

WYROK
z dnia 25 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawcę **J. W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W.**, ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów**, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w uzasadnieniu odwołania w pkt V, VI, XVI, XVIII, nakazuje Zamawiającemu:

A. dokonanie zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- 1.1. usunięcie wymagania dotyczącego daty produkcji ciągników;
- 1.2. usunięcie zakazu wykorzystania własnych zasobów do świadczenia usług dla innych zamawiających lub innych kontraktów;
- 1.3. zniesienie obowiązku usunięcia awarii GPS w zakresie innym niż lokalizator pojazdu, którym dysponuje wykonawca;
- 1.4. wskazanie wskaźnika waloryzacji cen i wprowadzenie stosownego postanowienia we wzorze umowy;
oraz
- 1.5. nakazuje określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu weryfikacji spełniania normy EURO przez sprzęt wykonawcy;

B. uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu,
oraz **oddala odwołanie w pozostałym rozpatrywanym zakresie;**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom - w 70% oraz Zamawiającego Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom - w 30%, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Gminy Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów**, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom na rzecz wykonawcy **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom** kwotę 3 060 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu części kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „ppzp”, którego przedmiotem jest letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziale na 4 zadania (Rejony), nr referencyjny: DNP.260.52.2020.PN.U. Zamówienie na cztery części: Zadanie Nr 1 - Rejon I - Szlaki; Zadanie Nr 2 - Rejon II - Centrum; Zadanie Nr 3 - Rejon III - Północ; Zadanie Nr 4 - Rejon IV - Południe.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2020 r., numer ogłoszenia: Dz.U./S S249 621420-2020-PL. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została w tym samym dniu udostępniona wykonawcom.

W dniu 12 lutego 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom odpowiedzi na pytania do SIWZ. Na czynność tę wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.

W. w Bytomiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie w zakresie wszystkich części, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez ustalenie treści SIWZ z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości,
- 2) art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu i środków dowodowych nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający Zamawiającemu zweryfikowanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 29 ust. 1 i ust. 2 pzp poprzez ustalenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający rzetelne oszacowanie kosztów wykonania zamówienia i tym samym uniemożliwiający należyte obliczenie ceny oferty,
- 4) art. 36 ust. 1 pkt 3, pkt 5, pkt 10, pkt 12, pkt 13) pzp poprzez ustalenie treści SIWZ w sposób, który nienależyście opisuje przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowaniu i sposób wykazania spełnienia tych warunków, kryteriów i sposobu oceny, opis sposobu obliczania ceny i opis sposobu przygotowania oferty,
- 5) art. 38 ust. 4 pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ pomimo braku uzasadnionych przesłanek i jednocześnie w sposób sprzeczny z art. 7, art. 14, art. 22, art. 29, art. 36, art. 139, art. 147 pzp i art. 353¹ Kodeksu cywilnego,
- 6) art. 38 ust. 4 pzp poprzez zaniechanie zmiany terminu składania ofert pomimo iż w wyniku zmian treści SIWZ konieczny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach,
- 7) art. 147 i nas. pzp w zw. art. 7 pzp poprzez żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sytuacji, gdy cena podana w ofercie jest nieadekwatna do zakresu realizacji umowy i wynagrodzenia należnego Wykonawcy,
- 8) art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 5 kc, art. 14 ust. 1, art. 29, art. 36 i art. 139 ust. 1 pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy (zawartych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ) w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i jednocześnie w sposób stanowiący nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania treści SIWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ i zmiany treści ogłoszenia w sposób i w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający konkurencję, proporcjonalnie i przejrzystość na co wprost wskazuje art. 7 pzp. Zasady te odnoszą się do wszystkich etapów postępowania. Aktualne warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia nie zapewniają zachowania ww. zasad. Aktualna treść SIWZ jest sprzeczna z wymienionymi w petitum przepisami pzp. Treść SIWZ nie daje rękąmi wyboru oferty najkorzystniejszej, a to przede wszystkim ze względu na wadliwe określenie warunków udziału w postępowaniu, wadliwe określenie przedmiotu zamówienia i co za tym idzie niemożność rzetelnego obliczenia ceny oferty.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego nr III dotyczącego polewaczek, Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 12 lutego 2021 r. Zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu zawarte w pkt 5.3.3. c) SIWZ - Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych. Zmiana dotyczy (odpowiednio czwarty i piąty wiersz tabeli ze stron 5 i 6 SIWZ - Wykaz): samochodu polewaczki o minimalnej pojemności zbiornika 6m³ oraz samochodu polewaczki o dopuszczalnej masie całkowitej do 2,5 tony i pojemności zbiornika wody do 2 m. Pierwotnie samochody te miały spełniać, co najmniej normę EURO 5 jednak Zamawiający zniósł ten wymóg. Zniesienie wymogu spełnienia jakiegokolwiek normy emisji spalin było konsekwencją udzielenie odpowiedzi na „pytanie” nr 8. Odwołujący stwierdził, że art. 38 ust. 1 pzp daje wykonawcom prawo do żądania wyjaśnień treści specyfikacji, jednak w tym przypadku treść SIWZ była jasna i klarowna, na pewno nie wymagała wyjaśnień. W cytowanym przez Zamawiającego „pytaniu” zadający je wykonawca prosił o wyjaśnienie czym Zamawiający uzasadnia takie wymagania. Oznacza to, iż nie chodziło o wyjaśnienia treści SIWZ, a o uzyskanie wiedzy na temat przesłanek decyzyjnych Zamawiającego. Wykonawca zadający pytanie przedstawił swój punkt widzenia, ale nie domagał się zmiany treści SIWZ, a jednocześnie nie zaistniały uzasadnione przypadki zmiany SIWZ o których mowa w art. 38 ust. 4 pzp. W pytaniu nr 8 wykazywano, że: samochody (polewaczki, pługosolarki i pługopiaszarki) będą używane sporadycznie w sezonie letnim, jedynie w warunkach wysokich temperatur, sporadyczność usługi polewania jezdni i chodników nie wpłynie na zanieczyszczenie środowiska, a podwyższa cenę, wykorzystanie starych samochodów, z niższą normą emisji spalin wpłynie na obniżenie ceny i nie wpłynie na zanieczyszczenie środowiska. W ocenie Odwołującego przyjęcie punktu widzenia autora pytania nr 8 skutkuje tym, że Zamawiający faktycznie preferuje wykonawcę, który - jak należy się domyślać - nie dysponuje pojazdami spełniającymi normę EURO 5. Tym samym naruszono zasady równości wykonawców, uczciwej konkurencji oraz transparentności i proporcjonalności. Nie jest wiadomym, dlaczego Zamawiający przychylił się do sugestii zawartych ww. pytaniu i zrezygnował z konieczności użycia polewaczek (w ramach całego zamówienia - 5 szt. pojazdów) o emisji spalin co najmniej EURO 5. Decyzja ta stoi w sprzeczności z interesem Zamawiającego i mieszkańców Bytomia, będzie skutkowała tym, że emisja szkodliwych substancji będzie większa. Nie jest prawdziwe twierdzenie, że polewaczki są wykorzystywane sporadycznie. W ramach zamówienia polewaczki będą używane często - są one niezbędne do wykonywania prac porządkowych przy oczyszczaniu ulic i chodników. Ich zadania wskazano w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „SOPZ”) np. w Dziale II, pkt. I — Oczyszczanie mechaniczne lub ręczne jezdni, ulic, placów i parkingów, ppkt 2 (strona 3), gdzie wszelkie zlecone prace muszą być wykonywane z użyciem wody – w przypadku wykonywania prac ręcznych woda jest pobierana z polewaczki, a w Dziale II, pkt I, ppkt 3 SOPZ - punkt ten dotyczy polewania nawierzchni jezdni, (strona 4). Tożsamą instrukcję o konieczności użycia wody zawarto na stronie 7 SOPZ w Dziale II pkt. IV, ppkt 7. Woda, która jest używana do sprzątania zapobiega unoszeniu pyłów, pyleniu pyłków roślin, kurzu, usuwa brud wymagający użycia wody, zmywa zanieczyszczenia. SIWZ potwierdza, że polewaczka nie będzie wykorzystywana sporadycznie, a praktycznie jest wymagana przy każdej usłudze sprzątania. Przy temperaturach powyżej 24°C, w okresie letnim generuje się tzw. smog letni, smog utleniający fotochemiczny. Do jego powstawania przyczynia się emisja spalin emitowana do powietrza. Zamawiający w wersji pierwotnej SIWZ założył, że wszystkie pojazdy, które będą wykonywać umowę muszą spełniać, co najmniej normę EURO 5. Jego deklaracja w tym zakresie była jednoznaczna. Ustalenie to nie jest powiązane z ilością pracy, jest to warunek uczestnictwa. Wymóg EURO 5 nie jest wygórowany, jest to typowy wymóg zważywszy, że norma ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2011 r. i nie jest to element ograniczający konkurencję. Przez ostatnie 10 lat wprowadzono nowe obostrzenia, nowe normy jak choćby normę EURO 6 i inne normy zero emisyjne. Nie jest możliwe w chwili obecnej wprowadzenie do sprzedaży nowych samochodów z tak ustalonym standardem emisji spalin. Umowy, które będą realizowane w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będą obowiązywały do 2025 roku. To Zamawiający kształtuje warunki w postępowaniu, lecz warunki te nie mogą być zmieniane w trakcie trwania postępowania w sposób korzystny dla wykonawcy, który wykorzystując stary, zużyty, nieodpowiadający normom sprzęt zaoszczędzi pieniądze

kosztem jakości powietrza. Zmiana taka jest niekorzystna dla faktycznych beneficjentów usługi, którymi są mieszkańcy Gminy Bytom. Trudno uznać, że rezygnacja ze wskazania jakiegokolwiek normy emisji spalin jest bardziej korzystna dla Zamawiającego niż żądanie by sprzęt miał niską emisję spalin. Według obecnych standardów środowiskowych pożądane, a w zasadzie już wymagane jest posiadanie maszyn zero emisyjnych, czy elektrycznych. Standard normy EURO 5 jest standardem bardzo niskim, przestarzałym. Samochody w tej normie w najbliższych latach, nie będą mogły być wykorzystywane w centrach miast z uwagi na zanieczyszczenia, które emitują. Zmiana SIWZ nastąpiła w oparciu o niezasadne argumenty. Konieczność częstego używania polewaczek wynika wprost z SIWZ, gdzie istnieje obowiązek użycia wody przy czynnościach sprzątania. Autor pytania wskazując, że w obecnie realizowanych umowach polewaczki nie używał stwierdza tym samym, że umowa była wykonywana niezgodnie z SIWZ - opis usług wymagał użycia wody do każdej czynności sprzątającej. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując zmian warunków uczestnictwa wpłynął również na kryterium oceny ofert. W szczególności dotyczy to oceny w zakresie kryterium: D. - kryterium „Norma EURO”. Na kryterium to nałożono 10% wagę odpowiadającą wartości oferty. Dotyczy to polewaczek, które wchodziły w ocenę tego kryterium, a także zamiatarek elewatorowych (9 sztuk), które podlegały ocenie normy EURO. Dokonanie takiej zmiany na 14 dni przed złożeniem ofert zmienia warunki konkurencji, zakłada te warunki, eliminuje rozwiązania powszechne na rynku.

Następnie Odwołujący zauważył, że w pytaniu nr 73, na prośbę o informację czy Zamawiający będzie sprawdzał i badał emisję spalin odpowiednio dla zadeklarowanej normy EURO 5 lub EURO 6 Zamawiający odpowiedział, że sposób weryfikacji normy EURO zostanie określony podczas kontroli sprzętu. Zamawiający tą odpowiedzią potwierdził, że obowiązki wykonawcy nie zostały określone jednoznacznie w SIWZ. Będą one dopiero uzupełniane po otwarciu ofert, po podpisaniu umowy. Wykonawca zostanie poinformowany na pokazie, co będzie kontrolowane w zakresie EURO 5 i EURO 6. Nie można zatem złożyć rzetelnego oświadczenia o spełnianiu warunków albo w wykonawcy nie wiedzą w jaki sposób oświadczenie to będzie weryfikowane. Zamawiający może wymagać swoistych oświadczeń i dokumentów po złożeniu ofert.

