

Sygn. akt: KIO 1951/12

Sygn. akt: KIO 1953/12

WYROK

z dnia 24 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2012 r. w Warszawie - skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2012 r. do łącznego rozpoznania - odwołań wniesionych:

1. w dniu 14 września 2012 r. przez wykonawcę **ALBA Południe Polska Sp. z o.o., 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Starocmentarna 2**
2. w dniu 14 września 2012 r. przez wykonawcę **Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41 – 909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Tychy - Miejski Zarząd Ulic i Mostów, 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 59**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41 – 909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1951/12 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **SANIT-TRANS Sp. z o.o., 43 – 392 Międzyrzecze Górne, Międzyrzecze Górne 383** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1953/12 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Tychy - Miejski Zarząd Ulic i Mostów, 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 59** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **ALBA Południe Polska Sp. z o.o., 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Starocmentarna 2** i **Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41 – 909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Gminy Miasta Tychy - Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów, 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 59** kwotę **37 695 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **ALBA Południe Polska Sp. z o.o., 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Starocmentarna 2** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

B. kwotę **19 095 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41 – 909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), 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 1951/12

Sygn. akt KIO 1953/12

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

Zamawiający: Gmina Miasto Tychy - Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59 43-100 Tychy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczenie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2012/2013, 2013/2014, 2014/2015.”.

W dniu 5 września 2012r. ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jako: PL-Tychy: Usługi odśnieżania 2012/S 170-281645 i w tym samym dniu Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ, została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1951/12

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: ALBA Południe Polska Sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza w dniu 14 września 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie:

1. wadliwego określenia warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia;
2. nieuzasadnionego zastrzeżenia, że całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom;
3. niezgodnego z obowiązującymi przepisami prawa oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 j.t. z późniejszymi zmianami), zwanej dalej także „ustawą Pzp”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a to przez nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a to przez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - niezbędnej wiedzy i doświadczenia, w sposób niezwiązany z przedmiotem

zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;

3. art. 36 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a to przez nieuzasadnione zastrzeżenia, że całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom, podczas gdy specyfika przedmiotu zamówienia nie wyklucza udziału podwykonawców w realizacji umowy;

4. art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2009.226.1817), zwanym dalej „Rozporządzeniem”, poprzez wadliwe sformułowanie projektu oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Odwołujący przy tym wnosił o uwzględnienie Odwołania poprzez:

1. dokonanie zmiany treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, w sposób wskazany w dalszej części odwołania,

2. zmianę treści SIWZ i dopuszczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia,

3. sformułowanie prawidłowej, zgodnej z obowiązującym brzmieniem przepisu art. 24 ust. 1 ustawy Pzp treści oświadczenia wykonawców o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarówno w ogłoszeniu (pkt III.2.3) jak i w SIWZ (ust. 3) opisał warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia w następujący sposób:

„a). udokumentowanie wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, tzn. usług polegających na:

1. zimowym utrzymaniu dróg krajowych lub wojewódzkich o długości dróg jednokrotnego odśnieżania minimum 30 km w każdym z 3 sezonów zimowych oraz zimowym utrzymaniu dróg powiatowych o długości dróg jednokrotnego odśnieżania minimum 80 km w każdym z 3 sezonów zimowych. Łączna wartość usług nie powinna być niższa niż 4.000.000 PLN

2. zimowym utrzymaniu dróg gminnych o długości dróg jednokrotnego odśnieżania minimum 140 km w każdym z 3 sezonów zimowych. Łączna wartość usług nie powinna być niższa niż 3.000.000 PLN

3. mechanicznym zmiataniu dróg i ulic w okresie 1 sezonu o łącznej powierzchni co najmniej 1.000.000 m², mechanicznym zmiataniu chodników lub ścieżek rowerowych lub dróg lub parkingów lub placów w okresie 1 sezonu o łącznej powierzchni co najmniej 200 000 m², opróżnianiu koszy w ilości minimum 200 szt. w okresie 1 sezonu z częstotliwością minimum 3 razy w tygodniu, dyżurowanie i zbieranie padłych zwierząt w okresie 1 sezonu na terenie miasta o powierzchni co najmniej 40 km². Łączna wartość usług nie powinna być niższa niż 1.000.000 PLN

Z pkt 1-2 wymaganego doświadczenia zawodowego jedna z usług winna być realizowana w sposób ciągły w ramach jednej umowy.”

