

WYROK

z dnia 13 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2017r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. **przez odwołującego: B. – H. Sp. z o.o. (...)** w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego: Gmina Ujazd (...)**.

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża B. – H. Sp. z o.o. (...) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną B. – H. Sp. z o.o. (...) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od B. – H. Sp. z o.o. (...) kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Gmina Ujazd (...) stanowiącą koszty odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika postępowania zamawiającego.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Stanowisko odwołującego – odwołanie

Na podstawie art 180 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) w związku z art. 179 pzp wykonawca – B.-H. sp. z o.o. z siedzibą w E. złożył odwołanie w przetargu nieograniczonym na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w U.” - II postępowanie, sygnatura akt: GT.271.3.2017, ogłoszenie w BZP nr 24876 - 2017 z dnia 2017-02-14 r.

Niniejsze odwołanie wykonawca wnosi na czynności zamawiającego polegające na postawieniu wymogu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - potencjału kadrowego w treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym (pkt iii. 1.3) oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 9.1.3 lit. b) co do wykazania dysponowania technologiem, który spełnia warunek co najmniej 5-letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków, czym naruszono zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej pzp), a w konsekwencji zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jako podstawowych dla zamówień publicznych.

Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie wymogów w umowie co do przeniesienia praw autorskich i wszelkich innych, w tym prawa do zbycia tych praw oraz udzielania licencji i sublicencji w sposób wykraczający poza uzasadnioną potrzebę zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którym jest zaprojektowanie i budowa oczyszczalni ścieków w U. (§ 6 ust. 6-14

wzoru umowy). Wskazane zapisy wzoru umowy wykraczają poza przedmiot zamówienia i dotyczą w istocie przeniesienia praw (w tym praw z patentu jako wszelkich innych) i zezwolenia na obrót nimi, przy czym mowa o prawach o wartości większej niż sam przedmiot zamówienia, przez co zapisy wzoru umowy czynią opis przedmiotu zamówienia nieproporcjonalnym w stosunku do uzasadnionych potrzeb zamawiającego naruszając tym samym art. 7 ust 1 oraz art 22 ust. 1a pzp.

Poza tym, Zamawiający nie przewiduje użytkowo eksploatacyjnej żadnej porównawczej oceny wartości złożonych ofert, mimo że dla tego typu obiektu jest to jednoznacznie i zbiorczo możliwe.

Stąd też wykonawca wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia i SIWZ, w tym wzoru umowy, poprzez zniesienie obowiązku co najmniej 5-letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków w odniesieniu do technologa oraz modyfikację § 6 ust. 6-14 wzoru umowy poprzez sformułowanie obowiązku przeniesienia praw autorskich

3

ograniczonego jedynie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest zaprojektowanie i wybudowanie oczyszczalni ścieków.

Wykonawca ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego uwzględnienie, a w konsekwencji zmiana treści ogłoszenia, SIWZ i wzoru umowy pozwoli wykonawcy na przystąpienie do przetargu i uzyskanie zamówienia bez naruszania jego uzasadnionych interesów, w tym w szczególności ochrony praw patentowych.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację prawną.

Zamawiający - Gmina Ujazd postawiła ogłaszając przetarg określony na wstępie odwołania wymogi wykraczające poza jego uzasadnioną potrzebę wynikającą w przedmiotu zamówienia. Chodzi tu o wymieniony wyżej wymóg co do doświadczenia technologa oraz zapisy we wzorze umowy, które zakładają przeniesienie praw autorskich i wszelkich innych w zakresie wykraczającym poza zaprojektowanie, wybudowanie, a następnie eksploatację oczyszczalni ścieków.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Natomiast art. 22 ust. 1a stanowi, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Postawiony przez zamawiającego wymóg dysponowania technologiemi, który spełnia warunek co najmniej 5-letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków ma się nijak do przedmiotu zamówienia, który zawiera się jedynie w zaprojektowaniu i wybudowaniu oczyszczalni ścieków. Eksploatacja oczyszczalni jest w oczywisty sposób przypisana do zamawiającego, stąd żądanie od wykonawców zapewnienia technologa z doświadczeniem w eksploatacji oczyszczalni jest nieuprawnionym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia ograniczeniem konkurencji. Obowiązki wykonawcy po wybudowaniu i oddaniu do eksploatacji wprowadzać się winny do udzielenia odpowiedniej gwarancji, co jest zresztą jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego.

Zasada proporcjonalności jako wymóg nieograniczania konkurencji wykonawców stała się przedmiotem licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu wskazujemy niektóre tylko wyroki, które nie odnosząc się wprost do przedmiotu zamówienia objętego niniejszym odwołaniem, wskazują jednak na czym polega formułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny, a nie nadmierny, prowadzący do dyskryminacji wykonawców: wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie 712/16, wyrok KIO z 7 października 2013 r. w sprawie 2184/13, gdzie sformułowano tezę: „W orzecznictwie zamówień publicznych wskazuje się na obowiązek przestrzegania zasady proporcjonalności,

4

zgodnie z którą ingerencja w konkurencyjność postępowania powinna następować w jak najmniejszym, obiektywnie uzasadnionym stopniu. Działanie zamawiającego musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności, co oznacza, że zastosowanie tego przepisu może być usprawiedliwione tylko w takim zakresie, w jakim osiągnięcie celu nie może być równie skuteczne za pomocą środków mniej ograniczających uczciwą

konkurencję i równe traktowanie wykonawców (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/KD 3/11).” Zacytowania wymaga również teza z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2017 r. w sprawie KIO 8/17, gdzie Izba wskazuje: „Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Jak widać z powyższego wymóg dysponowania technologiem, który ma 5-letnie doświadczenie w eksploatacji oczyszczalni ścieków narusza cytowane na wstępie przepisy pzp, co potwierdza jednolita linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jeszcze raz wskazujemy, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie oczyszczalni ścieków, w czym B. H. ma duże doświadczenie. Eksploatacja oczyszczalni nie mieści się w przedmiocie zamówienia, dlatego wymóg postawiony przez zamawiającego w oczywisty sposób narusza Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestionowanych zapisów § 6 ust. 6-14 wzoru umowy B. H. podnosi, że Zamawiający chce uzyskać prawa autorskie i wszelkie inne, w tym prawa własności przemysłowej objęte ochroną, które nie są mu niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Nabycie praw do technologii B. chronionej w Międzynarodowym Układzie Patentowym z wydany już Patentem USA z tego zgłoszenia, nie może być przedmiotem zamówienia, ponieważ B. H. nie jest zainteresowany ich zbyciem, jako fundamentu działalności firmy i podstawowego aktywa majątkowego stanowiącego o jej wartości. Realizacja przedmiotu zamówienia wymaga przekazania praw majątkowych do projektu wyłącznie Zamawiającemu jako inwestorowi bez prawa do obrotu projektem opartym na tego typu własności przemysłowej, tj. technologii B. Po wykonaniu zamówienia B. H. udzieli Zamawiającemu niewyłącznej licencji dotyczącej niezbędnego pola eksploatacji, tj. użytkowania technologii zastosowanej w zmodernizowanej oczyszczalni. Brak modyfikacji wzoru umowy zgodnie z postulowanymi tu rozwiązaniami w sposób oczywisty narusza zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę proporcjonalności poprzez postawienie wymogu niezwiązanego z przedmiotem zamówienia (naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 22 ust. 1a pzp).