Z kolei na pytanie nr 80 odnoszące się do warunku dysponowania samochodem polewaczką o masie całkowitej do 2,5 tony, która ma być wyposażona w zbiornik o poj. 2m³ Zamawiający odpowiedział, że nie przewiduje zmian w tym zakresie, jednak postawiony warunek jest warunkiem nierealnym, niemożliwym do spełnienia. Odwołujący wyjaśnił, że definicja dopuszczalnej masy całkowitej (DMC) wynika z Prawa o ruchu drogowym (Dz. U. nr 98 poz. 602 ze zm.) art. 2 pkt. 54 ustawy z dnia 20.06.1997r. DMC jest to suma masy własnej pojazdu i jego dopuszczalnej ładowności. Masa własna jest to masa pojazdu z jego normalnym wyposażeniem, olejami, smarami i cieczami w ilościach nominalnych, bez kierującego, natomiast dopuszczalna ładowność to największa masa ładunku i osób, jaką może przewozić pojazd po drodze. Z treści SIWZ wynika, że wymagana objętość wody w zakresie tej polewaczki w ilości 2m³ oznacza, że ładunek ten ważyłby ~2 tony. Do masy ładunku należy doliczyć ciężar kierowcy - przyjmuje się 80 kg. Z bilansu tych dwóch wartości wynikałoby, że jednostka nośna, samochód (wraz z normalnym wyposażeniem, olejami, smarami, paliwem, a także urządzeniami tj. zbiornik polewaczki, pompy, zraszacz, węże, zawory i inne) musiałby ważyć poniżej 0,5 tony. Odwołującemu nie jest znany taki pojazd. Zamawiający, pomimo wskazania mu w pytaniu nr 80 tej istotnej wady, nie dokonał modyfikacji SIWZ powodując, że nie jest możliwe złożenie oferty, która spełniałaby ten warunek. Urządzeń technicznych o wskazanych parametrach pracy tj. pojazd o DMC 2,5 tony, który jest wyposażony w zbiornik o pojemności 2m³ na rynku nie ma.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: wprowadzenie obowiązku wykonywania usług przy użyciu polewaczek spełniających pierwotnie wskazaną normę EURO 5, oraz wprowadzenie dopuszczalnej masy całkowitej polewaczki na 4500 kg i określenie pojemności zbiornika na 2m³.

Następnie, Odwołujący zakwestionował zmiany w SIWZ dotyczące zamiatarek (zarzut oznaczony nr IV), stwierdzając, że Zamawiający pomimo braku uzasadnionego przypadku, o którym mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zmienił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wymaganych urządzeń. W piśmie z 12 lutego 2021 r. wskazał, że zmienia SIWZ w ten sposób że: z tabeli zamieszczonej w SIWZ w pkt 5.3.3 ppkt C, w pierwszym wierszu wykreślił zapis „lub elewatorowa”. W konsekwencji do wykonania zamówienia należy użyć wyłącznie zamiatarek ssących. Zmiana ta dotyczy istotnych warunków uczestnictwa i istotnie ogranicza dostęp do zamówienia. Pierwotnie Zamawiający wymagał zamiatarek ulicznych ssących lub elewatorowych z możliwością zwilżania zmiatanych powierzchni i z opcją uniemożliwiającą wtórne zapylenie środowiska. Wymagał szerokości zmiatania min. 2300mm i wydajności nie mniejszej niż 15 000 m²/godz. Zdaniem Odwołującego rezygnacja z zamiatarek elewatorowych jest całkowicie niezrozumiała, nie znajduje uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego wynikających z SOPZ, ani w wymogach prawnych, ani technicznych, ani ekologicznych. Ogranicza istotnie konkurencję. Nie ma prawnych ograniczeń stosowania zamiatarek elewatorowych - jest to jedna z technologii maszyny. W Dziale II, pkt. 2 SOPZ Zamawiający wymagał by zanieczyszczenia były usuwane, a nie zasysane - wymóg ten nie został zmieniony. Wprowadzona zmiana stoi w sprzeczności z przywołanym postanowieniem i zmienia przedmiot zamówienia. Zbierane mają być odpady opisane w Dziale I, pkt. II - Określenia podstawowe tj. błoto, piasek, kamienie, muł, gruz, żwir, niedopałki papierosów, gałęzie, liście, zwierzęce odchody, wyrastająca roślinność, wszelkiego rodzaju opakowania, papier, szkło, butelki, worki, folie, metale i przedmioty niemetaliczne, resztki pokarmów, porzucone lub zgubione ładunki, opony samochodowe, papa, materiały izolacyjne, styropian, azbest, wełna mineralna, skała i inne. Odpadów takich nie są w stanie zebrać zamiatarki ssące z uwagi na ich możliwości techniczne. Rury zasysające mają średnice około 20-30 cm, co uniemożliwia zebranie większości wskazanych odpadów. Nie można a priori wskazać, że lepsza jest zamiatarka elewatorowa, a gorsza zamiatarka ssąca i na odwrót. Urządzenie dobiera się do potrzeb. Zamiatarki dostępne na rynku różnią się rozwiązaniami technicznymi. Jednym ze sposobów podziału jest podział na zamiatarki ssące i zamiatarki elewatorowe. Elementem wyróżniającym jest zastosowany system podnoszenia odpadów z oczyszczanej nawierzchni. W przypadku zamiatarek ssących odpady są podnoszone z nawierzchni poprzez zasysanie, ciąg powietrza - działanie takie jak w popularnych odkurzaczach. W przypadku zamiatarek elewatorowych odpady (zmiołki) są zmiatane na szuflę, z której trafiają bezpośrednio lub pośrednio poprzez podajnik, taśmociąg do zbiornika na odpady. Nazwa elewatorowa bierze się od tego podajnika nazywanego elewatorem tzn. windą. W obu rodzajach zamiatarek usługa jest wykonywana za pomocą szczotek w zestawach jednoszczotkowych, dwuszczotkowych, trzyszczotkowych. Po zebraniu zanieczyszczeń, zmieceniu są one podnoszone z nawierzchni tymi różnymi systemami. Są one zasysane lub zbierane szuflą. Na rynku są również dostępne zamiatarki, które pracują w systemach mieszanych: elewatorowo-ssących, czy też używających nadmuchu (nie zasysają a dmuchają). Każdy z tych systemów jest normalizowany w odpowiedniej normie PN-EN 15429-3:2015-05E. Norma ta ustala warunki dopuszczające do pracy zamiatarki bez względu na rozwiązania techniczne. Oceniany jest za to poziom hałasu, poziom pylenia, możliwość eliminacji wtórnego zapylenia pyłami PM10, PM2,5, PM1, czy też zanieczyszczeniami zgrubnymi. Zamawiający w poprzednich latach wymagał wręcz, by do tej usługi była wykorzystywana zamiatarka elewatorowa. Zdaniem Odwołującego zamiatarki elewatorowe są lepsze w wielu parametrach od zamiatarek ssących, ponieważ: szerokość zmiatania zamiatarki elewatorowej w zależności od typu mieści się w granicy od 2,5 do 3 m;

pracują one w szerszym zakresie niż zmiataarki ssące, które w przypadku wyposażenia jedynie w 2 szczotki tj. bez szczotki lewostronnej, osiągają zasięgi pracy nie przekraczające 2 metrów; zmiataarki elewatorowe są głównie wykorzystywane do oczyszczania ciągów ulicznych, do jezdni dwupasmowych, które mają szerokość od 14 do 16 metrów - takie ciągi dróg ciężko posprzątać zmiataarką ssącą o zasięgu pracy do 2,3 m., w przypadku zmiataarki ssącej ilość jej przejazdów w celu oczyszczenia całkowitej powierzchni jest wielokrotnie większa niż zmiataarki elewatorowej, co powoduje, że jest ona mniej efektywna i bardziej zakłóca, utrudnia ruch uliczny swoją pracą; zmiataarki elewatorowe są wyposażone również w drapak - grabie mechaniczne, które w trakcie zmiatania są w stanie zebrać zanieczyszczenia z nawierzchni - takie rozwiązania nie są stosowane w zmiataarkach ssących, a istotnie poprawiają efektywność oczyszczania nawierzchni mocno zabrudzonych, czy uślanych liśćmi w okresie jesiennym, grabie ułatwiają usunięcie zanieczyszczeń twardych z nawierzchni; część zmiatarek elewatorowych wykorzystuje wyłącznie silnik jednostki pojazdu, z którym współpracuje, co oznacza, że sama zmiataarka nie posiada silnika, jest zero emisyjna. Są to więc zmiataarki ekologiczne, odpowiadające obecnym potrzebom i trendom; zmiataarki te pracują cicho, ponieważ mechaniczny system podnoszenia odpadów nie powoduje hałasu, odpady zbierane za pomocą elewatora są wrzucane na skrzynię ładunkową lub do zbiornika, a nie wdmuchiwane. Wdmuchiwanie odpadów do zbiornika powoduje, że uderzają one w ściany zbiornika co potęguje hałas pracującej zmiataarki. Wysoki poziom hałasu jest istotną wadą zmiatarek ssących; są to pojazdy bardzo sprawne i efektywne, w przypadku współdziałania z pojazdem holującym zmiataarka ta może „łamać się” pod dużym kątem, co umożliwia jej szerokie pole pracy - ma większą manewrowość niż zamontowana bezpośrednio na pojeździe; w przypadku części zmiatarek zbiornikiem ładunkowym jest skrzynia pojazdu, co bez konieczności przeładunku pozwala na odwóz odpadów na składowisko. Powoduje to oszczędność czasu i kosztów zbędnego przeładunku. Skrzynia samochodu ma pojemność jednostki holującej. W przypadku długich ciągów dróg, szlaków komunikacyjnych pozwala to wydłużać pracę zmiataarki, co automatycznie skraca jej czas pracy na drogach publicznych. Zmiataarka nie przeszkadza innym uczestnikom ruchu; zmiataarki te potrafią zbierać kilkanaście ton odpadów na godzinę pracy. Jest to bardzo ważne, gdy są wykorzystywane w oczyszczaniu poziomym lub oczyszczaniu nawierzchni zanieczyszczanych przemysłowo np. ul. Konstytucji w Bytomiu, gdzie samochody wyjeżdżające z kopalni niosą na nawierzchnię drogi błoto, żwir, kamienie, uprzątnięcie takich zanieczyszczeń zmiataarką ssącą zajmuje wielokrotnie więcej czasu lub jest niemożliwe; zmiataarki elewatorowe zbierają każdy rodzaj odpadów nawet cegły, gruz, węgiel, zgubione ładunki, ponieważ podnośnik - elewator potrafi je przenieść mechanicznie, czego nie można zrobić za pomocą systemu zasysania, ponieważ jego siła ciągu jest zbyt słaba (i to niezależnie od producenta - jest to ograniczenie technologiczne); zmiataarki te nie niszczą nawierzchni wykonanych z bruku, kostki granitowej, cegły klinkierowej, ponieważ szuflowy system zbierania odpadów nie usuwa „fugi” (piasku czy klinka), którą kostka jest spoinowana, zmiataarki ssące zasysają spoiwa niszcząc nawierzchnię, w nawierzchniach tworzą się szczeliny pomiędzy kostkami bruku z braku spoiwa np. piasku, bo ten jest zasysany przez ssawę. Użycie zmiataarki ssącej na klasycznym bruku prowadzi do dewastacji nawierzchni; zmiataarki te zbierają odpady mokre np. liście w okresie jesiennym, które nie są zbierane w 100% przez zmiataarki ssące. Zmoczonych, przyklejonych liści zmiataarka ssąca nie zasysa; zmiataarki te są powszechnie używane. W Polsce zmiataarki elewatorowe są popularne m.in. z uwagi na fakt, że w naszym kraju znajdują się ich producenci np. Broddson, Schmit Polska; firmy oczyszczające wykorzystują różne typy zmiatarek. Różnią się one wielkością, zasięgiem pracy szczotek, dodatkowym wyposażeniem - ich zastosowanie uzależnione jest od konkretnych warunków miejscowych (rodzaju sprzątanego nawierzchnie, stopień i rodzaj zabrudzeń etc.). Nie jest wiadomym dlaczego na 14 dni przed terminem złożenia ofert Zamawiający uznał, że zmiataarki elewatorowe nie mogą być wykorzystywane. W tak krótkim czasie zmiana parku maszynowego jest niemożliwa co eliminuje możliwość uzyskania zamówienia; podobna praktyka zastosowana przez innego Zamawiającego (Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach) została negatywnie oceniona przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie oznaczonej sygnaturą akt - KIO 898/18. Niezależnie od powyższych argumentów wskazać należy na niekonsekwencję Zamawiającego. Zmiataarki elewatorowe zostały wyeliminowane w zakresie zmiatarek zamieszczonych w wierszu pierwszym tabeli zamieszczonej w SIWZ. W przypadku wiersza drugiego i wiersza trzeciego (dot. zmiatarek typu lekkiego i zmiatarek pchanych) zmiataarki elewatorowe są dopuszczone. Zdecydowana większość zmiatarek typu lekkiego i pchanych wykorzystuje system elewatorowy - mechaniczne zbieranie odpadów. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dopuszczenie zmiatarek elewatorowych.