W ocenie Odwołującego powyższy opis warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, został dokonany z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, iż Zamawiający wymaga od wykonawców, aby ci wykazali się doświadczeniem w zakresie usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, wykonanych w każdym z trzech sezonów zimowych poprzedzających termin składania ofert, co stanowi ograniczenie konkurencji i utrudnianie dostępu do zamówienia, bowiem z § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia, wynika, iż wykonawcy mogą posilkować się doświadczeniem, które w określonych ramach czasowych - trzech lat przed upływem terminu składania ofert, nie może być dodatkowo limitowane.

Zdaniem Odwołującego pozostawienie dotychczasowej treści opisu warunku wiedzy i doświadczenia, uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy przykładowo:

- rozpoczęli działalność gospodarczą w roku 2010 i dotychczas świadczyli usługi w dwóch sezonach zimowych,
- w sezonie zimowym 2011/2012 jednocześnie wykonywali kilka usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, co oznacza, iż wykonawcy posiadający wiedzę i doświadczenie konieczną, a jednocześnie wystarczającą dla wykonania przedmiotowego zamówienia, nie będą mogli skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Według Odwołującego, brak jest racjonalnych argumentów popierających żądanie Zamawiającego w przedmiocie wykazania się doświadczeniem w każdym z ostatnich trzech sezonów zimowych, a tak skonstruowany warunek uznać należy za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Gwarancję prawidłowej realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu, zawartej na okres trzech lat, zapewni – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego - wykonawca, który

posiadać będzie doświadczenie w realizacji usług podobnych do przedmiotu zamówienia, odpowiadających np. jego zakresowi, wartości, ilości wymaganego sprzętu i będzie mógł wykazać, iż już np. dwukrotnie wykonywał takie usługi.

Twierdził, że wymóg wykazania się tym doświadczeniem w każdym z poprzednich sezonów jest sztuczny i nie będzie miał wymiernych korzyści dla realizacji zamówienia, a wręcz odwrotnie, będzie skutkował ograniczeniem konkurencji w postępowaniu.

Podkreślił, iż wykonawcy są uprawnieni do wykazywania swojej wiedzy i swego doświadczenia nabytych w ostatnich trzech latach poprzedzających termin składania ofert, a działanie Zamawiającego nie może tego uprawnienia ograniczać.

Odwołujący wnosił o zmianę treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia poprzez nakazanie Zamawiającemu wykreślenia każdorazowo zapisu „w każdym z 3 sezonów zimowych” przy jednoczesnym doprecyzowaniu ilości usług (proponycja: 3 usługi), których należyte wykonanie bądź wykonywanie poświadczą będą mieli wykonawcy.

Zarzucił również Zamawiającemu, iż kreowanie odrębnych warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, odpowiednio dla dróg krajowych lub wojewódzkich, powiatowych i gminnych nie ma żadnego uzasadnienia i zmierza jedynie do ograniczenia wykonawcom dostępu do realizacji zamówienia.

Przekonywał, że odpowiednie dla realizacji przedmiotowego zamówienia wiedza i doświadczenie wykonawcy nie są związane z przynależnością dróg, na których były świadczone usługi, a kwestia odpowiednich standardów utrzymania dróg zarządzanych przez Zamawiającego winna znaleźć swoje odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia, a nie w treści warunków.

Tak określony warunek traktował za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przykładowo wskazał, że wykonawca, który posiada doświadczenie w usługach świadczonych na drogach krajowych, będzie mógł należycie wykonać usługę obejmującą drogi gminne.

Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji warunku wiedzy i doświadczenia i ukształtowania go w oderwaniu od podziału dróg na krajowe, wojewódzkie, powiatowe i gminne.

Uznał także za nieuprawnione żądanie Zamawiającego w brzmieniu: „Z pkt 1-2 wymaganego doświadczenia zawodowego jedna z usług winna być realizowana w sposób ciągły w ramach jednej umowy.”.

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie zmierza do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym podkreślił, iż przywołane postanowienie odnosi się wyłącznie do części przedmiotu zamówienia, tj. zimowego utrzymania dróg, bowiem usługą mającą za przedmiot zimowe utrzymanie dróg jest usługą sezonową, a nie całoroczną, a tym samym nie można uznać jej za usługę o charakterze ciągłym, jest to, bowiem usługa świadczona okresowo (oczywistym jest, iż w Polsce okresy zimowe nie następują bezpośrednio po sobie).

Nie zgodził się także z Zamawiającym, aby jedna z usług była realizowana w ramach jednej umowy, z tego powodu, że okoliczność czy wykonawca nabył doświadczenie w jednej umowie, czy w kilku następujących po sobie umowach z jednym zamawiającym, nie ma istotnej wagi.

