przeznaczonymi do realizacji zamówienia. Skoro po modyfikacji pojazdy stały się kryterium oceny ofert to wszelkie dowody i dokumenty w oparciu, o które zamawiający przydziela punkty muszą znajdować się w ofercie, tak aby również pozostali uczestnicy postępowania mogli zweryfikować prawidłowość przydzielonych punktów. Zamawiający natomiast zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie 2 stwierdził, że deklarowany tabor będzie weryfikował na 5 dni przed podpisaniem umowy, co więcej negatywna weryfikacja będzie traktowana jak odmowa podpisania umowy. Takie działanie jest całkowicie sprzeczne z prawem, bowiem brak spełnienia elementów odnoszących się do kryterium oceny ofert nie determinuje ważności oferty, a jedynie wpływa na ranking wykonawców. Ponadto nie ma możliwości dokonywania oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej [przed podpisaniem umowy]. Ocena ofert dokonywana jest przez komisję przetargową, a wynik oceny zatwierdzany przez kierownika zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że ustawa Pzp, w brzmieniu po 28 lipca 2016 r., dzieli postępowanie w zakresie składania dokumentów przez wykonawców na dwa etapy. Pierwszy etap obejmuje dokumenty, jakie należy złożyć wraz z ofertą, drugi natomiast obejmuje dokumenty składane przez tego wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie zamawiającego. Pierwszy etap obejmuje zatem weryfikację, czy dany wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i czy spełnia warunki udziału w postępowaniu sprecyzowane przez zamawiającego w s.i.w.z. Powyższej weryfikacji zamawiający dokonuje w oparciu o złożone przez wykonawcę oświadczenia. Na tym etapie, obecnie nie ma badania oferty na podstawie dokumentów do niej załączonych, jak to miało miejsce obowiązującym uprzednio, tj. przed 28 lipca 2016 r., stanie prawnym. Weryfikacja wstępnie potwierdzonych (na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń) następuje w kolejnym etapie postępowania, tj. po ocenie, że oferta danego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą. Po dokonaniu wyboru oferty, zamawiający zwraca się do tego wykonawcy, którego oferta została wybrana o przedstawienie dokumentów na potwierdzenie złożonych oświadczeń.

W ocenie Izby, zarzut odwołującego jest zasadny. Zgodnie z treścią rozdziału XXIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w tzw. procedurze odwróconej, wynikającej z przepisu art. 24aa ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższe oznacza, że zamawiający, na podstawie złożonych ofert, w zakresie ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert, ustala ranking ofert, a następnie wykonawca, którego oferta w tym rankingu zajmuje pierwsze miejsce, podlega ocenie podmiotowej. Tym samym, stwierdzić należy, że zamawiający ustalając kryterium „emisja spalin", już na etapie złożenia oferty, w ramach tego kryterium winien żądać przedłożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów, albowiem to na ich podstawie zamawiający będzie w stanie ustalić prawidłową liczbę punktów, która ma decydujące znaczenie w ustaleniu rankingu ocenianych ofert. Przeniesienie tego badania, tj. oceny w zakresie emisji spalin oferowanych przez wykonawcę pojazdów, na etap późniejszy, tzn. po ustaleniu pozycji rankingowej, czy wręcz na etap przed podpisaniem umowy, uniemożliwia zamawiającemu dokonanie prawidłowego ustalenia, która ze złożonych ofert będzie przedstawiała najkorzystniejszy bilans wszystkich kryteriów oceny ofert. Dlatego też, w ocenie Izby, zamawiający winien dokonać modyfikacji s.i.w.z. poprzez określenie sposobu dokonywania oceny ofert w ramach tego kryterium, w tym

w szczególności określenia zakresu dokumentów, na podstawie których ocena w ramach kryterium będzie dokonywana.