Uzasadniając zarzut oznaczony nr V odnoszący się do wprowadzonego ograniczenia, co do roku produkcji ciągnika rolniczego, Odwołujący wskazał, m.in., że Zamawiający w piśmie z 12 lutego 2021 r. zmienił SIWZ w ten sposób, że w pkt 5.3.3., pkt. c zmodyfikował zapis UWAGI, który otrzymał brzmienie „Każdy samochodów, którymi dysponuje wykonawca winien spełniać, co najmniej normę EURO 5 z wyjątkiem polewaczki oraz kosiarek i ciągników rolniczych”. Ponadto wprowadził zapis: UWAGA 2: „Rok produkcji ciągnika rolniczego nie może być starszy niż 2011 r.” Postępowanie przetargowe prowadzone jest w związku z potrzebą dokonania zakupu usług związanych z utrzymaniem pasa drogowego, a nie na dostawę urządzeń, a w szczególności ciągników rolniczych. Dla zlecanych prac związanych z wykaszaniem poboczy dróg nie ma znaczenia rok produkcji ciągnika rolniczego. Trawę równie skutecznie można wykosić ciągnikiem z 2009 roku, 2010 roku jak i z 2018 roku. Warunek ten nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w dokumentacji przetargowej, a także w przedmiocie zamówienia. Odwołujący zauważył, że na pytanie wykonawcy nr 103 w związku z zapisem w pkt 5.3.3.c SIWZ, o podanie parametrów technicznych kosiarek samojezdnych lub ciągnikowych, które są obsługiwane przez ciągniki, Zamawiający odpowiedział, że każda, która służy do koszenia i wykonania prac, nie stawiając żadnych wymogów związanych z datą produkcji. Niezrozumiałe więc jest określenie wymaganego roku produkcji jedynie dla ciągników rolniczych. W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wyeliminowanie tego nowo wprowadzonego warunku poprzez usunięcie z SIWZ wymagania co do daty produkcji ciągników.

Następnie Odwołujący podniósł zarzut dotyczący nierównych warunków udziału w postępowaniu (oznaczony nr VI), wskazując, że Zamawiający w taki sposób ukształtował warunki udziału w postępowaniu, że preferowani są wykonawcy, którzy nie posiadają wymaganego wyposażenia, co narusza zasady równego traktowania. Na pytanie nr 104 czy sprzęt wykazany w ofercie wykonawcy może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych Zamawiających lub na innych kontraktach Zamawiający oświadczył, że sprzęt wykazany w ofercie wykonawcy w wymaganej ilości i jakości nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych zamawiających lub na innych kontraktach. W odpowiedzi na pytanie nr 105, które odnosiło się do możliwości wykorzystania sprzętu uzyskanego od podwykonawców lub sprzętu pozyskanego jako zapożyczone zdolności techniczne do usług świadczonych dla innych zamawiających lub na innych kontraktach Zamawiający oświadczył, że ograniczenia wprowadzone w odpowiedzi na pytanie 104 nie dotyczą sprzętu pozyskanego. Oznacza to, że w praktyce: wykonawca, który zamierza wykonać zamówienie zasobami własnymi nie będzie mógł z tego zasobu korzystać przy realizacji innych kontraktów, zaś wykonawca, który dysponuje „pożyczonym” sprzętem będzie mógł go wykorzystywać przy realizacji innych umów. Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z SIWZ zakazu wykorzystania własnych zasobów do świadczenia usług dla innych Zamawiających lub innych kontraktów.

Uzasadniając zarzut dotyczący lokalizacji ekologicznego magazynu i bazy (nr VII), Odwołujący podał, że Zamawiający w SOPZ na stronie 13 i 14 w Dziale IV - podstawowe obowiązki wykonawcy, zobowiązał wykonawców do posiadania bazy sprzętowo- materiałowej, magazynu ekologicznego, który ma znajdować się w granicach miasta Bytomia lub w odległości do 18 km licząc od granicy miasta Bytomia zapewniając dojazd do miejsca rozpoczęcia prac w wymaganym i zadeklarowanym przez wykonawcę czasie. W okresie złych warunków atmosferycznych lokalizacja magazynu ze środkami chemicznymi jest znacząca dla wykonania zamówienia. W niekorzystnych warunkach atmosferycznych przejazd drogami jest utrudniony, opady śniegu spowalniają ruch z tego też powodu jest istotnym czy pługosolarka do magazynu musi przejechać trasę 18 km, czy też 36 km, gdy musi pokonać tę odległość 18 km do magazynu i z powrotem 18 km do miasta Bytomia. W praktyce pomiędzy tymi odległościami występuje różnica w czasie dojazdu do miejsca pracy od 1 do 2 godzin. Pojęcia bazy sprzętowo- materiałowej, o której mowa na stronie 14 SOPZ w pkt. 9 oraz magazynu ekologicznego, o którym mowa na stronie 14 w pkt. 7 SOPZ nie zostały zdefiniowane przez Zamawiającego. Brak takich ustaleń powoduje, że są to wymagania pozorne umożliwiające lokowanie takich magazynów w miejscach do tego nieprzeznaczonych. W pytaniu nr 121 zapytano, co Zamawiający rozumie przez zawarte w SOPZ określenia odnoszące się do tych wymaganych obiektów. Zamawiający w tym zakresie nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi, nie doprecyzował stawianych przez niego warunków, odsyłając do ogólnych przepisów dotyczących ochrony środowiska. Odesłanie do ogólnie obowiązujących przepisów nie jest w tym przypadku wystarczające. Oczywistym jest to, że przedsiębiorcy muszą realizować zamówienia zgodnie z prawem. Działanie takie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami, wprowadzając w błąd. Obiekt typu baza materiałowo- sprzętowa czy też magazyn ekologiczny wymagają pozwolonej budowlanych, które określają ich prawidłowe przeznaczenie. Magazyn ekologiczny w przypadku omawianego przedmiotu zamówienia jest obiektem przeznaczonym do przechowania soli drogowej. Zamawiający winien określić do przechowywania jakiej ilości zapasów jest zobowiązany wykonawca, określić wielkość tego magazynu adekwatnie do zadań, które wykonawca ma w przyszłości realizować. Przedsiębiorca, który zajmuje się zimowym utrzymaniem dróg musi w trakcie sezonu posiadać zabezpieczone materiały. Ich brak będzie skutkował paraliżem komunikacyjnym, obniżeniem gotowości, to kompromitacja dla władz miasta. Zamawiający winien doprecyzować wymaganie tak by było czytelne i jednoznaczne - jest to warunkiem zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenie konkretnej odpowiedzi na pytanie poprzez określenie warunków jakie powinna spełniać baza sprzętowo- materiałowa, magazyn ekologiczny opisany w przedmiocie zamówienia Dział IV, pkt 7 i 9 SOPZ.

W dalszej kolejności Odwołujący odniósł się do przedmiotu zamówienia opis sposobu obliczania ceny (zarzut nr VIII), podając m.in., że Zamawiający nie wskazał w jaki sposób ma być obliczona cena oferty. Pomimo pytań uchylili się od odpowiedzi poprzez stwierdzenie, że wykonawca powinien to wycenić w zaproponowanych cenach jednostkowych brutto. Stwierdzenie takie jest pewną oczywistością, jednak równie oczywiste jest to, że aby cokolwiek wycenić potrzebny jest zakres, ilość, rodzaj pracy etc. Te elementy winny wynikać z decyzji Zamawiającego, jednak w postępowaniu brak takich informacji. Jeżeli chodzi o gotowość, to konieczne byłoby ustalenie ilości osób, które mają pozostać w gotowości, bo z tym związane są ich wynagrodzenia, rodzaju gotowości (bierna, czynna, w domu, czy na stanowiskach pracy - Kodeks pracy rozróżnia te gotowości), a także rodzaju sprzętu, który ma pozostać w gotowości, czyli w dyspozycji Zamawiającego. W jakim zakresie, czasie ten sprzęt ma być dostępny, jaki to ma być sprzęt, ile godzin, dni, a także rodzaj pracy, którą ci ludzie muszą wykonać w trakcie tej gotowości. W SIWZ przewidziano m.in. wiele pozycji materialnych, które mają stanowić tzw. „gotowość”, jak np. obsługa skrzyń na sól drogową, które są roztawiane na rogatek dróg, wypełnianie solą wykonawcy, utrzymywane w okresie zimowym i po tym okresie. Przykładowo w pytaniu nr 55 Zamawiający został proszony o podanie powierzchni mis wokół drzew, uzupełnienie obmiarów, z których należy usunąć zanieczyszczenia, a także ich lokalizację, a zamiast podać obmiar mis wokół drzew, co pozwoliłoby na określenie wartości pracy poinformował, że powierzchnia ta jest wliczona w chodniki lub pas przyjezdniowy, a ich szczegółowa lokalizacja oraz ilość nie mają znaczenia. Taka odpowiedź uniemożliwia wykonanie prawidłowej wyceny prac, do której jest zobowiązany wykonawca. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie. Z kolei na pytanie nr 60, zawierające prośbę o dookreślenie wielkości zleceń, zakresu i ilości prac, efektywności pracy lub czasookresu powiązanego z zakresem, czas jaki będzie zlecany w związku z oczyszczaniem ulic kat. IV, Zamawiający odpowiedział Zamawiający, że przewiduje zlecenie ulic IV kategorii na całej powierzchni z terminem wykonania umożliwiającym realizację usługi przez wykonawcę. Jest to odpowiedź nie pozwalająca na ustalenie wielkości zleceń i wyliczenie wartości tych prac. Podobnie pytanie nr 61 związane z wywozem śniegu. W ramach jednostki 1mb bez określenia wysokości i szerokości przyzmy i możliwości wyliczenia jednostek transportowych np. 1m3 lub tona. Ponadto Zamawiający w ramach gotowości zobowiązał wykonawcę do prowadzenia dyżurów i dokumentacji, posiadania i obserwacji środków komunikacji typu telefon, email, sms, co ustalił np. na stronie 5 SOPZ. Zamawiający potwierdził w odpowiedziach, że zamawia usługę gotowości stwierdzając, że wykonawca ma sobie ją skalkulować, ma obliczyć gotowość. Pytania jednak odnosiły się do zakresu tej gotowości, ilości, rodzaju, działań. W swoich odpowiedziach Zamawiający nie przedstawił obiektywnych, mierzalnych danych opisu warunków, które mogłyby w sposób prawidłowy umożliwić wycenę tej gotowości w odniesieniu do poszczególnych pozycji, gdzie jest ona wymagana. Uchylił się pomimo tego że był o to pytany w pytaniach nr: 1, 20, 28, 43, 45, 47, 48, 55, 60, 61, 63, 66, 68, 83, 91, 92, 93, 109. Kolejnym przykładem wadliwego opisanie wymagań, co w konsekwencji uniemożliwia dokonania wyceny są odpowiedzi na pytania 57 i 63. W pytaniu 57 zwrócono się z prośbą o podanie w formie wykazu lokalizacji i obmiarów wszystkich chodników, które będą zlecane na wskazanie. Dane te pozwoliłyby na określenie wartości prac które mogą zostać zlecane w ramach tej wyceny. Lokalizacja pozwala na określenie odległości, obmiar zaś umożliwia określenie zakresu. W odpowiedzi Zamawiający poinformował że w chwili obecnej nie posiada danych, o które wnioskuje wykonawca. Podobnie w pytaniu nr 63, gdzie m.in. wykonawca zwrócił się z prośbą o podanie pożądanego składu proporcji pomiędzy środkami chemicznymi i niechemicznymi, które mają być dostarczane do skrzyń. Skład mieszanki i odpowiednie proporcje mają istotne znaczenie dla ustalenia ceny. Zamawiający nie odniósł się do tego pytania, informując jedynie, że usługę ta należy skalkulować w cenach jednostkowych. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby dookreślił przedmiot zamówienia (gotowość) w zakresie ilości, zakresu i rodzaju, odpowiednio do obowiązków, do których wykonania zobowiązał wykonawcę i określił że ma to zostać wliczone w cenę w odniesieniu do poszczególnych, konkretnych pozycji, gdzie ta gotowość jest wymagana, w szczególności poprzez udzielenie szczegółowej odpowiedzi na pytania nr: 1, 20, 28, 43, 45, 47, 48, 55, 57, 60, 61, 63, 66, 68, 83, 91, 92, 93, 109 oraz wskazanie stawki podatku VAT, bowiem, jak się wydaje, chodzi o usługę kompleksową opodatkowaną stawką podstawową.