Odwołujący wobec tego wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia spornego postanowienia z treści ogłoszenia i SIWZ.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, iż ten dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a to przez wykluczenie udziału podwykonawców z całości zamówienia, bowiem z treści przepisu art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, wywieść należy zasadę udziału podwykonawców w realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił, iż na gruncie postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego brak jest „uzasadnionych okoliczności”, które uprawniałyby do wprowadzenia ograniczenia w zakresie podwykonawstwa, ponieważ przedmiot zamówienia może być z powodzeniem realizowany przy udziale podwykonawców.

Z powyższych względów, Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia z SIWZ postanowienia ograniczającego udział podwykonawców w realizacji

zamówienia.

Ostatecznie Odwołujący zarzucił, iż załącznik nr 10 do SIWZ, stanowiący wzór oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, jest nieprawidłowy i nie odpowiada treści art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym, bowiem nie uwzględnia przesłanek wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a, 10 i 11 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu, aby ten dostosował treść oświadczenia do aktualnego brzmienia art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 20 września 2012r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca: EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o.

Sygn. akt KIO 1953/12

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom w dniu 14 września 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców,
- 2) naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniający uczciwą konkurencję,
- 3) naruszenie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego opisywanym,
- 4) naruszenie art. VI Załącznika nr 4 Porozumienia w sprawie zamówień publicznych (Dz. U. WE z 23 grudnia 1994 roku, L 336/273), poprzez określenie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie „Opróżniania koszy ulicznych oraz wywozu i zagospodarowania odpadów” wyłącznie w oparciu o treść Rozporządzeniem (WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001 roku.

Odwołujący zakwestionował postanowienia pkt. 1.5 SIWZ w brzmieniu: „Opróżniania koszy ulicznych oraz wywóz i zagospodarowanie odpadów winno nastąpić zgodnie z właściwymi procedurami zarządzania środowiskowego, zgodnie z Rozporządzeniem (WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001r. zatwierdzonymi przez

uprawniony organ administracji publicznej, poświadczającymi, że działalność wykonywana w tym zakresie jest zgodna z wymaganiami prawa.”.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ poprzez wprowadzenie modyfikacji poprzez zmianę Opisu przedmiotu zamówienia określonego w pkt 1 ust. 1 tiret 2 SIWZ i nadanie mu brzmienia:

- „dwukrotne opróżnienie 66 szt. koszy ulicznych i uporządkowanie terenu wokół koszy codziennie do godz. 7 rano oraz do godz. 15⁰⁰, Wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia środki zarządzania środowiskowego w postaci polityki ekologicznej, planowania i programowania środowiskowego, informacji ekologicznej oraz realizuje określone normami prawa europejskiego i implementującymi je w kraju przepisami prawa krajowego i lokalnego cele dotyczące określonego postępowania środowiskowego z odpadami. W szczególności Wykonawca zapewni odbiór odpadów z koszy ulicznych oraz dalsze zagospodarowanie z uwzględnieniem ich segregacji na linii technologicznej. Celem procesu segregacji ma być minimalizacja ilości odpadów przekazywanych do składowania. Docelowym efektem procesu sortowania odpadów ma być wydzielenie opakowań typu PET z podziałem na frakcje kolorów oraz opakowań szklanych.”.

W ocenie Odwołującego określony przez Zamawiającego w treści SIWZ opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, a także świadczy o prowadzeniu przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, poprzez opis przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego opisywanym.

Wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w pkt 1.5 SIWZ, zgodnie z pkt 3 ppkt 5.a tiret 2 SIWZ, wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobowiązany jest złożyć, wraz z ofertą, zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Jako alternatywę Zamawiający dopuścił możliwość złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą zamiast ww. zaświadczenia, równoważnego zaświadczenia wystawionego przez

podmiot mający siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub inny równoważny dokument potwierdzający stosowanie przez wykonawców stosowania równoważnych środków zarządzania środowiskiem.

Natomiast zauważył, że stosownie do postanowień pkt 1.5 SIWZ realizacja usługi opróżniania koszy ulicznych oraz wywozu i zagospodarowania odpadów powinna nastąpić zgodnie z właściwymi procedurami zarządzania środowiskowego, zgodnie z Rozporządzeniem (WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001 roku zatwierdzonymi przez uprawniony organ administracji publicznej, poświadczającymi, że działalność wykonywana w tym zakresie jest zgodna z wymaganiami prawa.