B. H. ma długoletnie doświadczenie w budowie i modernizacji oczyszczalni ścieków. Dysponujemy opatentowaną technologią B., która jest w istocie, bezkonkurencyjna cenowo względem rozwiązań tradycyjnych, a polegającą na około dwukrotnej intensyfikacji procesu technologicznego oczyszczania ścieków bez potrzeby rozbudowy oczyszczalni przy

5

uzyskaniu bez porównania lepszych efektów oczyszczania i jednoczesnym ułatwieniu i pewności eksploatacji. Technologia B. została wdrożona nie tylko w Polsce, ale też w wielu miejscach na świecie. Zmodernizowaliśmy oczyszczalnie ścieków dla G. L. w G., S., S. B. (50,000 mieszkańców równoważnych; w P., F. W technologii tej zmodernizowano także oczyszczalnię ścieków w I. 50.000 mieszkańców równoważnych. Obecnie realizujemy inwestycję według technologii B. w K. dla wielkości 50.000 m³/d. To tylko przykłady. B.-H. ma więc interes w uzyskaniu zamówienia.

Na dowód prawnej ochrony wyłącznych praw wykonawcy do patentu obejmującego technologię B. załączamy dokument zgłoszenia międzynarodowego (PCT).

Mając na względzie powyższe odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności opisanych na wstępie pisma.

Stanowisko zamawiającego – odpowiedź na odwołanie.

Pismem z dnia 03.03.2017 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc:- o częściowe uwzględnienie odwołania w zakresie dotyczącym modyfikacji § 6 ust. 6 wzoru umowy, -oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, -zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania, Zamawiający wyjaśnia, co następuje:

W dniu 20.02.2017 roku zamawiający otrzymał informację o wniesieniu odwołania przez Wykonawcę B. – H. Sp. z o. o. wobec czynności zamawiającego, wskazując na naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów:

1. art. 7 ust 1 oraz art. 22 ust. 1a Pzp przez „postawienie wymogu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - potencjału kadrowego w treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym (pkt. III. 1.3) oraz treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt. 9.1.3

lit. b) co do wykazania dysponowania technologiem, który spełnia warunek co najmniej 5-letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków".

2. art. 7 ust 1 oraz art. 22 ust. 1a Pzp przez „określenie wymogów w umowie co do przeniesienia praw autorskich i wszelkich innych, w tym prawa do zbycia tych praw oraz udzielania licencji i sublicencji w sposób wykraczający poza uzasadnioną potrzebę zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którym jest zaprojektowanie i budowa oczyszczalni ścieków w Ujeździe (§ 6 ust. 6-14 wzoru umowy)".

Odwolujący wniósł o: nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia i SIWZ, w tym wzoru umowy poprzez zniesienie obowiązku co najmniej 5-letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków w odniesieniu do technologa oraz modyfikację § 6 ust. 6-14 wzoru umowy poprzez sformułowanie obowiązku przeniesienia praw autorskich

6

ograniczonego jedynie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest zaprojektowanie i wybudowanie oczyszczalni ścieków

1. Zamawiający po analizie treści odwołania uznał, że zarzut dotyczący sformułowania zapisu § 6 ust. 6 ppkt. 7) i 8) wzoru umowy jest zasadny gdyż prawo do zbycia praw autorskich oraz udzielenia licencji lub sublicencji wykracza poza uzasadnioną potrzebę zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w związku z czym zamawiający postanowił dokonać modyfikacji § 6 ust. 6 wzoru umowy poprzez wykreślenie podpunktów 7) i 8) na końcu.

2. Zamawiający nie podziela zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a Pzp poprzez wymaganie dla wykazania zdolności technicznej i zawodowej dysponowania technologiem z pięcioletnim doświadczeniem zawodowym.

W SIWZ w rozdz. 9 Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz podstawy wykluczenia, w końcowej jego części zamawiający zapisał: „Dodatkowo wykonawca musi posiadać do dyspozycji:

- Technologa - osobę przeprowadzającą rozruch oczyszczalni ścieków - wykształcenie wyższe, który w przeciągu ostatnich 5 lat przeprowadził min. 2 rozruchy oczyszczalni ścieków, min. 5-letnie doświadczenie na stanowisku eksploatatora oczyszczalni ścieków".

Wymaganie takie jest dla zamawiającego niezbędne dla realizacji zamówienia, ponieważ przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i rozbudowę i przebudowę oczyszczalni ścieków, w tym dokonanie rozruchu, próby eksploatacyjnej, tj. uruchomienie obiektu w zaprojektowanej i wybudowanej technologii a następnie potwierdzenie osiągnięcia zakładanego efektu ekologicznego, o czym zamawiający poinformował wykonawców już na wstępie Programu Funkcjonalno - Użytkowego - str. 9 pkt. 1.1.