Uzasadniając zarzut oznaczony nr IX dotyczący podatku VAT, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że usługi są ze sobą powiązane, ich wykonanie pociąga za sobą następne czynności, które muszą być wykonane by usługa została uznana za zrealizowaną. Takie usługi występują w przypadku oczyszczania gdzie wykonawca został zobowiązany do pozostawania w gotowości, dyżurowania, monitorowania rejonu, analizowania warunków pogodowych, a następnie po uzyskaniu zlecenia dokonania oczyszczania zlecanych nawierzchni w wyznaczonym czasie. W skład usługi wchodzi czynność oczyszczania, zbierania odpadów, segregacji odpadów załadunku, czasowego magazynowania - odpady mają być zbierane do 24 godzin, transportu, utylizacji lub przekazania ich do instalacji. Przyjęte zasady i formuła rozliczenia powoduje, że są to usługi kompleksowe, które powinny być obciążone 23% stawką podatku VAT. Zamawiający w związku z pytaniem nr 75 oraz z pytaniem 111 wyjaśnił, że wykonawca jest zobowiązany do właściwej, odpowiedniej stawki podatku VAT. Z drugiej zaś strony narzucił stawkę 8% taką wpisując do Formularza ofertowego, co powoduje, że nie ma możliwości zastosowania stawki właściwej - innej niż 8%.

Zamawiający ustalając wadliwie stawkę VAT zaniżył wartość podatku należnego. Zamawiający narzucając stawkę podatku VAT naraża wykonawców i siebie na sankcje karno-skarbowe. Udzielone przez niego odpowiedzi są ze sobą sprzeczne, ponieważ raz wskazuje by to wykonawca ustalił odpowiednią stawkę, w formularzach, zaś ustala tą stawkę za wykonawcę. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie prawidłowej stawki podatku VAT, zaznaczając, że w jego ocenie wynosi ona 23% dla wszystkich pozycji objętych zamówieniem z uwagi na ich kompleksowy charakter.

W uzasadnieniu zarzutu oznaczonego nr X. dotyczącego godzin świadczenia usługi, Odwołujący zwrócił uwagę na pytanie nr 26 odnoszące się do Działu I pkt II oraz Działu II pkt I SOPZ i kwestii czasu wykonania prac określonego przez Zamawiającego i nałożonych ograniczeń związanych z ciszą nocną i szczytem komunikacyjnym. Na pytanie: Czy Zamawiający jest świadom, że wymóg zakończenia prac związanych z oczyszczaniem do godziny 10:00 oraz nie prowadzenie prac w trakcie ciszy nocnej oraz w godzinach szczytu komunikacyjnych (pomiędzy 06:30 a 09:00) de facto uniemożliwia wykonawcy terminową realizację usług, a co za tym idzie naraża go na szereg wygórowanych kar umownych opisanych w §15 wzoru umowy". Zamawiający odpowiedział „Tak”, czym w ocenie Odwołującego potwierdził, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób wadliwy. Nawet jeśli uznać, że jest to poprawna odpowiedź na literalnie rozumiane pytanie, to taka odpowiedź stanowi przyznanie tego, że kary umowne są wygórowane, a sam sposób świadczenia jest tak opisany, że kary umowne zostaną na pewno naliczone. Oznacza to zatem, iż Zamawiający przyznaje, iż nadużył przysługującego mu prawa do kształtowania treści SIWZ.

Odnosnie zarzutu oznaczonego XI dotyczącego badania sprzętu, Odwołujący zauważył, że pytanie 69 dotyczyło udostępnienia sprzętu na żądanie Zamawiającego (pokazy sprzętu w zakresie ilościowym i jakościowym). Zamawiający miał podać w jaki sposób będzie badany sprzęt i jego jakość, a także jakie dokumenty urządzenia będą oceniane. Zamawiający odpowiedział lakonicznie, że wizualnie sprawdzane będzie działanie pojazdów wraz z oprzyrządowaniem. Tak udzielona odpowiedź oznacza, że może być badane np. radio będące oprzyrządowaniem pojazdów. Informacje te są istotne dla wykonawcy, ponieważ przeglądy takie mają być wliczone w cenę usługi. Przegląć sprzęt kończy się potwierdzeniem jego zgodności z ofertą lub brakiem zgodności, co niesie za sobą konsekwencje zawarte w umowie. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenia szczegółowej odpowiedzi na pytanie nr 69.

W uzasadnieniu zarzutu oznaczonego nr XII - Zagrożenia ruchu i oczyszczanie pasów przyjezdniowych, Odwołujący wskazał na pytanie nr 44 zawierające prośbę o zdefiniowanie zadań, które będą wykonywane w ramach usuwania zagrożeń ruchu drogowego i stwierdził, że zamiast udzielenia odpowiedzi, Zamawiający poinformował, że zadania te będą obejmować przywrócenie bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego. Nie jest to odpowiedź na pytanie. SOPZ nie zawiera danych opisujących wystarczająco dokładnie przedmiot zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia należytą wycenę zamówienia. Zgodnie z Działem II, pkt VII ust. 1 usługa oczyszczania pasów przyjezdniowych, w tym rowów polega na usuwaniu zagrożeń maksymalnie do 60 minut, oczyszczanie pasów przyjezdniowych z wszelkich zanieczyszczeń, wygrabieniu i wywozie utylizacji opadłych liści, usunięciu powalonych drzew, usuwaniu zwierzęcych odchodów, zbieraniu i wywozie zanieczyszczeń. Zgodnie z SOPZ prace mają być podejmowane niezwłocznie, nie później niż w ciągu 4 godzin od momentu otrzymania zlecenia. Zamawiający potwierdził, że usługę wygrabienia należy wykonać w ramach czynności oczyszczania pasów przyjezdniowych, w ten sposób połączył ze sobą dwie usługi: usługę porządkową i usługę ogrodniczą. Usługi te różnią się celem, w przypadku prac porządkowych zbierane zaś zanieczyszczenia i odpady, które trafiają na wysypisko. W przypadku usługi ogrodniczej odpady muszą trafić na instalację kompostową. Usługę sprzątającą wykonuje się poprzez zbieranie, podnoszenie odpadów, natomiast usługę ogrodniczą można wykonać jedynie za pomocą narzędzi. Usługa sprzątająca ma charakter bieżący, cykliczny; zaś usługa ogrodnicza to prace sezonowe związane z okresem wegetacyjnym drzew i krzewów. Różny jest czas wykonania tych prac, co powoduje, że nie jest możliwe wykonanie tych prac w wyznaczonym 4 godzinnym czasie. Zamawiający na pytanie nr 65 i pytanie nr 10 nie odniósł się do tych wskazanych mu dysproporcji w ustaleniu usługi. Usługa ta również po połączeniu ma cechę usługi kompleksowego utrzymania, dla której ustalono wadliwą stawkę podatku VAT. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenia szczegółowej odpowiedzi na pytanie nr 65 i nr 10.

Uzasadniając zarzut oznaczony nr XIII - Monitorowanie warunków pogodowych Odwołujący podniósł, że Zamawiający na pytanie nr 28, w którym był proszony o wyjaśnienie w jakim celu Wykonawca ma monitorować (obejrzęczać, obserwować) Rejon oraz warunki pogodowe skoro o rozpoczęciu działań decyduje wyłącznie decyzja zamawiającego - polecenie urzędnika, odpowiedział cyt. monitorowanie rejonu oraz warunków pogodowych leży w interesie wykonawcy, aby był gotowy do szybkiego reagowania po otrzymaniu zlecenia od zamawiającego. Natomiast w pytaniu nr 29 pytany czy w przypadku, gdy warunki pogodowe, które spowodują konieczność zlecenia akcji zima na drogach równocześnie spowodują ogłoszenie Akcji zima na chodnikach, odparł, że działania te będą ustalone niezależnie od siebie. Takie wyjaśnienia oznaczają, że obserwowanie pogody, objazdy miasta, monitoring i obserwacja pozostają bez związku z realizacją umowy, bo jedynie decyzja Zamawiającego wydana niezależnie od warunków pogodowych skutkuje rozpoczęciem wykonywania prac. Podobnie można odnieść takie wrażenie w zakresie pytania nr 48. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenie wyczerpującej i spójnej odpowiedzi na pytanie 28, 29, 48, albo nakazanie wykreślenie obowiązku obserwacji pogody i stałego monitoringu miasta, wskazując, że czynności te są bardzo kosztowne, a pozostają bez związku z realizacją umowy.

Odnosnie zarzutu XIV - Zlecenia częściowe, Odwołujący podał, że Zamawiający poprzez pytanie nr 47 został poproszony o wskazanie ram potencjalnych zleceń. Wnoszono o ustalenie szacunkowej ilości tych prac, a także wyznaczenie czasu na wykonanie danych zleceń. Zamawiający w odniesieniu się do tego pytania poinformował, że te dane zostały określone w Formularzach ofertowych oraz SOPZ. Stwierdzenie takie nie jest zasadne, ponieważ takie informacje odnoszące się do zleceń częściowych nie zostały ustalone w Formularzach ofertowych oraz SOPZ. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenie wyczerpującej i spójnej odpowiedzi na pytanie 47 poprzez

wskazanie zakresu potencjalnych zleceń częściowych w zakresie szacunkowej ilości i czasu wyznaczonego na ich realizację.

Uzasadniając zarzut oznaczony nr XV dotyczący standardu zimowego utrzymania, Odwołujący stwierdził, że w SOPZ Zamawiający ustalił, że jezdnie mają być odśnieżane na całej długości i szerokości. Zapis taki oznacza że śnieg musi być zgarnięty od krawężnika do krawężnika lub do pobocza. Wykonanie takiego odśnieżania jest niemożliwe w sytuacji gdy na poboczach dróg parkują samochody, są wystawione kubły na śmieci lub w jezdni znajdują się inne przedmioty. Dotyczy to około 60% dróg. Zamawiającemu zwrócono na to uwagę w pytaniu nr 49. Zamawiający odnosząc się do tego problemu podtrzymał swoje ustalenia zawarte w SOPZ. W innych odpowiedziach udzielonych na pytania, stwierdził że nie dopuszcza żadnych odstępstw od tak ustalonych zasad (pytanie 50). Natomiast w pytaniu nr 85, które dotyczy odśnieżania ulic, przy których parkują samochody Zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza pozostawienie części odplużonego śniegu w części przykrawężnikowej pod warunkiem odkrycia studzienek wodno-ściekowych. Odpowiedzi te z zdaniem Odwołującego wzajemnie się wykluczają, a mają bardzo istotny wpływ na wycenę prac, bo dotyczą standardów utrzymania, pożądanego przez zamawiającego efektu. Zamawiający w SOPZ w sposób bardzo lakonicznie niewystarczający opisał „standardy zimowego utrzymania”, wskazał, na standard nawierzchni tzw. czarna mokra. Ten wymóg został określony dla dróg wojewódzkich, powiatowych, gminnych, wewnętrznych, dojazdowych. Ustalenie jednolitego standardu „czarna, mokra” jest niemożliwe do wykonania z tej przyczyny, że drogi te pełnią różne funkcje, mają różną nawierzchnię, różną szerokość. Standard drogi „czarna, mokra” na drogach publicznych jest gwarantowany wyłącznie na drogach pierwszego standardu, co sprowadza się do dróg o charakterze autostrady, drogi ekspresowej, drogi krajowej. Drogi kategorii niższej, a więc wojewódzkie, odśnieżane są w standardzie, który dopuszcza okresowe występowanie luźnego śniegu, błota pośniegowego i cienkiej warstwy nieutrudniającej ruchu. Drogi powiatowe i gminne czy lokalne z reguły są utrzymywane w standardzie trzecim lub czwartym, gdzie dopuszczono, występowanie zasp zajeżdżonego śniegu. Na drogach takich przewiduje się, że będą występowały czasowe utrudnienia dla samochodów osobowych. Wynika to z faktu, że na drogach tych parkują samochody, wystawiane są pojemniki na odpady, co uniemożliwia albo utrudnia ich odśnieżanie. Uzyskanie na tych drogach standardu „czarna mokra” w sytuacji gdy jest na nich mały ruch wymaga czasu nawet do 6 godzin - wynika to z czasu niezbędnego na rozpuszczenie się, roztopienie śniegu, który pozostaje po przejściu pługów. Na drogach tych pojawiają się również koleiny, zajeżdżony śnieg, jeździł śnieżne. Dzieje się tak gdy droga jest zablokowana parkującym pojazdem, który następnie opuści swoje miejsce. Na drogach tych też występują na 10% ich nawierzchni zasy (załącznik 2 - przykładowe zasady odśnieżania).