Tym samym Zamawiający w pkt 3 ppkt 5.a tiret 2 SIWZ – według Odwołującego - określił, iż realizacja usługi określonej w pkt. 1.5 SIWZ powinna nastąpić zgodnie z systemem zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub równoważnym, podczas gdy w pkt 1.5 określił wymóg, iż realizacja usługi określonej w pkt. 1.5 SIWZ winna nastąpić zgodnie z właściwymi procedurami zarządzania środowiskowego, zgodnie z Rozporządzeniem (WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001r. zatwierdzonymi przez uprawniony organ administracji publicznej, poświadczającymi, że działalność wykonywana w tym zakresie jest zgodna z wymaganiami prawa.

Zwrócił uwagę, że z jednej strony przy realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuszcza stosowanie przez Wykonawcę systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub równoważnego, z drugiej zaś strony w opisie przedmiotu zamówienia (pkt. 1.5) Zamawiający wymaga ażeby usługa opróżniania koszy ulicznych oraz wywozu i zagospodarowania odpadów została zrealizowana wyłącznie zgodnie z Rozporządzeniem (WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001 r., przy czym przedmiotowe Rozporządzenie (WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001 roku określa normy dopuszczające dobrowolny udział organizacji w systemie zarządzania środowiskiem i audytu środowiskowego we Wspólnocie (EMAS).

W ocenie Odwołującego pomimo określenia przez Zamawiającego, iż warunkiem udziału Wykonawcy w postępowaniu jest wykazanie się zaświadczeniem o wdrożeniu i stosowaniu systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub innego równoważnego systemu zarządzania środowiskiem, *de facto* Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji przedmiotu zamówienia wyłącznie przez Wykonawców dysponujących zaświadczeniem o wdrożeniu i stosowaniu systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS).

Odwołujący stoi na stanowisku, że nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę legitymującego się innym równoważnym do EMAS systemem zarządzania środowiskiem, albowiem pomimo spełnienia przez takiego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, sama realizacja usługi wymagana jest w formule zgodnej wyłącznie z EMAS, z tego powodu, że Zamawiający wymaga, ażeby czynności określone w pkt 1.5 SIWZ były zrealizowane zgodnie z Rozporządzeniem (WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001 roku, który określa procedury zarządzania środowiskowego wymagane w ramach certyfikacji EMAS, a więc wyłącznie zgodnie z EMAS bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowa konstrukcja SIWZ nakazująca realizację przedmiotu zamówienia wyłącznie w oparciu o system zarządzania środowiskiem EMAS stanowi opis przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego opisywanym.

W ocenie Odwołującego czynność taka ponadto w sposób obiektywny rażąco ogranicza uczciwą konkurencję i stanowi jednoznaczny przejaw nierównego traktowania Wykonawców, a dopuszczalność stosowania przez potencjalnych wykonawców rozwiązań równoważnych jest jedną z podstawowych zasad określających sposób opisu przez Zamawiających przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo wskazał, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób nakazujący realizację usługi wyłącznie zgodnie z systemem EMAS, nie dopuścił możliwości stosowania przez Wykonawców przy realizacji zamówienia rozwiązań równoważnych.

Reasumując podkreślił, iż jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia poprzez opis przedmiotu zamówienia musi być uzasadnione w sposób obiektywny, wynikający z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego mających swoje źródło w zakresie przedmiotowym zamówienia, jego trudności i przyjętych w przepisach prawa lub ustalonych zwyczajach wymaganiach dla podmiotów wykonujących tego rodzaju czynności lub prowadzących tego rodzaju działalność. Brak sformułowania w opisie przedmiotu zamówienia możliwości stosowania przez Wykonawców rozwiązań równoważnych nie tylko narusza regulację ustawy Pzp jednoznacznie nakazującą w tym zakresie dopuszczalność stosowania rozwiązań równoważnych, ale też stanowi jednoznaczny przejaw działania Zamawiającego ograniczającego uczciwą konkurencję.

Twierdził, że Zamawiający opisując w ten sposób przedmiot zamówienia ogranicza krąg podmiotów zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia do minimum. W ten sposób

zamawiający pozbawia się możliwości uzyskania najkorzystniejszej cenowo oferty złożonej przez Wykonawcę w warunkach uczciwej konkurencji.

W dniu 20 września 2012r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca: Sanit – Trans Sp. z o.o.