Odwołujący podniósł również, że wadliwie został określony katalog dokumentów na

potwierdzenie spełniania warunków dotyczących sprzętu w ramach warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 13, o to jakimi dowodami należy się posługiwać celem udowodnienia posiadanego sprzętu wskazał 7 dowodów nakładając na wykonawcę obowiązek posiadania ich wszystkich łącznie. W związku z czym, żądanie pozostałych dokumentów (świadectwa homologacji, oświadczeń producenta deklaracji zgodności, kserokopii poprzedniego dowodu rejestracyjnego) jest żądaniem bezcelowym. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie kupuje pojazdów, a usługę oczyszczania miasta w związku z czym żądanie tych dokumentów nie służy potwierdzeniu spełniania warunków.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny. Zdaniem Izby odwołujący udowodnił, że żądanie zamawiającego wykracza poza zakres niezbędnych dokumentów, jakie zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przedłożył bowiem dowody, korespondencję e-mail prowadzoną z przedstawicielami producentów pojazdów, które posiada na swoim stanie odwołujący i którymi zamierza świadczyć usługę, z których to dowodów wynika, że żądane przez zamawiającego dokumenty, co prawda możliwe są do pozyskania, jednakże ich uzyskanie ponosi za sobą konieczność poniesienia znacznych kosztów i zaangażowania, a informacje które zostaną pozyskane przez wykonawcę nie są konieczne do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem inne dokumenty, pierwotnie wymagane przez zamawiającego, w wystarczającym stopniu mogą potwierdzać stawiany przez zamawiającego warunek. Dlatego też zamawiający winien ujednolicić zakres dokumentów niezbędnych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez zmianę katalogu dokumentów wymienionych w odpowiedzi na pytanie 13, poprzez zobowiązanie do określenia, że celem udowodnienia posiadanej przez deklarowany pojazd normy emisji spalin wystarczający jest którykolwiek z wymienionych dokumentów.

Odwołujący podniósł, że kolejnym naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz próbą manipulacji jest obniżenie wagi kryterium „posiadanie certyfikatu wdrożenia systemu zarzadzania środowiskiem" z 20% na 10%.

Odwołujący wskazał, że w pierwotnej s.i.w.z. zamawiający w sposób naruszający konkurencję, z uwagi na to, że system zarządzania środowiskiem EMAS posiada ALBA ustalił to kryterium przyznając mu wagę 20%, podczas, gdy posiadanie ISO 14001 lub

innego certyfikatu na poziomie 10%. W trakcie przeprowadzonej, poprzednio, rozprawy

odwołujący dowiódł, że normy te należy traktować w sposób identyczny i tak samo premiować wykonawców posiadających ISO jak i wykonawców posiadających EMAS. Izba nakazała zrównanie obu certyfikatów wdrożenia systemu zarzadzania środowiskiem. Zamawiający dokonując modyfikacji obniżył wagę tego kryterium o połowę, tj. do 10%.

Zdaniem Izby, zarzutu odwołującego nie sposób uznać za zasadny. Fakt, iż zamawiający po wyroku Izby, zmniejszył znaczenie tego kryterium do 10% nie oznacza, że zamawiający nierówno traktuje wykonawców. Okoliczność, którą podnosił odwołujący na rozprawie, iż w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium, zobowiązany był do uzyskania nowego certyfikatu, którego pozyskanie wymagało poniesienia odpowiednio wysokich kosztów (dowód: kserokopia certyfikatu oraz rachunki za jego uzyskanie), jest bez znaczenia, albowiem i tak odwołujący musiałby pozyskać ten nowy certyfikat, gdyż stary utracił swoją ważność. W zakresie zaś argumentacji, że Izba nakazując zrównanie ważności obu certyfikatów, utrzymała rangę ustaloną przez zamawiającego (20%), jest błędne. Izba wypowiedział się bowiem tylko w kontekście ważności tych certyfikatów, natomiast kwestia ustalenia rangi tego kryterium nadal pozostała z dyspozycji zamawiającego. W tym zakresie Izba nie dopatrzyła się wadliwości czynności zamawiającego. Dlatego też zarzut ten Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący podniósł, że wadą postępowania jest brak dokonania modyfikacji treści s.i.w.z. i postawionych wymagań w rozdziale XXVII pkt. 7 s.i.w.z. W pierwotnej s.i.w.z., gdy kryteriami ocen ofert było posiadanie systemu zarządzania środowiskiem EMAS, oraz odległość bazy, zamawiający żądał odpowiednio przedłożenia dowodów na potwierdzenie tych elementów. W chwili obecnej dokonał zmiany w ramach kryterium - nie ma obowiązku posiadania systemu EMAS, jak również nie ma znaczenia tytuł własności posiadanej bazy, a wymagania w tym zakresie pozostały. Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania modyfikacji s.i.w.z. w tym zakresie poprzez określenie katalogu dokumentów w sposób jednoznaczny i zgodny z obecnie obowiązującymi postanowieniami s.i.w.z.