Zamawiający tych różnic w funkcji i klas ulic nie dostrzegł, co powoduje, że określony przez niego standard „czarnej, mokrej ulicy” jest niemożliwy do uzyskania na drogach lokalnych, gminnych, miejscach postojowych, parkingach, w sytuacji gdy warunki będą niekorzystne. W umowie w §15 Zamawiający przewidział karę w wysokości 20% wysokości zlecenia za nieutrzymanie niewłaściwego standardu zimowego na zakończenie dobowego utrzymania. Poza tą sankcją w SOPZ podkreślił, że w przypadku nieuzyskania wymaganego standardu wykonawca jest zobowiązany kontynuować prace „po zakończeniu doby” aby uzyskać standard. W przypadku dróg lokalnych po pierwszym dniu opadów wykonawca w ujemnych temperaturach musiałby te drogi utrzymywać, aż do roztopów. Na drogach z niewielkim ruchem nie jest możliwe uzyskanie drogi czarnej bez względu na ilość środków jakie będą użyte. Ilość środków które mogą być użyte opisana jest w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27.10.2005 r. w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U. nr 230 poz. 1960). Dawki te jednak odnoszą się do skategoryzowanych dróg. Standard zimowego utrzymania nie został określony zgodnie ze sztuką odśnieżania i praktyką, jaka w tym zakresie jest stosowana. W punkcie V SOPZ zamawiający opisał zasady odśnieżania ciągów pieszych i/lub rowerowych w tym chodników, schodów terenowych, przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej. W zamieszczonym w SOPZ opisie pominięto opis standardu dla czynności określonej w Formularzu ofertowym jako „utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej - jednorazowe”. Brak tego opisu uniemożliwia wycenę prac, a nawet ustalenie w jaki sposób mają się te czynności odbywać. Opis nie rozdziela czynności jednorazowego utrzymania i czynności dobowej. Zamawiający w SOPZ na stronie 5 pkt II, ppkt 11 zaznaczył, że każdorazowo należy wykonać pracę na całej szerokości jezdni. Tak zakreślone działanie na drogach lokalnych, gminnych i części dróg powiatowych jest niemożliwe z tej przyczyny, że na poboczach tych dróg parkują samochody. Nie jest to możliwe również przy uwzględnieniu, że część prac można wykonać ręcznie, ponieważ nie sposób tej usługi wykonać pod samochodami. Tak wykonywana usługa nie zwiększa również miejsca na który śnieg można by sprzątnąć. Odnosząc się do odśnieżania miejsc postojowych Strefy płatnego parkowania (MP SPP) Odwołujący wskazał, że w opisie zamieszczonym na stronie 10 SOPZ pkt VI ppkt 3 Zamawiający zapisał sprzeczność w stosunku do zamierzonego przez siebie działania. W odniesieniu do miejsc Płatnego parkowania Wykonawca powinien podejmować czynności „od chwili wystąpienia zjawiska”. Wymóg taki stoi w sprzeczności z innymi postanowieniami, z których wynika że wykonawca winien czekać na decyzję Zamawiającego. Podobnie jak dyspozycja, która została zawarta w pkt 4 tego rozdziału, gdzie wykonawca został zobowiązany do bieżącego wywozu sprzyszmowanego śniegu, który winien nastąpić do godziny 07:00. Zamawiający wpisując takie zalecenia zapomniał, że w innym miejscu SOPZ ustalił, że prace te będą wykonywane na jego polecenie. W SOPZ na stronie 6, Dział II i dalej uwagi do Działu - Uwag nr 3, zapisano że do oszacowania kosztów wywozu śniegu z jezdni i chodników należy przyjąć, że śnieg należy przewieźć i składować na wskazanym przez Zamawiającego miejscu na terenie miasta Bytomia. Tak podane informacje nie są wyczerpujące, ponieważ bez podania lokalizacji miejsca składowania nie sposób skalkulować kosztów transportu i kosztów składowania śniegu, co narusza art. 29 pzp. Zamawiający w Formularzach ofertowych wskazał, że jednostką miary przy czynności „Wywóz śniegu” jest 1 mb. Tak podana jednostka bez ustalenia szerokości tego metra bieżącego jest niewystarczająca by w sposób prawidłowy ustalić cenę za wywóz śniegu. Prawidłową jednostką do prac związanych z wywozem odpadów typu śnieg jest 1 m3 lub tona, czyli jednostki miary odnoszące się do ładunków. Metr bieżący jest nieprawidłową jednostką przy pomocy której nie można ustalić wielkości ładunku, który ma być wywożony. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenie wyczerpującej i spójnej odpowiedzi na pytania 49, 50, 85 i jednoznaczne opisanie standardu zimowego utrzymania poprzez jednoznaczne ustalenie stawianych wymagań.

W uzasadnieniu zarzutu oznaczonego nr XVI dotyczącego usuwania awarii systemu GPS, Odwołujący zauważył, że Zamawiający rozpatrując pytania wprowadził obowiązki nieodnoszące się do wykonawców. Na pytanie nr 82, w którym był proszony o wyjaśnienie jakich awarii systemu GPS dotyczy obowiązek ich usuwania w trakcie 24 godzin ze wskazaniem, że mogą to być również awarie satelitów, systemu GPRS, a więc awarie niemożliwe do usunięcia przez Wykonawcę, uznał, że wykonawca bez względu na rodzaj awarii ma sprawić by system GPS działał. Zapis taki wprost oznacza, że jest to obowiązek niemożliwy do wypełnienia, ponieważ żaden spośród wykonawców ubiegających się o zamówienie nie ma możliwości usunięcia awarii systemu satelitarnego czy też awarii GPS w obszarze do którego a priori nie ma dostępu. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ (umowy) zmiany polegającej na zniesieniu obowiązku usunięcia awarii GPS w zakresie innym niż lokalizator pojazdu którym dysponuje wykonawca.

Następnie, uzasadniając zarzut oznaczony nr XVII - Wzór umowy, Odwołujący stwierdził, że dokonane pismem z

12 lutego 2021r. modyfikacje SIWZ i przedstawienie obszernych wyjaśnień powinny znaleźć odzwierciedlenie w obowiązującym wzorze umowy. Przykładowo w odpowiedzi na pytanie nr 3 odnoszące się do przewidywanych waloryzacji, Zamawiający zadeklarował, że przewiduje taką waloryzację w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych. Deklaracja ta jednak nie została potwierdzona we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ. W związku z decyzją Zamawiającego o przewidywanej waloryzacji Zamawiający winien dookreślić który - jaki konkretnie - wskaźnik wzrostu cen i towarów konsumpcyjnych jego zdaniem powinien stać się miarą waloryzacji. Zdaniem Odwołującego zasadne byłoby wskazać, odnoszące się do elementów kosztotwórczych związanych z realizacją umowy, a więc w szczególności: wzrost wynagrodzeń, wzrost cen utylizacji odpadów, wzrost ceny paliw, wzrost ceny soli drogowej. Konsumpcyjny wskaźnik cen i towarów jest de facto bez związku ze wskazanymi elementami. To wskaźnik konsumencki tzw. koszyk gospodarstw domowych. Nie ma on związku ze specjalistyczną usługą, która jest elementem zamówienia, dotyczy wydatków dokonywanych przez konsumentów, rodziny. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ (umowy) zmiany polegających na wskazaniu wskaźnika waloryzacji cen w umowie i dokonanie stosownego zapisu we wzorze umowy.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, a w przedstawionym na rozprawie stanowisku dał wyraz temu, iż nie zgadza się z zarzutami odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ i pisma z dnia 12 lutego 2021 r. zawierające pytania wykonawców do SIWZ i udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: wyciągu z normy PN-EN 15429-3:2015-05E oraz objaśnień podatkowych, z tym, że złożone przez Odwołującego na posiedzeniu objaśnienia podatkowe, jako złożone na potwierdzenie spóźnionych zarzutów odwołania, zostały pominięte przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, ubiega się o udzielenie zamówienia. Naruszenia przepisów ustawy ma bezpośredni wpływ na treść ofert i co za tym idzie na wybór oferty najkorzystniejszej i udzielenie zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej m.in. na uniemożliwieniu uzyskania i realizacji zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. W przypadku odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu, dla uznania istnienia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego, wystarczająca jest jego deklaracja o zainteresowaniu udziałem w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, zaś szkoda, na którą jest narażony, wynika z niedozwolonych postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (SPOZ), stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ przedmiotem zamówienia są prace w zakresie letniego i zimowego utrzymania pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia. Utrzymaniu podlegają nawierzchnie jezdni ulic wraz z pasami przyjezdniowymi, miejscami parkingowymi oraz chodnikami, ścieżkami rowerowymi, przystankami komunikacji miejskiej. Przedmiot zamówienia obejmuje również opróżnianie koszy ulicznych. Załączniki od 1 do 4 zawierają szczegółowy wykaz terenów we wszystkich regionach.

Ogłoszenie o postępowaniu i SIWZ zostały udostępnione w dniu 22 grudnia 2020 r. Zamawiający w dniu 12 lutego 2021 r. udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 4 stycznia 2021 r. Odwołujący złożył pierwsze odwołanie wobec postanowień SIWZ w analizowanym postępowaniu, zarejestrowane pod sygn. akt KIO 27/21, które zostało przez niego wycofane, co skutkowało wydaniem przez Izbę postanowienie o umorzeniu postępowania. Odwołanie to w części zawierało zarzuty zbieżne z obecnie postawionymi w niniejszym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jedynie w części, tj. w zakresie zarzutów wskazanych w uzasadnieniu odwołania w pkt V, VI, XVI, XVII oraz w zakresie dotyczącym weryfikacji spełniania normy EURO przez sprzęt wykonawcy postawiony w ramach pkt III ośnośnie odpowiedzi Zamawiającego na pytanie wykonawcy nr 73, zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zamawiający, jeśli uzna to za konieczne, jest uprawniony przed terminem składania ofert do wprowadzenia zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym może to uczynić w wyniku otrzymanych pytań lub z własnej inicjatywy. Nie jest przy tym związany treścią pytania, jak też sugestiami wykonawcy, co do ewentualnych zmian postanowień tego dokumentu. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to jego potrzeby mają być zabezpieczone w wyniku jego przeprowadzenia i wykonania umowy zawartej z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Następnie wskazania wymaga, że odwołania dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podobnie jak odnoszące się do innych czynności lub zaniechań Zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co wynika z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPZp. Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców do kształtowania takiej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która pozwoli na złożenie oferty na korzystniejszych dla nich warunkach, w sytuacji gdy zakwestionowana treść nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa. Zamawiający, jako podmiot udzielający zamówienia jest uprawniony do określenia oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i sposobu wykonania. Jeżeli wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich postawienia. Okoliczność, że dany wykonawca wolalby wykonywać zamówienie np. przy użyciu innego sprzętu, niż wskazany przez zamawiającego, nie może być automatycznie traktowana jako naruszenie konkurencji, tym bardziej, jeśli nie zostało wykazane, aby nie było po jego stronie możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dalszej kolejności przytoczenia wymagają podstawowe przepisy, jakie zostały zdaniem Odwołującego naruszone przez Zamawiającego, które stanowią:

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp 1. *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.* 3. *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp stanowią: 1a. *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.* 1b. *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 3) zdolności technicznej lub zawodowej.*

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: 1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* 2. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Art. 36 ust. 1 pkt 3, pkt 5, pkt 10, pkt 12, pkt 13 ustawy Pzp stanowią: *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: 3) opis przedmiotu zamówienia; 5) warunki udziału w postępowaniu; 10) opis sposobu przygotowywania ofert; 12) opis sposobu obliczenia ceny; 13) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego;*

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp: *W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art.37 ust.5 stosuje się odpowiednio.*

W myśl z art. 147 ustawy Pzp 1. *Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej „zabezpieczeniem”.* 2. *Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.*

Art. 353¹ Kodeksu cywilnego stanowi: *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

Art.5. Kodeksu cywilnego stanowi: *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*

Ponadto zwrócenia uwagi wymaga przepis art.6. Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: *Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*, który znajduje zastosowanie w postępowaniu w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów, które w ocenie Izby znalazły potwierdzenie należy wskazać:

Ad. zarzut oznaczony nr V. dotyczący roku produkcji ciągnika rolniczego.