Sygn. akt: KIO 1951/12

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem podlegało ono rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas, której Odwołujący i Przystępujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający uwzględnił zgłoszone zarzuty odwołania, z wyjątkiem tego zarzutu, który dotyczył sformułowań o utrzymaniu dróg krajowych lub wojewódzkich, dróg powiatowych i dróg gminnych.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.7 ust.1, art.22 pkt.2 w związku z art.22 ust.4, art.24 ust.1 w związku z art.26 ust.2a, art. 36 ust.5 ustawy Pzp ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2009.226.1817).

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający sporządził SIWZ w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Z powodu uwzględnienia na rozprawie przez Zamawiającego większości zgłoszonych przez Odwołującego zarzutów oraz przyznania przez Zamawiającego okoliczności

podniesionych w odwołaniu należało – zdaniem Izby - uznać stanowisko Odwołującego za zasadne i uwzględnić odwołanie.

W ocenie Izby potwierdził się również jedyny, który był podważany przez Zamawiającego, zarzut Odwołującego niezgodnego z prawem opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu poprzez posłużenie się nazwami dróg, zamiast wskazania standardów, według których realizowane usługi miały być wykonywane.

Izba uznała taki warunek za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a jego opis nie związany z przedmiotem zamówienia.

Z treści zarządzenia nr 0050/209/11 Prezydenta Miasta Tychy z dnia 14 października 2011r. w sprawie stosowania i prowadzenia akcji zimowej na ulicach, placach i drogach oraz stosowanych środków chemicznych na terenie miasta Tychy w okresie zimowym w latach 2011/2012 wynika, że przeważająca część dróg jest w II standardzie.

W myśl § 1 lit. a cyt. wyżej zarządzenia II standard podwyższony występuje dodatkowo, jedynie dla drogi DK nr 1, a III standard również przy drogach gminnych, obok występującego II standardu (§ 1 lit. c), podczas gdy przepisy Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad przewidują pięć standardów zimowego utrzymania dróg krajowych.

Zamawiający, zatem konstruując warunek wiedzy i doświadczenia w spornym zakresie powinien odstąpić od nomenklatury opartej na podziale dróg, a oprzeć się na wskazaniu standardu zimowego utrzymania drogi z powołaniem się na jego treść.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że inne podejście do opisu przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu oznacza w istocie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co skutkuje naruszeniem przepisu art.7 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

Sygn. akt: KIO 1953/12

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem podlegało ono rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.7 ust.1, art.29 pkt.2, art. 30 ust.4 ustawy Pzp ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał dostatecznie znaczenia przygotowanego przez siebie opisu warunku udziału w postępowaniu, w kontekście dopuszczenia w innym postanowieniu SIWZ równoważności wobec systemu zarządzania środowiskiem EMAS.

W pierwszej kolejności Izba wyraźnie wskazuje, że powołana przez Zamawiającego w spornym postanowieniu SIWZ podstawa prawna żądanej procedury została w sposób wadliwy, z uwagi na derogację Rozporządzenia(WE) nr 761/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2001r.

Uchylenie mocy obowiązującej powołanego wyżej Rozporządzenia(WE) nastąpiło na zasadzie art.51 ust.1 lit. a Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady(WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we wspólnocie(EMAS) – (Dz.Urz.UE.L 2009 nr 342).

Już chociażby z tego względu należy potraktować powyższe postanowienie SIWZ, jako sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym.

Kolejnym argumentem przemawiającym za koniecznością uwzględnienia zgłoszonego przez Odwołującego zarzutu jest niejednoznaczność i nieprecyzyjność zaskarżonego postanowienia pkt. 5 ze str.3 SIWZ w stosunku do wyraźnego wymogu pkt.5 str.10 SIWZ złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu(EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Przy czy Zamawiający w tym postanowieniu umożliwił wykonawcom zamiast ww zaświadczenia złożenie równoważnego zaświadczenia wystawionego przez podmiot mający siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub innego równoważnego dokumentu potwierdzającego stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zarządzania środowiskiem.

Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego nie był w stanie wyjaśnić intencji wprowadzenia powyższego postanowienia pkt. 5 ze str.3 SIWZ, a to z powodu braku wiedzy odnoszącej się do tego wymagania.

Z powyższych względów Izba uznając, że powyższe nieostre regulacje pkt.5 ze str.3 SIWZ, podane zostały w sposób sprzeczny z uregulowaniami postanowień pkt.5 SIWZ ze str.10, istnieje domniemanie możliwości ich wykorzystania w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art.30 ust.4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wadliwego postanowienia pkt.5 ze str.3 SIWZ, które mogło być potraktowane przez wykonawców, jako żądanie posiadania przez nich systemu zarządzania środowiskowego EMAS, z wyłączeniem rozwiązań równoważnych.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