Rolą technologa ponadto jest ustawienie odpowiednich parametrów technologicznych pracy oczyszczalni w trakcie budowy i po jej zakończeniu, które z jednej strony zagwarantują stabilność procesu, zważywszy, że w trakcie realizacji zamówienia wymagana jest ciągłość pracy oczyszczalni, a z drugiej strony parametry te będą optymalne z punktu widzenia ekonomicznego. W tym konkretnym przypadku, tj. realizacji inwestycji związanej z rozbudową oczyszczalni ścieków w Ujeździe, oprócz klasycznego rozruchu oczyszczalni wykonawca będzie odpowiedzialny za proces oczyszczania ścieków istniejącego obiektu, zatem wymaga się również od technologa doświadczenia eksploatacyjnego, bowiem wykonawca podczas realizacji zamówienia przejmuje odpowiedzialność za prawidłowość procesu oczyszczania podczas rozbudowy. Z uwagi na to, że inwestycja będzie prowadzona w istniejącym reaktorze, bez możliwości odcięcia dopływu ścieków, należało będzie wdrożyć szereg układów przejściowych (tymczasowych), które z jednej strony pozwolą realizować kolejne etapy inwestycji, a z drugiej, zapewnią odpowiedni stopień oczyszczania ścieków

7

odprowadzonych do odbiornika. Zadanie to nie polega na wybudowaniu nowej oczyszczalni i wprowadzeniu do niej ścieków po zakończeniu budowy. Z tego względu jest to zadanie bardzo trudne i wymaga dużej wiedzy technologicznej i doświadczenia eksploatacyjnego przy zmieniających się na bieżąco parametrach. Funkcja technologa przy realizacji przedmiotowej inwestycji jest tym bardziej uzasadniona, że pełni on ważną rolę podczas: opracowywania i opiniowania koncepcji rozwiązań technologicznych (inwestycja realizowana jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj", tj. przy założeniu, że dokumentację projektową

opracowuje wykonawca, a następnie realizuje roboty budowlane zgodnie z tą dokumentacją, -współpracy z projektantami przy wykonywaniu dokumentacji projektowej; - uczestniczy przy doborze urządzeń i wyposażenia; -bierze udział w rozruchu oczyszczalni i wstępnej eksploatacji, -jego obecność jest niezbędna w okresie gwarancyjnym, który ustalono na 5 lat. Nie jest więc prawdą twierdzenie odwołującego, że wymaganie dysponowania technologiem „ma się nijak do przedmiotu zamówienia”, który jego zdaniem zawiera się jedynie w zaprojektowaniu i wybudowaniu oczyszczalni ścieków. Należy również podkreślić, że Gmina Ujazd uzyskała dofinansowanie z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego na lata 2014 - 2020 w ramach Osi priorytetowej V Ochrona środowiska, dziedzictwa kulturowego i naturalnego dla działania 5.4 Gospodarka wodno - ściekowa, i w dniu 22.12.2016 roku zawarła umowę nr RPOP.05.04.00-16-0002/16-00 z Województwem Opolskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Opolskiego. Instytucja ta, jako jeden z wymogów nakłada na zamawiającego konieczność uzyskania określonego w Programie Funkcjonalno - Użytkowym efektu ekologicznego oraz zachowanie trwałości projektu i osiągniętych rezultatów. W tej sytuacji zamawiający nie może pozwolić sobie na niespełnienie któregośkolwiek z wyżej wymienionych wymogów, gdyż może to spowodować utratę dofinansowania. Zatem postawienie określonego w SIWZ wymagania w zakresie doświadczenia technologa nie jest wymaganiem nadmiernym, ani też, jak twierdzi odwołujący, wymaganiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i „mającym się nijak do tego przedmiotu”. W tym stanie faktycznym należało uznać, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a jest nieuzasadniony i bezpodstawny efektem czego jest wniosek o oddalenie odwołania w tym zakresie.

8

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dołączonej do akt sprawy oraz stanowisk stron to jest wyjaśnień i oświadczeń w tym złożonych na rozprawie przez pełnomocników Izba ustaliła .

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2015r. poz. 2164 ze zm.) na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych Zadania pn.:

„Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Ujeździe” - II postępowanie.

Numer referencyjny: Sygnatura akt: GT.271.3.2017

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu co do przedmiotu zamówienia ustalono:

11.2 Rodzaj zamówienia: roboty budowlane;

11.4) Krótki opis przedmiotu zamówienia 1. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie kompletnej dokumentacji projektowo - kosztorysowej i na jej podstawie wykonanie robót dla zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w U.” – II postępowanie 2. Szczegółowe warunki realizacji Umowy i jej zakres przedmiotowy, w tym zakres prac projektowych, dostaw oraz robót określa Program funkcjonalno-użytkowy (dalej zwany również: „PFU”) 3. Zakres zamówienia obejmuje: a) sporządzenie projektu wstępnego i uzyskanie dla niego akceptacji Zamawiającego b) wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej i uzyskanie wynikających z przepisów: opinii, uzgodnień i pozwoleń wraz z pozwoleniem na budowę w zakresie rozbudowy i przebudowy oczyszczalni ścieków w Ujeździe c) sporządzenie projektów wykonawczych d) wykonanie zgodnie z dokumentacją projektową (po uzyskaniu pozwolenia na budowę) wszystkich robót budowlanych, prac montażowych i prób technologicznych, związanych z niezbędnymi urządzeniami, instalacjami technologicznymi (w tym rozruchu i próby eksploatacyjne) oraz przygotowanie dokumentów związanych z oddaniem oczyszczalni w użytkowanie, e) dostawa i montaż wyposażenia technologicznego, sprzętu i maszyn na podstawie powyższych projektów, f) dostawa i montaż systemu zasilania obiektowego w energię elektryczną, sterowania, AKPiA i monitorowania stanów pracy zmodernizowanych i rozbudowanych obiektów, z odwzorowaniem sygnałów w budynku oczyszczalni, (na podstawie wykonanego projektu), g) opracowanie dokumentacji powykonawczej dla zrealizowanej inwestycji.

Przedsięwzięcie polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu rozbudowy i przebudowy oczyszczalni ścieków w Ujeździe musi zapewnić, że jakość oczyszczonych ścieków odpływających z oczyszczalni do odbiornika będzie co najmniej zgodna (lub lepsza) z:

- normami polskimi określonymi Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego, Dz. U. 2014 poz. 1800.
- normami europejskimi określonymi w Dyrektywie Rady Wspólnoty Europejskiej 91/271 z dnia 21.05.1991 roku dotyczącej oczyszczania ścieków komunalnych oraz uzupełnieniem nr 98/151/UE z dnia 27.02.1998 roku ■ wymagania określonymi w niniejszym opracowaniu. Ma uwzględniać założenia i uwarunkowania przedstawione w Programie funkcjonalno-użytkowym w szczególności podstawowe parametry określające wielkość oczyszczalni. Zgodnie ze sporządzonym bilansem ścieków do oczyszczalni dopływać będą następujące ścieki: a) ilość ścieków (zdolność do oczyszczania planowanej granicznej ilości ścieków dopływających): $Q_d/\dot{s}r = 650 \text{ m}^3/\text{d}$ $Q_d/\text{max} = 975 \text{ m}^3/\text{d}$ $Q_h/\text{max} = 75 \text{ m}^3/\text{h}$ b) jakość ścieków (dopływających) $SBZT5 = 606 \text{ g O}_2/\text{m}^3$ $SCHZT = 1.212 \text{ g O}_2/\text{m}^3$ $Szaw.og = 707 \text{ g}/\text{m}^3$ $SNog = 111 \text{ g N}/\text{m}^3$ $SPog = 18 \text{ g}$.