Zamawiający podniósł, że w konsekwencji wyroku z dnia 30 października 2017 r.

zamawiający usunął kryteriów oceny ofert kryterium: „odległość bazy magazynowo-eksploatacyjnej od granic administracyjnych Miasta Chorzów", aspekt środowiskowy 20% (zgodnie z nakazem zamieszczonym w punkcie 1.3 wyroku). Wymóg posiadania przez wykonawcę bazy magazynowo-eksploatacyjno-sprzętowej dedykowanej do realizacji przedmiotu zamówienia, mimo modyfikacji treści s.i.w.z. pozostał jako warunek udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. W związku z powyższym, tj. w związku z faktem, że w obecnej wersji dokumentacji przetargowej, wykonawca nadal zobowiązany jest, na czas realizacji zamówienia, do dysponowania bazą, zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania tytułu prawnego do dysponowania nią.

Zdaniem Izby zarzut jest bezzasadny. Zamawiający opisał katalog dokumentów, jakich będzie żądał i w tym względzie odwołujący ma pełną wiedzę, co do wymagań zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że sprzeczna z obowiązującymi postanowieniami umowy, jest zmiana w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (pkt. 1 e). Zamawiający zmienił czas podjęcia realizacji zamówienia na 20 minut., podczas, gdy kara umowna w § 13 ust 2.23 jest za nie podjęcie reakcji w czasie 60 minut. Powyższe jest rozbieżnością, pozwalającą na dowolność stosowania postanowień w trakcie realizacji zamówienia. Ponadto ma to istotny wpływ na wycenę świadczonej usługi, wykonawca musi zatem mieć pewność czy musi zareagować w czasie 20 czy 60 minut. W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji s.i.w.z. poprzez ujednolicenie rozbieżnych postanowień.

Z uwagi na okoliczność, iż Izba zgodnie z przepisem art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zamawiający dokonał stosownego sprostowania treści s.i.w.z. zgodnie z żądaniem odwołującego, Izba zarzut ten, jako bezzsporny, pozostawiła bez rozpoznania.

Odwołujący wskazał, że celem doprecyzowania postanowień s.i.w.z., w tym w szczególności zakresu świadczonych usług, co ma bezpośredni wpływ na dokonywane kalkulacje ceny ofertowej, zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie szczegółowych informacji, co należy rozumieć pod określonymi pojęciami, lub o przekazanie szczegółowych danych dotyczących obszarów objętych przedmiotem zamówienia (chodzi w tym przypadku o pytanie i odpowiedź nr 6.1; 6.2; 3.6, 76-78). Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytania stwierdził, że szczegółowe wykazy zostały załączone do s.i.w.z., co w ocenie odwołującego nie jest prawdą. Zamawiający nie wskazuje również miejsca gdzie one się znajdują. Odwołujący podkreślił, że takie informacje nie zostały przekazane wykonawcom, a zamawiający nie odniósł się do zadanych pytań, nie wyjaśnił wątpliwości wykonawców a przytoczył fragmenty s.i.w.z. dokładnie te same, które budziły wątpliwości. Takie udzielenie odpowiedzi na zadane pytanie nie jest wypełnieniem obowiązków wynikających z art. 38 pzp. Instytucja zadania pytań jest stworzona po to, aby wyjaśnić wszelkie wątpliwości, w danym postępowaniu, zaś zamawiający całkowicie ignoruje wątpliwości wykonawców udzielając odpowiedzi lakonicznie, niezgodnie ze stanem faktycznym lub nie na temat. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na zadane pytania i nakazanie przekazania wszelkich informacji niezbędnych dla oszacowania przedmiotu zamówienia, ale również niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu przyszłej umowy.