W ocenie Izby zmiana pkt. 5.3.3., ppkt. c SIWZ dokonana przez Zamawiającego 12 lutego 2021 r., wprowadzająca wymóg, aby rok produkcji ciągnika rolniczego nie był starszy niż 2011 r. stanowi wyraz niekonsekwencji Zamawiającego, który w tym samym piśmie zrezygnował z wymogu dotyczącego spełniania m.in. przez polewaczki normy EURO 5, otwierając konkurencję, a jednocześnie ograniczył konkurencję, wprowadzając ograniczenia czasowe jedynie co do ciągnika rolniczego, nie czyniąc tego, jak zauważył Odwołujący, np. odnośnie kosiarek. Słusznie zatem zauważył Odwołujący, że nie jest zrozumiałe, dlaczego nastąpiło określenie roku produkcji jedynie dla ciągników rolniczych, skoro dla innych maszyn wskazanych w SIWZ wymagania takiego nie ma.

Zamawiający nie wykazał, aby wprowadzona zmiana warunku znajdowała obiektywne uzasadnienie. Nie zostało wykazane, aby dla zlecanych prac związanych z wykaszaniem poboczy dróg, rok produkcji ciągnika rolniczego miał znaczenie, w tym nie zostało również wykazane, że nie można uzyskać takiego samego efektu koszenia przy wykorzystaniu ciągnika np. z 2010 roku. Nadto nie zostało wykazane, aby ciągniki sprzed określonej przez Zamawiającego daty nie spełniały obowiązujących norm. Wprowadzone ograniczenie może natomiast, w sposób nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, ograniczać konkurencję w postępowaniu

W ocenie Izby argumentów podnoszonych przez Zamawiającego na rozprawie na uzasadnienie wprowadzenia powyższego ograniczenia w postaci aspektów: wizerunkowego i ekologicznego nie można uznać za wystarczające do wykazania zasadności wprowadzonego ograniczenia. Tym bardziej, że takim twierdzeniom nie towarzyszyły żadne dowody lub wyjaśnienia, z jakiego powodu ciągniki np. z 2010 r. negatywnie wpływałyby na wizerunek Zamawiającego czy ekologię, a takie z 2011 r. już takiego negatywnego wpływu nie mają. Nie można zatem uznać, że Zamawiający wykazał, że ograniczenie dotyczące roku produkcji ciągników rolniczych wynika z jego uzasadnionych potrzeb.

W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wyeliminowanie ograniczenia co do określonego w piśmie z dnia 12

lutego 2021 r., ostatnia strona Uwaga 2, roku produkcji wymaganych ciągników rolniczych.

Ad. zarzut oznaczony nr VI. dotyczący nierównych warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby zostało wykazane, że Zamawiający ukształtował ten warunek udziału w postępowaniu w sposób dyskryminujący wykonawców, którzy mają własny sprzęt, a jednocześnie w sposób faworyzujących wykonawców, którzy nie posiadają wymaganego wyposażenia, co narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Jak zauważył Odwołujący, na pytanie nr 104, czy sprzęt wykazany w ofercie wykonawcy może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych zamawiających lub na innych kontraktach, Zamawiający oświadczył, że sprzęt wykazany w ofercie wykonawcy w wymaganej ilości i jakości nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych zamawiających lub na innych kontraktach. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 105, które odnosiło się do możliwości wykorzystania sprzętu uzyskanego od podwykonawców lub sprzętu pozyskanego jako zapożyczone zdolności techniczne do usług świadczonych dla innych zamawiających lub na innych kontraktach, Zamawiający oświadczył, że ograniczenia wprowadzone w odpowiedzi na pytanie 104 nie dotyczą sprzętu pozyskanego.

Słusznie zatem Odwołujący stwierdza, że wykonawca, który zamierza wykonać zamówienie zasobami własnymi nie będzie mógł z tego sprzętu korzystać przy realizacji innych kontraktów, zaś wykonawca, który dysponuje sprzętem udostępnionym mu przez inny podmiot, będzie mógł go wykorzystywać przy realizacji innych umów. Wskazuje to na nierówne traktowanie wykonawców.

Z tych względów Izba nakazała Zamawiającemu usunięcie z SIWZ zakazu wykorzystania przez wykonawców własnych zasobów do świadczenia usług dla innych zamawiających lub innych kontraktów.

Ad. zarzut oznaczony nr XVI. dotyczący usuwania awarii systemu GPS

W ocenie Izby, zostało potwierdzone, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 82 Zamawiający wprowadził obowiązki przekraczające możliwości wykonawców.

Pytanie to zawierało prośbę o wyjaśnienie, jakich awarii systemu GPS dotyczy obowiązek ich usuwania w trakcie 24 godzin od momentu stwierdzenia awarii oraz o wskazanie zdarzeń, których ten obowiązek dotyczy. Zostało przy tym wyjaśnione, że w przypadku awarii satelitów, czy systemu GPRS, nie jest możliwe ich usunięcie przez wykonawcę. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że system GPS ma być sprawny w trakcie trwania umowy, a obowiązek usunięcia awarii w terminie 24 godzin dotyczy każdej awarii.

Jak stwierdził Odwołujący, żaden spośród wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie nie ma możliwości usunięcia awarii systemu satelitarnego, czy też awarii GPS w obszarze, do którego nie ma dostępu.

Na rozprawie Zamawiający poinformował, że jego intencją było odniesienie w omawianym zakresie tylko do awarii GPS w samochodzie służącym do realizacji umowy. Odpowiadając jednak na pytanie nr 82 dał wyraz temu, że chodzi o wszystkie awarie.

W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ zmiany polegającej na zniesieniu obowiązku usunięcia awarii GPS w zakresie innym, niż lokalizator pojazdu, którym dysponuje wykonawca.

Ad. zarzut oznaczony nr XVII. odnoszący się do waloryzacji i wzoru umowy w tym zakresie

W odpowiedzi na pytanie nr 3, w którym wykonawca wskazał, że umowa ma być zawarta na cztery lata i w związku z tym wykonawca nie jest w stanie przewidzieć wielu zmian cen/kosztów realizacji usługi m.in. cen paliw, ceny utylizacji odpadów i prosił o odpowiedź, czy Zamawiający rozważa uregulowanie w umowie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Zamawiający podał, że przewiduje waloryzację cen jednostkowych netto, nie częściej niż raz na rok i nie wcześniej, niż po roku obowiązywania umowy. Wskazał przy tym, że nastąpi ona na podstawie wniosku wykonawcy o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS.

Jak zauważył Odwołujący w związku z ww. decyzją Zamawiający powinien dookreślić który - jaki konkretnie - wskaźnik wzrostu cen i towarów konsumpcyjnych jego zdaniem powinien stać się miarą waloryzacji, wskazując jednocześnie, iż jego zdaniem zasadne byłyby wskaźniki, odnoszące się do elementów kosztotwórczych związanych z realizacją umowy, a więc w szczególności: wzrost wynagrodzeń, wzrost cen utylizacji odpadów, wzrost ceny paliw, wzrost ceny soli drogowej. Konsumpcyjny wskaźnik cen i towarów, z uwagi na to, że obejmuje tzw. koszyk gospodarstw domowych, pozostaje bowiem bez związku ze wskazanymi elementami. Nie ma on związku ze specjalistyczną usługą, która jest elementem zamówienia.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wskaźnik waloryzacji i zasady jej wprowadzania powinny zostać określone przez Zamawiającego we wzorze umowy, jak również to, że podany w umowie wskaźnik powinien się odnosić do cen materiałów i kosztów związanych z realizacją umowy. Wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu na rozprawie, nie jest wystarczające zamieszczenie tych postanowień dopiero w umowie podpisywanej z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, nadto nie jest zasadne odnoszenie waloryzacji do zmian do cen dóbr konsumpcyjnych. Kwestie zmiany cen w sposób jasny powinny być uregulowane we wzorze umowy. Wykonawcy powinni na równych zasadach znać wiążące ustalenia w tym zakresie. Może to mieć bowiem wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty i uwzględniane w niej ryzyka.

W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wskazanie wskaźnika waloryzacji cen w umowie i wprowadzenie stosownego postanowienia we wzorze umowy. W ocenie Izby, jakkolwiek postępowanie zostało wszczęte 22 grudnia 2020 r., to mając na uwadze, ww. odpowiedź na pytanie jak również twierdzenie Zamawiającego, że miał w tym zakresie na uwadze przepisy ustawy NPzp, a także to, iż umowa będzie zawarta i będzie realizowana w czasie obowiązywania ustawy NPzp, za pomocny w tym zakresie należy uznać przepis art. 439 ustawy NPzp.

Ad. odpowiedź na pytanie nr 73

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Odwołującego, wywodzone z odpowiedzi na pytanie nr 73, dotyczące sprawdzania i badania emisji spalin odpowiednio dla zadeklarowanej normy EURO 5 lub EURO 6, na które Zamawiający odpowiedział, że wykonawca jest zobowiązany do prezentacji sprzętu w normie EURO, którą zadeklarował, a sposób weryfikacji normy EURO zostanie określony podczas kontroli sprzętu.

Zamawiający jest zobowiązany do przekazania, na równych zasadach, wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu, informacji dotyczących nie tylko wymogów jakie stawia, ale też, sposobu ich weryfikacji. Sposób weryfikacji spełnienia wymogów określonych w SIWZ nie może być ustalany przez Zamawiającego dopiero po wyborze

najkorzystniejszej oferty i po podpisaniu umowy. Powinien on być znany wykonawcom, zanim oferty zostaną złożone.

W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu określenie w SIWZ sposobu weryfikacji spełniania normy EURO przez sprzęt wykonawcy.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie zostały uwzględnione, w tym część z przyczyn formalnych.

Ad. zarzut oznaczony nr III. dotyczący polewaczek

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymogów dla polewaczek Odwołujący podał, że Zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu zawarte w pkt 5.3.3. c) SIWZ - Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych w odniesieniu do samochodu polewaczki o minimalnej pojemności zbiornika 6m³ oraz samochodu polewaczki o dopuszczalnej masie całkowitej do 2,5 tony i pojemności zbiornika wody do 2 m. Zmiany polegały m.in. na tym, że Zamawiający zrezygnował z wymogu aby samochody te spełniały, co najmniej normę EURO 5. Było to konsekwencją pytania nr 8, w którym wykonawca wskazał m.in., że polewaczki będą używane sporadycznie w sezonie letnim, jedynie w warunkach wysokich temperatur, sporadyczność usługi polewania jezdni i chodników nie wpłynie na zanieczyszczenie środowiska, a podwyższa cenę.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego, który twierdzi, że przyjęcie punktu widzenia autora pytania nr 8 skutkuje tym, że Zamawiający faktycznie preferuje tego wykonawcę. Zmianę tę należy bowiem uznać za skutkującą rozszerzeniem konkurencji, a nie jak twierdzi Odwołujący, że za jej sprawą zostały naruszone zasady równości wykonawców, uczciwej konkurencji oraz transparentności i proporcjonalności, nie wykazując przy tym na czym takie naruszenie miałyby polegać.

Nadto zauważenia w tym zakresie wymaga, iż w ramach określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert zostało przewidziane m.in. kryterium dotyczące spełniania normy EURO 6 (i więcej) przez samochody, którymi dysponuje wykonawca, z wagą 10%, co oznacza, że w celu zapewnienia sobie możliwości uzyskania dodatkowych punktów, wykonawcy będą zainteresowani dysponowaniem samochodami, które pozwolą im na uzyskanie punktów w kryterium oceny ofert, a więc spełniającymi wyższe normy, niż norma emisji EURO 5.