Z informacji przekazanej przez zamawiającego w dniu 21.02.2017 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wynika co następuje: 1. postępowanie dotyczy zamówienia o wartości szacunkowej równej 4.193.900,00 zł netto tj. o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2015r. poz.2164)- zwanej dalej „ustawą”. 2.w dniu 14.02.2017 r. Zamawiający zamieścił w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie, któremu nadano nr 24876 - 2017, także w dniu 14.02.2017 r. zamieścił ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na swojej stronie internetowej (<http://bip.ujazd.pl/1829/748/przetarg-nieograniczony-na-zaprojektowanie-i-wykonanie-robot-budowlanych-dla-zadpn-rozbudowa-oczyszczalni-sciekow-w-ujezdzie-ii-postepowanie.html>) oraz zamieścił na tablicy ogłoszeń Urzędu Miejskiego w U. (potwierdzenie wpływu dokumentów do Zamawiającego w załączeniu)

3.informację o postępowaniu zamieszczono w Biuletynie Informacji Publicznej, na swojej stronie internetowej Zamawiający zamieścił ogłoszenie o przetargu nieograniczonym, oraz na tablicy ogłoszeń Urzędu Miejskiego w U. 4. w dniu 21.02.2017 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu oraz jest udostępniona specyfikacja, kopie odwołania wraz z zawiadomieniem o złożonym odwołaniu (link do strony <http://bip.ujazd.pl/1829/748/przetarg~nieograniczony-na-zaprojektowanie-i-wykonanie-robot-budowlanych-dla-zadpn-rozbudowa-oczyszczalni-sciekow-w-ujezdzie-ii-postepowanie.html>)

–Co do efektu inwestycji to określono go następująco czyli co do jakości ścieków wymagana jest zgodność z normami:

- normami polskimi określonymi Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego, Dz. U. 2014 poz. 1800.
- normami europejskimi określonymi w Dyrektywie Rady Wspólnoty Europejskiej 91/271 z dnia 21.05.1991 roku dotyczącej oczyszczania ścieków komunalnych oraz uzupełnieniem nr 98/151/UE z dnia 27.02.1998 roku •wymagania określonymi w niniejszym opracowaniu. Ma uwzględniać założenia i uwarunkowania przedstawione w Programie funkcjonalno-użytkowym w szczególności podstawowe parametry określające wielkość oczyszczalni. Zgodnie ze sporządzonym bilansem ścieków do oczyszczalni dopływać będą następujące ścieki: a) ilość ścieków (zdolność do oczyszczania planowanej granicznej ilości ścieków dopływających): $Q_d/\dot{s}r = 650 \text{ m}^3/\text{d}$ $Q_d/\text{max} = 975 \text{ m}^3/\text{d}$ $Q_h/\text{max} = 75 \text{ m}^3/\text{h}$ b)jakość ścieków (dopływających) $SBZT5 = 606 \text{ g O}_2/\text{m}^3$ $SCHZT = 1.212 \text{ g O}_2/\text{m}^3$ $Szaw.og = 707 \text{ g}/\text{m}^3$ $SIMog = 111 \text{ g N}/\text{m}^3$ $SPog = 18 \text{ g P}/\text{m}^3$ c)równoważna liczba mieszkańców $RLM = 6.565 \text{ Mk}$ Zamówienie obejmuje wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji i uzgodnień oraz wykonanie kompletnych robót budowlanych zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami. W szczególności zakres zamówienia obejmuje

:projektowanie, • realizację robót budowlano-montażowych, wraz z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury, • realizację robót rozbiórkowych, • zagospodarowanie odpadów powstających w trakcie budowy łącznie z osadami, szlamami z obiektów adaptowanych, • przeprowadzenie prób końcowych i próby eksploatacyjnej, rozruchu oczyszczalni ścieków wraz ze szkoleniem personelu wyznaczonego przez Zamawiającego, wraz ze sporządzeniem instrukcji eksploatacji oczyszczalni ścieków w U. • sporządzenie dokumentacji powykonawczej •dostarczenie kompletnego wyposażenia BHP i p.poż, • dostarczenie kompletnego wyposażenia konserwacyjnego oraz ujętego w opracowaniu tj. PFU i dokumentacji przetargowej ■ uzyskanie pozwolenia wodno-prawnego • uzyskanie w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie W zakresie projektowania wykonawca stosuje się do wymagań z pkt.1.3.1 PFU oraz : Wykonawca zobowiązany jest wykonać i przekazać Zamawiającemu: a) Projekt budowlany - w 5 egzemplarzach, b) Dokumentację geotechniczną - w 4 egzemplarzach, c)Projekt wykonawczy - w 4

wszelkie egzemplarzach.

d)dokumentacja powykonawcza - w 3 egzemplarzach e)

niezbędne instrukcje obsługi, rozruchu, instrukcje eksploatacji i konserwacji Uwaga:

Zamawiający dopuszcza, aby wykonawca w ramach realizacji zamówienia zamiast Projektu budowlanego oraz Projektu wykonawczego wykonał tylko Projekt budowlano-wykonawczy (w 6 - ciu egzemplarzach) będący podstawą do wystąpienia o pozwolenie na budowę, czyli