Zamawiający podniósł, że do s.i.w.z. załączył wykazy ulic do poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia. W wykazach zostały podane takie dane, jak kategoria danej drogi, jej przebieg, długość, powierzchnia całkowita jezdni, powierzchnia całkowita czyszczenia mechanicznego jezdni, standard drogi (dla zimowego utrzymania). W ocenie zamawiającego przedmiot zamówienia oraz jego zakres zostały opisane dokładnie i jednoznacznie. Zamawiający dodał, że analogiczne zamówienia do stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania odwołujący realizował na rzecz zamawiającego w latach ubiegłych (umowy 2025 r. i 2016 r.). W związku z powyższym, trudno uznać za uzasadnione twierdzenia odwołującego w tym zakresie, w jakim twierdzi on, że przedmiot zamówienia czy jego zakres budzi jego wątpliwości. Ponadto zamawiający wskazał, że żaden z pozostałych wykonawców nie domagał się do zamawiającego przedstawienia map kartograficznych celem wyjaśnienia wątpliwości dotyczących zakresu przedmiotowego usługi.

Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny. Okoliczność powyższą Izba ustaliła

na podstawie dowodów złożonych przez odwołującego, tj. wyciągu z załączników nr 5 i 6 - stanowiących wykaz ulic, z których to załączników jednoznacznie wynika, że zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, a co najważniejsze -

jednoznaczny. Określenia, którymi posłużył się zamawiający nie dają pewności, co do faktycznego zakresu przedmiotu usługi oraz w zakresie powierzchni. Jako przykład można powołać brzmienie wiersza 2, 3 czy 4 załącznika nr 5 - drogi wewnętrzne, gdzie zamawiający podał, cyt. „droga od ul. Katowickiej", „droga od ul. Chorzowskiej (w Bytomiu)", „droga od ulicy Krakowskiej". Tym samym de facto odwołujący nie wie jaki zakres usługi wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia. Podobnie, jeżeli chodzi o powierzchnię. W załączniku nr 5 dotyczącym wykazu ulic zamawiający podaje na drogi wewnętrzne powierzchnię 27 112,40 m^2, natomiast w złączniku nr 5 - drogi wewnętrzne, zamawiający podaje powierzchnię 33 871,40 m^2. Konieczne jest tym samym jednoznaczne określenie przez zamawiającego zarówno powierzchni świadczonej usługi oraz precyzyjne określenie przedmiotu usługi. Nie bez znaczenia pozostaje tutaj również fakt, że zamawiający określił charakter wynagrodzenia jako ryczałtowy, co oznacza, że tym bardziej wykonawca musi znać precyzyjnie zakres robót, odmiennie niż to miało miejsce w latach poprzednich, gdzie obowiązywało wynagrodzenie kosztorysowe, tzn. zapłata za faktycznie wykonane prace. Bez znaczenia, w ocenie Izby, jest okoliczność podnoszona przez zamawiającego, że odwołujący powinien znać zakres robót, bo w latach poprzednich świadczył tożsamą usługę na rzez zamawiającego, albowiem, to nie doświadczeniu wykonawcy ma opierać się wycena oferty, a na szczegółowym i dokładnym opisie przedmiotu tego zamówienia przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł również, że w udzielonych w piśmie z dnia 28.12.2017 r. odpowiedziach szczególnie należy zakwestionować odpowiedzi na pytania, już wyżej wymienione, ale również na pytania 14-18. W tych pytaniach Wykonawca chciał rozwiać wszelkie wątpliwości dotyczące przeprowadzonych kontroli, ma to istotne znaczenie z punktu widzenia zasad bezpieczeństwa w zakładzie i obowiązujących przepisów BHP - odpowiedź zamawiającego „Przedmiotem zamówienia nie jest organizacja imprezy" - wskazuje na całkowitą ignorancję obowiązków prawnych jakie na niego nakłada ustawa Pzp. W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie udzielenia odpowiedzi na zadane pytania i doprecyzowanie w jaki sposób odbywać się będzie wizja na ternie zakładu pracy wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest przez cały okres trwania umowy, tj. 24 miesiące od daty jej zawarcia, posiadania zadeklarowanego, sprawnego technicznie sprzętu. Zamawiający musi posiadać uprawnienie do weryfikacji sprawności technicznej zadeklarowanego do wykonywania umowy sprzętu na każdym etapie realizacji umowy, tj. nie tylko momencie jej zawarcia. W tym celu musi posiadać możliwość sprawdzenia sprzętu w razie powzięcia wątpliwości, co do jego kompletności, stanu czy wyposażenia. Kontrola, która może zostać przeprowadzona przez zamawiającego na terenie bazy magazynowo-eksploatacyjno-sprzętowej (której obowiązek posiadania przez wykonawcę został przez zamawiającego wskazany w tabeli nr 2 punktu 3.2.3 rozdziału XIII s.i.w.z.) nie będzie generowała żadnych dodatkowych kosztów.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny. Jak słusznie bowiem wskazał zamawiający, przysługuje mu uprawnienie do przeprowadzania inspekcji w każdym przypadku, gdy zajdzie ku temu potrzeba, a okoliczności stanowiące jej podstawę będą wskazywały na ewentualne naruszenie warunków umowy wiążącej obie strony. Zdaniem Izby odwołujący niejako na wyrost doszukuje się wątpliwości w zakresie uprawnienia zamawiającego, co wydaje się działaniem bezzasadnym. Nadto treść pytań, jakie zadał odwołujący zamawiającemu wskazuje na ich lekceważący charakter, daleki od merytorycznego problemu poruszanych kwestii. Zdaniem Izby, jeżeli zamawiający wyrazi chęć przeprowadzenia inspekcji, to na odwołującym spoczywają wszelkie obowiązki, aby taka inspekcja przebiegła w zgodzie z obowiązującymi przepisami oraz podpisana umową.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wyjaśniając wymóg podania numerów telefonów do osób kierujących pojazdami (pytanie nr 7) stwierdził, że wymóg ten jest niezbędny dla sprawniejszej realizacji usługi. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji s.i.w.z. poprzez odstąpienie od wymogu podania numerów telefonów operatorów z uwagi na brzmienie § 12 ust. 2 umowy i nałożenie na wykonawcę obowiązku pokrywania wszelkich mandatów. Zamawiający udzielając odpowiedzi po pierwsze nie wyjaśnił na czym ma polegać owa sprawniejsza realizacja usługi, analiza wszystkich postanowień prowadzi jednak do wniosku, że konieczności pokrywania mandatów przy jednoczesnym przyczynieniu się zamawiającego (rozmowa telefoniczna kierowcy prowadzącego pojazd) nie może obciążać Wykonawcy. Tym samym zamawiający winien zmodyfikować s.i.w.z. poprzez dookreślenie, że przyczynienie się do nałożenia mandatu zwalnia wykonawcę z jego zapłaty.