Odwołujący nie wykazał również zasadności swoich twierdzeń, że zmiana ta jest sprzeczna z interesem Zamawiającego i mieszkańców Bytomia z uwagi na to, że będzie skutkowała większą emisją szkodliwych substancji. Podnoszone przez Odwołującego okoliczności dotyczące częstotliwości wykorzystania polewaczek w trakcie realizacji zamówienia, nie są wystarczające do wykazania zasadności takich twierdzeń. Za udowodnione nie można również uznać twierdzeń, iż przeciwko wprowadzonej zmianie przemawia niski standard normy EURO 5, jak też, że samochody o tej normie w najbliższych latach, nie będą mogły być wykorzystywane w centrach miast z uwagi na zanieczyszczenia, które emitują. Twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym, który go nie udźwignął.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, który twierdzi, że Zamawiający dokonując powyższej zmiany warunków uczestnictwa wpłynął również na ww. kryterium oceny ofert dotyczące normy EURO, a dokonanie takiej zmiany na 14 dni przed złożeniem ofert zmienia warunki konkurencji, zakłóca te warunki, eliminuje rozwiązania powszechne na rynku.

Jak wyżej zaznaczono wprowadzenie omawianej zmiany wpłynęło na rozszerzenie konkurencji. Nie można zatem skutecznie na gruncie zamówień publicznych twierdzić, że doszło do zakłócenia warunków konkurencji, a już tym bardziej nie znajduje potwierdzenia twierdzenie Odwołującego, że w ten sposób doszło do wyeliminowania rozwiązań istniejących powszechnie na rynku.

W związku z tym zarzut, w części odnoszącej się do rezygnacji z wymogu, aby samochody spełniały, co najmniej normę EURO 5, należy uznać za niezasadny. Nie zostało wykazane, aby taka rezygnacja naruszała wskazane w odwołaniu przepisy prawa. W związku z tym w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W dalszej kolejności zauważenia wymaga, że Odwołujący stwierdził również, że na pytanie nr 80, odnoszące się do warunku dysponowania samochodem polewaczką o masie całkowitej do 2,5 tony, która ma być wyposażona w zbiornik o poj. 2m³, Zamawiający odpowiedział, że nie przewiduje zmian w tym zakresie,

Powyższe wskazuje, że w dniu 12 lutego 2021 r. nie została wprowadzona zmiana do SIWZ w tym zakresie. Jak zostało powyżej wskazane, SIWZ została udostępniona wykonawcom w dniu 22 grudnia 2020 r. Termin na jej zaskarżenie upływał zatem na początku stycznia 2021 r. Termin ten nie podlega przywróceniu na skutek zadania pytania, w wyniku którego Zamawiający nie wprowadził zmian w SIWZ. W związku z tym w tym zakresie, odwołanie jako spóźnione, nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Ad. zarzut oznaczony nr IV. dotyczący zmiatarek

W ocenie Izby Zamawiający uzasadnił zmianę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zmiatarek w ramach wymaganych urządzeń, polegającą na rezygnacji z zmiatarek elewatorowych, co, jak stwierdził Odwołujący, w konsekwencji oznacza, że do wykonania zamówienia należy użyć wyłącznie zmiatarek ssących. Zamawiający przedstawił racjonalne uzasadnienie wprowadzonej zmiany SIWZ, pozwalające na uznanie, że ma ona oparcie w jego uzasadnionych potrzebach. Odwołujący, na którym zgodnie z art. 534 ust. 1 zd. 1 ustawy NPzp spoczywał ciężar dowodu, nie przedstawił żadnych dowodów podważających twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie.

Jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, dopuszczenie zmiatarek elewatorowych jest nieuzasadnione, ponieważ z jego doświadczenia wynika, że są z nimi kłopoty techniczne. Nadto mieszkańcy skarżą się na to, iż w wyniku ich pracy wytwarzana jest chmura pyłu. Wiąże się to ze sposobem pracy takiego pojazdu. Zbierany brud jest bowiem przenoszony na pojazdy, co powoduje powstanie kłębow pyłu. Z obserwacji Zamawiającego wynika, że po przejeździe zmiatarki elewatorowej pozostaje pas zmoczonego pyłu. Jest to zestaw samochodowo-ciągniony, który powoduje wtórne zanieczyszczenie. Nadto ogranicza to mobilność takiego zestawu. Natomiast zmiatarki ssące to jeden pojazd, w którym brud jest zasysany i nie ma efektu pylenia, są one cichsze i lepiej manewrujące. Zdaniem Zamawiającego czynność sprzątania zmiatarki ssącej jest wyższej jakości.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący w jednym miejscu odwołania wskazał, że nie można stwierdzić, że lepsza jest zmiatarka elewatorowa, a gorsza zmiatarka ssąca i na odwrót, muszą one spełniać te same normy, na potwierdzenie czego na rozprawie złożył wyciąg z normy PN-EN 15429-3:2015-05E. Natomiast w dalszej kolejności stwierdził, że jego zdaniem zmiatarki elewatorowe są lepsze w wielu parametrach, przedstawiając argumenty przemawiające jego zdaniem za wyższością zmiatarek elewatorowych, nie załączając jednak żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Okoliczność, iż zmiatarki spełniają ww. normę nie oznacza, że zmiatarki elewatorowe nie powodują wtórnego

zanieczyszczenia. Norma ta odnosi się bowiem jedynie do działania samej zmiatarki, a nie pojazdu o konstrukcji będącej zestawem samochodowo-ciągnionym, z którego z uwagi na jego budowę mogą być unoszone pyły, powodujące wtórne zanieczyszczenie, niweczące efekt sprzątania oraz stanowiące zagrożenie dla mieszkańców miasta.

Nadto nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że z treści Działu II, pkt. 2 SOPZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby zanieczyszczenia były usuwane, a nie zasysane, wynikało, że wprowadzona zmiana skutkowałą powstaniem sprzeczności z powyższym postanowieniem, jak też aby zmieniała ona przedmiot zamówienia. Usuwanie zanieczyszczeń następuje bowiem również poprzez ich zasysanie. Nie ma zatem wskazywanej przez Odwołującego sprzeczności. Tym bardziej, że zmiatarki ssące od początku występowały w SIWZ, a ich wykorzystanie przy realizacji zamówienia nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania, jeśli jest to uzasadnione jego potrzebami, może wymagać użycia przy realizacji zamówienia określonego rodzaju sprzętu. Odwołujący nie wykazał, w tym nie przedstawił dowodów, podważających stanowisko Zamawiającego, co do tego, że zmiana ta jest uzasadniona jego potrzebami. Nie wykazał także, że zmiana ta ogranicza dostęp wykonawców do zamówienia, jak też, że narusza określone przepisy ustawy Pzp.

W związku z tym w tym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Ad. zarzut oznaczony nr VII. dotyczący lokalizacji ekologicznego magazynu i bazy

Zarzut ten dotyczy postanowień SIWZ, które nie zostały zmienione w wyniku odpowiedzi Zamawiającego na pytania z 12 lutego 2021 r.

Na pytanie wykonawcy nr 121 co Zamawiający rozumie przez zawarte Dziale IV pkt 7 pojęcie ekologiczny magazyn, Zamawiający odpowiedział, iż sformułowanie to oznacza zgodny z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska. Nie stanowi to zmiany SIWZ. Jak sam Odwołujący zauważył na rozprawie, to, że ma to być magazyn zgodny z przepisami jest oczywiste.

W związku z tym zarzut ten, jako spóźniony, nie mógł być rozpatrywany przez Izbę.

Na marginesie zauważenia wymaga, że zarzut w odniesieniu do ww. magazynu ekologicznego został postawiony przez Odwołującego również w jego odwołaniu z dnia 4 stycznia 2021 r., które zostało wycofane, co potwierdza, iż okoliczności obecnie podnoszone mogły i powinny być podniesione w terminie ustawowym, liczonym od daty udostępnienia SIWZ.

Ad. zarzut oznaczony nr VIII. dotyczący opisu przedmiotu zamówienia sposobu obliczania ceny.

Jak stwierdził Odwołujący Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób ma być obliczona cena oferty. Pomimo pytań uchylił się od odpowiedzi poprzez stwierdzenie, że wykonawca powinien to wycenić w zaproponowanych cenach jednostkowych brutto.

Stwierdzenie takie, w ocenie Odwołującego, jest pewną oczywistością, jednak równie oczywiste jest to, że aby cokolwiek wycenić potrzebny zakres, ilość, rodzaj pracy etc. Te elementy winny wynikać z decyzji Zamawiającego, jednak w postępowaniu brak takich informacji.

Z powyższego stanowiska Odwołującego wynika, że stawia on zarzuty do SIWZ. Odpowiedź Zamawiającego na pytania wykonawcy nie wprowadziła bowiem zmian do tego dokumentu. Oznacza to, że obecnie stawiane zarzuty są spóźnione. Zostały one postawione z uchybieniem ustawowego terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec postanowień SIWZ. W związku z tym nie podlegały one rozpoznaniu przez Izbę.

Ocena ta znajduje potwierdzenie także w odniesieniu do wymienionych w odwołaniu pytań i odpowiedzi, w tym przykładowo wskazanym pytaniu nr 55, w którym Zamawiający został proszony o podanie powierzchni mis wokół drzew, uzupełnienie obmiarów, z których należy usunąć zanieczyszczenia, a także ich lokalizację. W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający poinformował, że powierzchnia ta jest wliczona w chodniki lub pas przyjezdniowy, a ich szczegółowa lokalizacja oraz ilość nie mają znaczenia. Zamawiający zatem udzielił odpowiedzi, która nie wprowadziła wnioskowanych przez wykonawcę zmian do SIWZ. Podobnie na pytanie nr 60, zawierające prośbę o dookreślenie wielkości zleceń, zakresu i ilości prac, efektywności pracy lub czasookresu powiązanego z zakresem czasu, jaki będzie zlecany w związku z oczyszczaniem ulic kat. IV, co ustalono w Dziale II, pkt. I, Zamawiający odpowiedział, że przewiduje zlecenie ulic IV kategorii na całej powierzchni z terminem wykonania umożliwiającym realizację usługi przez wykonawcę. Jest to odpowiedź nieskutkująca zmianą SIWZ. Również na pytanie nr 61 związane z wywozem śniegu, zawierające prośbę o dookreślenie wielkości zleceń, zakresu, ilości tj. jednorazowego zlecenia związanego z wywozem śniegu w m3, Zamawiający odpowiedział, że przewiduje uruchamianie zleceń na wywóz śniegu w jednostce obmiarowej 1 mb z terminem wykonania umożliwiającym realizację usługi przez Wykonawcę. Jak wynika z odwołania chodzi o jednostki 1mb bez określenia wysokości i szerokości pryzmy i możliwości wyliczenia jednostek transportowych np. 1m3 lub tona, a ta była określona w SIWZ.

Także odpowiedzi na pytania odnoszące się do gotowości nie wprowadzają zmian SIWZ. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający w ramach gotowości zobowiązał wykonawcę do prowadzenia dyżurów i dokumentacji, posiadania i obserwacji środków komunikacji typu telefon, email, sms, co Zamawiający ustalił np. na stronie 5 SOPZ, a w odpowiedziach potwierdza, że zamawia usługę gotowości stwierdzając, że wykonawca ma sobie ją skalkulować, ma obliczyć gotowość. Pytania jednak odnosiły się do zakresu tej gotowości, ilości, rodzaju, działań, nie przedstawiając obiektywnych, mierzalnych danych opisu warunków, które mogłyby w sposób prawidłowy umożliwić wycenę tej gotowości w odniesieniu do poszczególnych pozycji, gdzie jest ona wymagana. Uchylił się pomimo tego że był o to pytany w pytaniach nr: 1, 20, 28, 43, 45, 47, 48, 55, 60, 61, 63, 66, 68, 83, 91, 92, 93, 109. Powyższe pytania wskazane jedynie poprzez podanie numeru, bez przedstawienia szczegółowego stanowiska Odwołującego również, nie wprowadzały zmian do SIWZ. I tak np. pytanie nr 1 zostało postawione z powołaniem się na postanowienia SIWZ i dotyczyło rozliczania gotowości do świadczenia usług, a w odpowiedzi Zamawiający podał w tym zakresie, że wykonawca winien wycenić ją w zaproponowanych cenach brutto. W pytaniu 57, w którym wykonawca zwrócił się z prośbą o podanie, w formie wykazu lokalizacji i obmiarów, wszystkich chodników, które będą zlecane na wskazanie, w odpowiedzi Zamawiający poinformował że w chwili obecnej nie posiada danych o które wnioskuje wykonawca. Podobnie w pytaniu nr 63, które dotyczyło uzupełnienia formularza ofertowego o pozycję odnoszącą się do rozliczenia dla Rejonu, Zamawiający nie odniósł się do tego, informując jedynie, że usługę tę należy skalkulować w cenach jednostkowych. Na pytanie nr 20 dotyczące rozliczania gotowości sprzętu i ludzi w okresach nie prowadzenia czynnej akcji zimowej z przywołaniem odnośnych postanowień SIWZ tj. pkt. 14 SIWZ oraz zał. 1a, 1b, 1d, 1e do SIWZ, Zamawiający odpowiedział, że Wykonawca winien wycenić w zaproponowanych cenach brutto, a zatem zgodnie z SIWZ. Pytania nr 43, 45, 66, 68, 88, 91, 93, 109 zmierzały do zmiany formularza ofertowego, co nie nastąpiło, natomiast pytania nr 47, 92 zmierzały do uzupełnienia SPOZ, co

również nie nastąpiło.