11

projekt spełniający oprócz wszystkich wymagań wynikających z ustawy Prawo Budowlane, także przedstawiający wszelkie niezbędnie uszczegółowienia rozwiązań architektonicznych, konstrukcyjnych i instalacyjnych - jak w projekcie wykonawczym. d)Kosztorys inwestorski - w 4 egzemplarzach, e)Przedmiar robót - w 4 egzemplarzach, f) Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót - w 4 egzemplarzach, g) Całość opracowania oprócz w/w dokumentów w wersji papierowej w wersji elektronicznej edytowalnej oraz z rozszerzeniem PDF, a kosztorys inwestorski i przedmiar robót także w programie rozszerzeniem ath, na nośniku elektronicznym. Uwagi i wymagania dodatkowe: a)Rozwiązania techniczne, zastosowane urządzenia i wyposażenie były wysokiej jakości zapewniającej długą i pewną eksploatację, a wszystkie urządzenia, prace i instalacje nie wymienione szczegółowo w normach lub przepisach były wykonane zgodnie z najlepszą praktyką i doświadczeniem Wykonawcy, w tym:-wszystkie zaproponowane urządzenia winny pochodzić od renomowanych i sprawdzonych na rynku polskim producentów, którzy zapewniają sprawne przeprowadzenia napraw pogwarancyjnych oraz dostarczenie części zamiennych; nie dopuszcza się stosowania urządzeń prototypowych, nie sprawdzonych w poprawnej eksploatacji, -przy doborze urządzeń należy dążyć do ujednoczenia producentów i typów, - elementy konstrukcji urządzeń winny być wykonane z materiałów odpornych na działanie korozyjne środowiska, w którym będą zainstalowane, -Prace budowlane i technologia powinny być wykonane w standardzie nie niższym niż określonym w PFU.

b)W trakcie procesu inwestycyjnego Wykonawca zobowiązany jest do uzgadniania z Zamawiającym zakresu wprowadzanych rozwiązań modernizacyjnych oraz planowanych do zastosowania nowych urządzeń i obiektów. c)Na każdym etapie projektowania będzie wymagane zachowanie ścisłego kontaktu z Zamawiającym oraz uwzględnienie jego sugestii i weryfikacji dotyczących rozwiązań technicznych i lokalizacyjnych, a w szczególności uzgodnienie z Zamawiającym specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, d)Sugestie Zamawiającego dotyczące szczegółowych rozwiązań technicznych, nie kolidujące z ogólnym rozwiązaniem proponowanym przez Wykonawcę, będą wiążące dla Wykonawcy.

e)Wykonawca zobowiązany jest do przeniesienia na Zamawiającego praw własności intelektualnej oraz udzielenia licencji na zasadach określonych we wzorze umowy W zakresie wykonania robót wykonawca stosuje się do wymagań z pkt.1.3.2 PFU w szczególności: Wykona oczyszczalnię zgodnie z zaakceptowanymi przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, Zamawiającego oraz innymi osobami przez niego wyznaczonymi, Koncepcją, Projektem Budowlanym oraz Dokumentacją Wykonawczą Oczyszczalni. W szczególności wykonane zostaną: 1.Prace przygotowawcze i pomocnicze:

a)zagospodarowanie placu budowy, w tym:-zaplecze budowy,-doprowadzenie mediów niezbędnych dla Wykonawcy dla potrzeb budowy,-ogrodzenia tymczasowe,-drogi dojazdowe do obiektów,-urządzenia ppoż. i BHP, b) pełna obsługa geodezyjna na etapie

12

wykonawstwa robót i inwentaryzacji powykonawczej oraz wykonanie wierceń geologicznych.2.Roboty budowlane, rozbiórkowe i wykończeniowe, w tym:-roboty ziemne, betonowe i żelbetowe, -roboty budowlane wraz z ich kompletnym wykończeniem,-pozostałe roboty budowlane i wykończeniowe.

3.Wykonanie obiektów technologicznych wyszczególnionych w rozdz. 1.5. PFU , wraz z zainstalowanymi maszynami i urządzeniami oraz prace montażowo- instalacyjne pozwalające na osiągnięcie całkowitego założonego efektu robót.4.Wykonanie sieci, w tym:- sieci kanalizacyjne sanitarne,-sieć kanalizacyjna deszczowa (jeśli będzie konieczna),- sieć wodociągowa.

Powyżej przedstawiono krótki opis przedmiotu zamówienia wynikający z ogłoszenia o zamówienia i SIWZ.

Kwestionowany przez odwołującego zapis postanowień co do wymaganego doświadczenia zawodowego osoby przeznaczonej na stanowisko technologa przedstawia się jak poniżej.

ZAKRES UPRAWNIENI:39 Technolog Osoba przeprowadzającą rozruch oczyszczalni ścieków - wykształcenie wyższe, która w przeciągu ostatnich 5 lat przeprowadziła min 2 rozruchy oczyszczalni ścieków, min. 5 letnie doświadczenie - na stanowisku eksploatatora oczyszczalni ścieków;

Oraz Dodatkowo wykonawca musi posiadać do dyspozycji: - geodetę posiadającego kwalifikacje zawodowe w geodezji i kartografii, - technologa - osobę przeprowadzającą rozruch oczyszczalni ścieków - wykształcenie wyższe, który w przeciągu ostatnich 5 lat przeprowadził min 2 rozruchy oczyszczalni ścieków, min. 5 letnie doświadczenie na stanowisku eksploatatora oczyszczalni ścieków.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem odwołania jest zaskarżenie postanowień ogłoszenia o zamówieniu (pkt iii. 1.3) oraz postanowień SIWZ (pkt 9.1.3 lit. b) w zakresie w zakresie regulacji odnoszących się do wymaganego doświadczenia technologa.

13

Cytowane powyżej postanowienia sprowadzają się do wymogu co najmniej 5-letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków.

Według odwołującego w kontekście prowadzonej inwestycji tak postawione wymagania co do doświadczenia technologa naruszają zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych (ustawę Pzp), a w konsekwencji zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jako podstawowych zasad zamówień publicznych.

Wykonawca w swym żądaniu wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia i SIWZ, poprzez zniesienie obowiązku co najmniej 5-letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków w odniesieniu do technologa Wykonawca ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego uwzględnienie, a w konsekwencji zmiana treści ogłoszenia, SIWZ i wzoru umowy pozwoli wykonawcy na przystąpienie do przetargu i uzyskanie zamówienia bez naruszania jego uzasadnionych interesów, w tym w szczególności ochrony praw patentowych.