Zamawiający wskazał natomiast, iż harmonijną współpracę stron determinuje nie tylko treść zawartej w wyniku przeprowadzenie postępowania umowy, ale także codzienna, sprawna komunikacja przy jej realizowaniu. Jedną z cech usług stanowiących przedmiot zamówienia jest ich nieprzewidywalność. Prognozy meteorologiczne, które w głównej mierze

determinują konieczność zrealizowania przez wykonawcę czynności w ramach umowy, obarczone są dużym ryzykiem błędu i nigdy nie ma pewności co do zjawisk w nich przewidzianych. Przedmiot zamówienia obejmuje również usuwanie skutków zdarzeń losowych, takich jak wypadki, rozlanie się niebezpiecznych substancji, itp. Ponieważ zakresu czynności, które zmuszony będzie zrealizować w ramach wykonawca nie da się przewidzieć, niezwykle istotna jest sprawna komunikacja pomiędzy stronami. W ocenie zamawiającego, pozwala ona skrócić czas przystąpienia do działania.

Zdaniem Izby, zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny. Izba nie rozumie przyczyn, dla których odwołujący miałby ograniczać swoją dostępność, poprzez nie udzielenie informacji, których wymaga zamawiający. Wskazać bowiem należy na cel zawieranej umowy, tym bardziej, że jest to cel społeczny, realizowany przez gminę dla jej mieszkańców. Nie dziwi zatem, że zamawiający chciałby mieć zagwarantowaną pełną dostępność do osób, realizujących jej (umowy) postanowienia. Samo podanie przez wykonawcę rzeczonych numerów nie oznacza jeszcze, że zamawiający z tego sposobu komunikacji będzie korzystał. Izba nie dopatrzyła się naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: .....