Na rozprawie uzupełniając argumentację odwołujący wskazywał, że wymóg 5 letniego doświadczenia w eksploatacji oczyszczalni ścieków bardziej może dotyczyć osoby, która odpowiada za sprawność urządzeń technicznych na oczyszczalni a nie technologa a zwłaszcza na mniejszych oczyszczalniach ścieków gdzie regułą jest, że nie ma na nich stanowisk technologów. Jako przykład wskazał obecnego na rozprawie pełnomocnika - technologa, który ma doświadczenie w rozruchu kilkunastu oczyszczalni a nie ma doświadczenia na stanowisko eksploatatora oczyszczalni ścieków w okresie 5 lat. (wyciąg z protokołu „Bowiem będący dzisiaj na rozprawie przedstawiciel Odwołującego nie posiada jako technolog takiego doświadczenia, to jest w eksploatacji oczyszczalni ścieków, natomiast ma wieloletnie doświadczenie w rozruchach oczyszczalni ścieków wykonując ich co

najmniej kilkanaście. Nie jest zasadnym wymaganiem doświadczenia technologa w zakresie eksploatacji oczyszczalni w kontekście przedmiotu zamówienia, którym jest zaprojektowanie, wybudowanie, oraz uruchomienie i przekazanie do użytku oczyszczalni ścieków(...) „Przed wszystkim chciałbym zaznaczyć, że technolog zajmuje się procesem oczyszczania na oczyszczalni i jego prawidłowością, natomiast eksploatacja zajmuje się eksploatacją czyli utrzymaniem ruchu urządzeń na oczyszczalni ścieków. Chciałbym zaznaczyć, że technolog, co do zasady, uczestniczy w procesie zarówno budowy, oddania do użytku jak i eksploatacji, ale z reguły na mniejszych oczyszczalniach takiego typu jak w tym postępowaniu, technolog nie jest osobą na stałe zatrudnioną u eksploatatora oczyszczalni” (...) „technolog jest konieczny w procesie realizacji zamówienia i oczywiście będzie też do dyspozycji zamawiającego w razie potrzeb utrzymania oczyszczalni w związku z udzieloną gwarancją,

14

ale nie jest to stanowisko eksploatatora oczyszczalni ścieków(...) „Dlatego w tym miejscu radca prawny domaga się wykreślenia kwestionowanego zapisu o wymogu doświadczenia eksploatatora jako nie proporcjonalnego i nadmiernego do przedmiotu zamówienia”.

Z kolei obecny na rozprawie pełnomocnik zamawiającego wymóg 5 – letniego doświadczenia technologa w eksploatacji oczyszczalni ścieków uzasadniał następująco(...)”Zamawiający zwraca uwagę że wykonawca odpowiadać będzie za proces rozbudowy w tym przeprowadzenia prób i badań wymaganych na oczyszczalni (w tym rozruchu i próby eksploatacyjne oraz przygotowanie dokumentów związanych z oddaniem oczyszczalni w użytkowanie) str. 9 PFU, kolejno wskazuje na postanowienia na str. 28 PFU. Zwracam uwagę na akapit zaczynający się od „proces technologiczny musi być...” Zawarte w pkt 1.5.3 ogólne wymagania eksploatacyjne. Pierwszy akapit tego rozdziału wskazuje, że wykonawca będzie odpowiedzialny za normalną eksploatację w czasie prowadzonej rozbudowy. Ten rozdział odnosi się do rozbudowy, ale reguluje proces eksploatacji oczyszczalni w tym czasie. Zwracam również uwagę na kolejny akapit na str. 28 zaczynający się od „należy zapewnić ciągłość pracy oczyszczalni w trakcie wykonywania prac budowlanych...” i następne zdania. Tutaj widzę do naszego wymogu doświadczenia eksploatatora oczyszczalni, który już nie jako teoretyczny projektant, ale posiadający doświadczenie technolog w czasie wykonywania prac budowlanych, który ma zapewnić ciągłość pracy i parametry oczyszczonych ścieków. Chciałbym również zwrócić uwagę, już bez cytowania postanowień, że w trakcie tej rozbudowy trzeba będzie zamknąć pewne fragmenty oczyszczalni i skierować ścieki do innych urządzeń zapewniając ciągłość i niezmienną parametry ścieków oczyszczonych. Zwracam uwagę, że jest to zapisane w kolejnym zdaniu na str. 28 zaczynającym się od „należy zapewnić ciągłość ...” i kolejne zdanie „wykonawca musi przewidzieć...” Chciałbym podkreślić w kontekście zastrzeżeń Odwołującego, że chodzi nam tutaj o osobę, która ma doświadczenie praktyczne na oczyszczalni ścieków, ale też jako technolog. My, eksploatatora rozumiemy jako osobę, która bierze udział podczas eksploatacji oczyszczalni, w zapewnieniu odpowiednich parametrów oczyszczania i nie rozumiemy przez to głównego mechanika, który odpowiada za pracę urządzeń, tylko osobę, która odpowiada za uzyskanie odpowiednich parametrów oczyszczanych ścieków. Wydaje mi się z wypowiedzi pana K. G., że posiada doświadczenie technologa eksploatatora oczyszczalni ścieków, bowiem skoro brał udział w co najmniej 10 a nawet więcej rozruchach, to każdy rozruch trwa średnio około pół roku, więc będzie miał to 5 letnie doświadczenie, nawet jeżeli w jednym miejscu nie pracował przez 5 lat. Uważam, że kolejnym potwierdzeniem na to, iż wymóg jest właściwie sformułowany w zakresie eksploatatora obiektu świadczy również kolejne zdanie w punkcie 2.3.3 urządzenie placu budowy i zakres odpowiedzialności i prac wykonawcy gdzie na str. 81 znajduje się zdanie

15

„do obowiązków wykonawcy należeć będzie eksploatacja nowych oraz modernizowanych obiektów do momentu wykonania rozruchu przez wykonawcę i przejęcia danego obiektu przez zamawiającego.”. Zwracam również uwagę, że wymóg dotyczący się ostatniego stanowiska tyczy się nie eksploatatora ale technologa, bo doświadczenie dotyczy technologa. Chciałbym zwrócić uwagę, że okres gwarancyjny w umowie wynosi 5 lat. Jak mój przedmówca, to jest pan technolog powiedział, że jest on również niezbędny w okresie gwarancyjnym, to jest w czasie eksploatacji, stąd wymóg doświadczenia jako eksploatatora.

Jeszcze raz podkreślam, że dyskusja powstała w związku z brakiem regulacji takich, jakie są przy uprawnieniach budowlanych. Stąd Zamawiający podtrzymuje zapis w specyfikacji i ogłoszeniu i wnosi o oddalenie odwołania. Wymóg 5 letniego doświadczenia technologa eksploatatora wynika ze źródła finansowania jakim są środki pomocowe z Unii Europejskiej przekazywane przez WFOŚ, który może przysyłać przedstawicieli na kontrole w ciągu 5 lat od oddania inwestycji do użytku, w kontekście osiągnięcia efektu ekologicznego, to jest parametrów ścieków na wyjściu z oczyszczalni”.

W głosie końcowym odwołujący podtrzymując zarzuty odwołania, które nie zostały cofnięte na rozprawie przyznał, iż (...) „ze stron 81 i 82 SIWZ wynika, że technolog na stanowisku eksploatatora jest potrzebny na etapie rozbudowy, rozruchu i oddania do użytku inwestycji zatem posługując się zwrotem „doświadczenie na stanowisku eksploatatora oczyszczalni ścieków” jest nieprecyzyjne w kontekście przedmiotu zamówienia. W związku z tym doświadczenie technologa wymagane jest w toku inwestycji, a nie w trakcie eksploatacji oczyszczalni ścieków, natomiast użyta formuła w SIWZ i ogłoszeniu jest nieprecyzyjna, bo wskazuje na konieczność zatrudnienia technologa na oczyszczalni ścieków, a nie w trakcie rozbudowy. W związku z tym, że orzecznictwo KIO stwierdza, że nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą obarczać skutkami wykonawcy podtrzymujemy zarzuty. Zwrot w ogłoszeniu przypisany jest do osoby zatrudnionej na oczyszczalni ścieków, a nie może to być w okresie inwestycji która kończy się przekazaniem do użytku. Chciałbym podkreślić, że sam zamawiający, mimo naszych wątpliwości co do posiadanego doświadczenia wymaganego w SIWZ przyznał, że doświadczenie pana G. odpowiada wymogom SIWZ. W naszej ocenie jest to dowód na nieprecyzyjność postanowień SIWZ w zakresie wymogu technologa, bowiem podkreślam, że wystarczy wymóg przeprowadzenia w ciągu ostatnich 5 lat 2 rozruchów oczyszczalni bez 5 letniego doświadczenia eksploatatora. W naszej ocenie wymóg jest jednoznaczny i wymaga od nas technologa który ma 5 letnie doświadczenie w pracy w oczyszczalni ścieków, a nie w czasie rozbudowy i rozruchu”.

Izba dokonując zważenia zarzutu nadmiernego i nieproporcjonalnego wymagania w zakresie doświadczenia technologa w stosunku do zakresu, warunków realizacji przedmiotu inwestycji rozbudowy, przebudowy oczyszczalni ścieków uznała zarzut za nieusprawiedliwiony.

16

Zdaniem odwołującego wystarczającym warunkiem jest wymóg wyższego wykształcenia i co najmniej przeprowadzony dwukrotny rozruch oczyszczalni ścieków. Poza tym zdaniem odwołującego 5 letnie doświadczenie w eksploatacji oczyszczalni ścieków można byłoby odnosić do Inżyniera Mechanika (Głównego Mechanika), który odpowiada za prace urządzeń na oczyszczalni a nie za parametry ścieków. Natomiast stałej obecności technologa zwłaszcza na małych oczyszczalniach (sugestia, że jest to zamówienie podprogowe) nie wymaga się co uniemożliwia zdaniem odwołującego zdobycie wymaganego doświadczenia przez technologa. Z kolei treść postanowienia czy to Ogłoszenia, czy też SIWZ sugeruje, że ma to być doświadczenie w związku ze stanowiskiem na stałe przewidzianym w strukturze zatrudnienia na oczyszczalni („5 letnie doświadczenie w eksploatacji oczyszczalni ścieków”). Izba rozstrzygając sporne zagadnienie uwzględniła przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia jak i zakres obowiązków wykonawcy zarówno w czasie rozbudowy, prób rozruchowych i eksploatacyjnych oraz eksploatacji w najbliższych 5 latach po oddaniu inwestycji do użytkowania w tym złożoną odpowiedź na odwołanie jak i wyjaśnienia pełnomocnika zamawiającego na rozprawie. Z tychże uregulowań wynika, że w trakcie inwestycji rozbudowa oczyszczalni będzie prowadzona na czynnym obiekcie a co będzie wymagało wykonania np. szeregu obejść technologicznych w oczyszczalni, czy też przyjmowania ścieków bezpośrednio z beczkowsów. Poza tym, zamawiający korzysta ze środków zewnętrznych to jest finansowanych z Unii Europejskiej, których kontrola skutecznego wykorzystania będzie prowadzona przez okres 5 lat po oddaniu inwestycji do użytku. Przedmiotem kontroli będzie efekt ekologiczny oczyszczanych ścieków zgodnie z przywołanymi powyżej przepisami w tymże uzasadnieniu. Co do zasady obowiązkiem technologa jest kontrola i zapewnienie właściwych parametrów technicznych oczyszczanych ścieków. Owszem nie wymaga to codziennej obecności technologa na stanowisku pracy ale bycia w stałej dyspozycji na każde wezwanie użytkownika oczyszczalni ścieków. To jest bezzwłocznej reakcji technologa w przypadku nie dotrzymania wymaganych parametrów ścieków w okresie obowiązującej 5 – letniej gwarancji udzielonej przez wykonawcę. Natomiast wymóg doświadczenia zawodowego dla technologa nie posługuje się pojęciem

np. zatrudnienie na umowę o pracę.

Co do postawionego warunku 5 – letniego doświadczenia to z warunku tego nie wynika, że doświadczenie powinno być zdobyte na jednej oczyszczalni i to w okresie ostatnich nieprzerwanie trwających 5 lat. W związku z tym jak słusznie na rozprawie wskazywał pełnomocnik zamawiającego może to być kilka czy nawet kilkanaście inwestycji co odnosi się do odwołującego. Z oświadczeń pełnomocnika odwołującego na rozprawie wynika, że oferowany przez niego technolog ma doświadczenie na 10 czy nawet kilkunastu oczyszczalniach. Jak zauważył przedstawiciel zamawiającego średnia inwestycja wraz z rozruchem trwa co najmniej pół roku. Czyli przy 10 inwestycjach przedstawiciel

17

odwołującego posiada wymagane doświadczenie. W związku z tym, że warunek 5 letniego doświadczenia nie wskazuje na zakaz sumowania kilku czy nawet kilkunastu inwestycji nie można wymagać od wykonawców aby praca technologa obejmowała tylko jedną inwestycję. W ocenie Izby tak sformułowany warunek doświadczenia to jest sumowania wielu inwestycji jest korzystny również dla zamawiającego, który uzyska doświadczonego technologa na wielu z reguły nie powtarzalnych inwestycjach oczyszczalni ścieków.

Dobrze rozumiany interes zamawiającego mieści w sobie prawo żądania oprócz wyższego wykształcenia i przeprowadzenie co najmniej dwóch rozruchów także 5 letnie doświadczenie w eksploatacji oczyszczalni. Przy czym znamienne w niniejszym zamówieniu jest okoliczność, że jest to rozbudowa i prace będą prowadzone na czynnej oczyszczalni ścieków co tym bardziej wymaga obecności i nadzoru technologa nie tylko w czasie prób rozruchowych i eksploatacyjnych i również w czasie eksploatacji objętej okresem 5 letniej gwarancji (minimalny 60 miesięczny okres gwarancji - SIWZ) ale także w czasie rozbudowy. Z treści ogłoszenia i SIWZ wynika termin 20 miesięcy realizacji inwestycji od daty podpisania umowy. Tak więc doświadczenie zawodowe (5 letnie) nie przekracza czasu trwania inwestycji, rozruchu, prób eksploatacji i okresu gwarancyjnego.

Izba nie stwierdza naruszenia ani art.7 ust.1, ani art. 22 ust.1a ustawy Pzp. w związku z postawionym wymaganiem doświadczenia technologa w eksploatacji oczyszczalni ścieków. Bez względu na użytą formułę „eksploatacji oczyszczalni ścieków” należy odnosić ją w niniejszym postępowaniu do doświadczenia specjalisty jakim jest technolog a nie np.: przywoływany przez odwołującego Inżynier Mechanik czy też nawet użytkownik oczyszczalni ścieków.

W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany tak opisanego doświadczenia zawodowego na technologa a tym bardziej żadanego skreślenia doświadczenia 5 letniego w eksploatacji oczyszczalni i pozostawienia tylko udziału w dwóch rozruchach. Ponadto w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu jest mowa o doświadczeniu w eksploatacji oczyszczalni bez wskazania w jakim jej okresie pracy to jest czy w czasie rozbudowy, prób rozruchowych i eksploatacyjnych czy w okresie gwarancyjnym po oddaniu oczyszczalni do użytku. W związku z tym można do wymaganego okresu doświadczenia zaliczać wszystkie te okresy.

Co do zarzutu w zakresie obowiązku przeniesienia praw autorskich i wszelkich innych to wobec uwzględnienia przez zamawiającego w tym zakresie zarzutów zarówno w odpowiedzi na odwołaniu jak i na rozprawie a w konsekwencji cofnięcia na rozprawie tychże zarzutów przez odwołującego, nie podlegały one rozpoznaniu Izby.

(wyciąg z odwołania „Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie wymogów w umowie co do przeniesienia praw

18

autorskich i wszelkich innych, w tym prawa do zbycia tych praw oraz udzielania licencji i sublicencji w sposób wykraczający poza uzasadnioną potrzebę zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którym jest zaprojektowanie i budowa oczyszczalni ścieków w Ujeździe (§ 6 ust. 6-14 wzoru umowy). Wskazane zapisy wzoru umowy wykraczają poza przedmiot zamówienia i dotyczą w istocie przeniesienia praw (w tym praw z patentu jako wszelkich innych) i zezwolenia na obrót nimi, przy czym mowa o prawach o wartości większej niż sam przedmiot zamówienia, przez co zapisy wzoru umowy czynią opis przedmiotu zamówienia nieproporcjonalnym w stosunku do uzasadnionych potrzeb zamawiającego naruszając tym samym art. 7 ust 1 oraz art 22 ust. 1a pzp.

Poza tym, Zamawiający nie przewiduje użytkowo eksploatacyjnej żadnej porównawczej oceny wartości złożonych ofert, mimo że dla tego typu obiektu jest to jednoznacznie i zbiorczo możliwe. oraz modyfikację § 6 ust. 6-14 wzoru umowy poprzez sformułowanie obowiązku przeniesienia praw autorskich ograniczonego jedynie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest zaprojektowanie i wybudowanie oczyszczalni ścieków”) na rozprawie (wyciąg z protokołu W tym miejscu pełnomocnik Zamawiającego doręcza pismo z dnia 03.03.2017 r. Odpowiedzi na odwołanie w 2 egzemplarzach. Kopię przekazano Odwołującemu. Przewodnicząca odczytała par. 6 ust. 6 wzoru umowy i pełnomocnik Zamawiającego poinformował, że uwzględnienie odwołania odnosi się do skreślenia w tymże par. 6 ust. 6 pkt 7 i 8 to jest zbycia oraz udzielenia licencji i sublicencji. Powyższe powoduje, że w tym zakresie Zamawiający nie wymaga przeniesienia praw w związku z wykonaną dokumentacją projektową. W tym zakresie Zamawiający kieruje wnioskiem do Izby o uwzględnienie odwołania.

Pełnomocnik radca prawny Odwołującego wnosi o zarządzenie przerwy celem zapoznania się z dokumentacją. Zarządzono 10 min. Przerwę. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania poza częścią uwzględnioną do odwołania to jest w zakresie par. 6 ust. 6 wykreślenia pkt 7 i 8, oraz stwierdza, że uwzględnia odwołanie w zakresie konieczności dostosowania pozostałych postanowień par. 6 ust. 6 i ust. 7. Korekta, która może być ewentualnie dokonana, odnosić się będzie tylko i wyłącznie do par. 6 ust. 6 i ust. 7 Wzoru Umowy.

Izba stwierdza, że na rozprawie Zamawiający oświadczył się, że dokona ewentualnej korekty pozostałych postanowień par. 6 ust. 6 i ust. 7, w związku z uwzględnieniem odwołania poprzez skreślenie pkt 7 i 8 z ust. 6. W tym miejscu pełnomocnik radca prawny Odwołującego, rozumiejąc stanowisko Zamawiającego przedstawione powyżej, cofa zarzuty dotyczące postanowień Wzoru Umowy par. 6 od ust. 6 do ust. 14, ponieważ Zamawiający zapowiedział taką modyfikację Wzoru Umowy, że zainteresowany jest nabyciem praw majątkowych autorskich, w zakresie nie wykraczającym poza zaprojektowanie,

19

wybudowanie, modernizację i eksploatację przedmiotu zamówienia wyłącznie na własny użytek. Dlatego cofa odwołanie w tym zakresie.)

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego kwotę 3.600,00 złotych na rzecz zamawiającego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego według rachunku.

Przewodniczący:

20