Ad. zarzut oznaczony nr IX. dotyczący podatku VAT

Jak wynika z treści odwołania, Zamawiający w SIWZ narzucił stawkę podatku od towarów i usług (VAT) w wysokości 8%, wpisując ją do Formularza ofertowego, co powoduje, że nie ma możliwości zastosowania innej stawki. Zamawiający w związku z pytaniami nr 75 oraz nr 111 wyjaśnił, że wykonawca jest zobowiązany do właściwej, odpowiedniej stawki podatku VAT. Z drugiej zaś strony narzucił stawkę 8%.

Zauważenia wymaga, że pytanie nr 75 stanowiło wystąpienie wykonawcy o wprowadzenie przez Zamawiającego zmiany Formularzy ofertowych w taki sposób, aby zawierały one możliwość podania ceny jednostkowej netto, wartości podatku VAT, ze wskazaniem, że zamieszczone w SIWZ Formularze dotyczą tylko wartości brutto, co jest niezgodne ze wzorem formularza ustrukturyzowanego. W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że do kalkulacji ceny przyjął 8 % stawkę podatku VAT oraz, że wykonawca składając fakturę ustrukturyzowaną winien samodzielnie dokonać przeliczeń wartości netto oraz podatku VAT. Pytanie nr 111 dotyczyło doprecyzowania stawki podatku VAT dla wskazanych w nim usług oczyszczania „ściśłego Centrum” ze wskazaniem, że zdaniem wykonawcy, są one opodatkowane według stawki 23%. W odpowiedzi Zamawiający podał, że to wykonawca jest zobligowany do zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT w zakresie realizacji usług.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający nie wprowadził wnioskowanej przez wykonawcę zmiany do SIWZ. Skoro, jak powyżej zostało wskazane, SIWZ została udostępniona wykonawcom w dniu 22 grudnia 2020 r. Termin na jej zaskarżenie upływał na początku stycznia 2021 r. Termin ten nie podlega przywróceniu na skutek zadania pytania, w wyniku którego Zamawiający nie zmienił SIWZ. W związku z tym w tym zakresie, jako spóźnione, odwołanie nie podlega rozpoznaniu. Kwestia podatku VAT, również ze wskazaniem, że według Odwołującego właściwa stawka wynosi 23%, a nie 8%, jak przyjął Zamawiający, była podniesiona przez Odwołującego już w odwołaniu z 4 stycznia 2021 r., które cofnął. Potwierdza to dodatkowo spóźnienie ww. zarzutu obecnie wniesionego odwołania.

Ad. zarzut oznaczony nr X. dotyczący godzin świadczenia usługi

Jak zauważył Odwołujący, na pytanie: „Prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający jest świadom, że wymóg zakończenia prac związanych z oczyszczaniem do godziny 10:00 oraz nie prowadzenie prac w trakcie ciszy nocnej oraz w godzinach szczytu komunikacyjnych (pomiędzy 6:30 a 9:00) de facto uniemożliwia wykonawcy terminową realizację usług, a co za tym idzie naraża go na szereg wygórowanych kar umownych opisanych w §15 wzoru umowy”. Zamawiający odpowiedział „Tak”.

Oznacza to, że SIWZ nie uległa zmianie. Tym samym zarzut, niezależnie od tego, że jest niekompletny bowiem nie zawiera sformułowania żądania zmiany postanowień SIWZ, został postawiony z uchybieniem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania określonego w art. 515 ust. 2 ustawy NPzp.

Ad. zarzut oznaczony nr XI. dotyczący badania sprzętu

Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu udzielenie szczegółowej odpowiedzi na pytanie nr 69. Tymczasem pytanie to brzmi: „dot. treści umowy § 4 pkt. 1 pkt.7 - udostępniania sprzętu na żądanie Zamawiającego (pokazy w zakresie ilościowym i jakościowym). Prosimy o podanie zasad w oparciu, o które będzie badana jakość sprzętu. W jaki sposób to badanie jakościowe będzie się odbywało, kto będzie dokonywał tego badania. Czy będzie ono wykonywane przy użyciu jakiś urządzeń, dokumentów itp. Jak długo takie badanie będzie trwało. Czy Zamawiający przewiduje jakieś inne dodatkowe szkolenia, ustalenia, narady w zakresie tych istotnych okoliczności”. W odpowiedzi Zamawiający podał: „Zamawiający wyjaśnia, że oczekiwać będzie wglądu do dowodu rejestracyjnego ze wskazaniem aktualnego przeglądu technicznego, oraz wizualnego sprawdzenia działania pojazdu wraz z oprzyrządowaniem. Zamawiający zastrzega sobie prawo zaproszenia przedstawicieli policji celem sprawdzenia, czy pojazdy spełniają wymogi przepisów Prawa o ruchu drogowym oraz czy posiadają zadeklarowaną w ofercie normę emisji spalin. Ponadto Zamawiający wyjaśnia, iż pojazdy, które przejdą przegląd to muszą to być te pojazdy, które będą widoczne w systemie GPS.”

W ocenie Izby Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane pytanie.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że Odwołujący w odwołaniu twierdzi, iż Zamawiający miał podać w jaki sposób będzie badany sprzęt i jego jakość, a także jakie dokumenty urządzenia będą oceniane. Oznacza to, że Odwołujący oczekiwał uzupełnienia SIWZ o brakujące informacje, co jego zdaniem nie nastąpiło, a zatem zarzut ten jest spóźniony. Odwołujący nie kwestionuje bowiem treści wprowadzonych w ww. odpowiedzi na pytanie.

Ad. zarzut oznaczony nr XII. dotyczący zagrożenia ruchu i oczyszczania pasów przyjezdniowych.

Jak zostało podane w odwołaniu, Zamawiający nie zastosował się do prośby zawartej w pytaniu nr 44 o zdefiniowanie zadań, które będą wykonywane w ramach usuwania zagrożeń ruchu drogowego, bowiem jedynie poinformował, że zadania te będą obejmować przywrócenie bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego. W ocenie Odwołującego nie jest to odpowiedź na pytanie, z uwagi na to, że SOPZ nie zawiera danych opisujących wystarczająco dokładnie przedmiot zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia również należytą wycenę zamówienia.

Jest to zarzut spóźniony. Dotyczy on postanowień SIWZ, które nie uległy zmianie w piśmie z dnia 12 lutego 2021 r.

Z kolei pytanie 65 zostało postawione w brzmieniu: „dot. SOPZ Dział II, pkt. VII, str. 10- oczyszczanie pasów przyjezdniowych. Prosimy o wyjaśnienie w jakim zakresie w trakcie jednorazowej, jednokrotnej usługi oczyszczania – zbierania mają być wygrabione opadłe liście, W rejonie I np. usługom oczyszczania pasów przyjezdniowych jest objęta powierzchnia prawie 71 h. Nie jest możliwym przy jednorazowej służbie wygrabienie takiej powierzchni. Wnosimy o wydzielenie wygrabienia trawników do oddzielnej pozycji z uwagi na charakter tych prac. Połączenie usługi oczyszczania z usługą ogrodniczą polegającą na wygrabianiu liści uniemożliwi wycenę prac z uwagi na ich inny cel i rodzaj pracy”. Zamawiający w odpowiedzi podał, że usunięcie liści jest usługą oczyszczania, a nie usługą ogrodniczą. W ramach usługi Wykonawca winien usuwać opadłe liście, a prace rozliczane są według cen na zlecenie, tak więc możliwe jest wygrabienie liści w trakcie oczyszczania pasów na zlecenie.

Powyższe wskazuje, że również w tym zakresie jest to zarzut spóźniony. Dotyczy on postanowień SIWZ, które nie uległy zmianie w piśmie z dnia 12 lutego 2021 r. Zamawiający nie uległ sugestii dotyczącej wprowadzenia zmiany SIWZ i podtrzymał stanowisko wyrażone w tym dokumencie.

W pytaniu nr 10, zawierającym przytoczenie odnośnych postanowień SIWZ, wykonawca podał: „Uwzględniając, iż świadczenie usługi oczyszczania pasów przyjezdniowych (w tym poboczy i rowów) w okresie jesiennym jest znacznie

bardziej pracochłonne niż w pozostałych okresach roku Wykonawca wnioskuję o wyjaśnienie, jak Zamawiający będzie rozliczał świadczenie ww. usługi w okresie jesiennym tj. w okresie opadania liści. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że „w okresie jesiennym oczyszczanie pasów przyjezdniowych będzie rozliczane zgodnie ze stawką określoną w formularzu ofertowym dla tej pozycji.

Jest to także zarzut spóźniony. Dotyczy on postanowień SIWZ, które nie zostały zmienione w piśmie z dnia 12 lutego 2021 r. W sytuacji, gdy w ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ powinny zostać zmienione, powinien w terminie określonym w art. 515 ustawy NPzp wnieść odwołanie. Tym bardziej, że jednocześnie Odwołujący kwestionuje ustaloną przez Zamawiającego w SIWZ stawkę podatku VAT.

Ad. zarzut oznaczony nr XIII. dotyczący monitorowania warunków pogodowych

Zamawiający na pytanie nr 28, w którym był proszony o wyjaśnienie w jakim celu Wykonawca ma monitorować rejon oraz warunki pogodowe, skoro zgodnie z zapisem Działu II, pkt. II pkt.5 SOPZ o rozpoczęciu działań decyduje wyłącznie Zamawiający, odpowiedział: „Monitorowanie rejonu oraz warunków pogodowych leży w interesie wykonawcy, aby był gotowy do szybkiego reagowania po otrzymaniu zlecenia od Zamawiającego.”

Pytanie dotyczyło celu wprowadzenia określonego wymogu, który znajdował się w SIWZ. Cel ten został wyjaśniony. Zatem zarzut jest chybiony. Jeśli Odwołujący zamierzał doprowadzić do zrezygnowania przez Zamawiającego z tego wymogu, to powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec postanowień SIWZ w ustawowym terminie. Obecna ewentualna próba w tym zakresie jest spóźniona.

Odwołujący w odwołaniu wskazał na pytanie nr 29, przytaczając treść, która nie jest zawarta w tym pytaniu, ani w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego. W rzeczywistości pytanie nr 29 dotyczy minimalnych akcji zimowych, które, jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego zostały określone w formularzach ofertowych. Oznacza to, że zarzut dotyczący pytania nr 29 także jest spóźniony, bowiem odpowiedź na to pytanie nie wprowadziła zmian do SIWZ.

Niezależnie od powyższego, także treść wskazana przez Odwołującego wskazuje na to, iż zarzut jest wobec postanowień SIWZ, a z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego nie wynika, aby została wprowadzona zmiana SIWZ.

Na pytanie nr 48, gdzie Zamawiający został poproszony o podanie w jakich warunkach atmosferycznych będą podejmowane czynności w trakcie Akcji Zima tj. uruchamianie doby utrzymania zimowego, uruchomienie przejazdu jednorazowego, uruchomienie przejazdu alarmowego oraz kiedy decyzje będą podejmowane, została udzielona odpowiedź: Forma zakresu uruchamiania utrzymania zimowego będzie uzależniona od panujących warunków atmosferycznych i przekazywana zgodnie z zapisami SOPZ.

Powyższe wskazuje, że odpowiedzi są jasne, odsyłają do SIWZ, nie wprowadzają do niej zmian. Zatem zarzut w całości jest spóźniony. Za zgłoszone z uchybieniem ustawowego terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej należy zatem uznać także alternatywne żądanie Odwołującego o nakazanie wykreślenia obowiązku obserwacji pogody i stałego monitoringu miasta.

Ad. zarzut oznaczony nr XIV. dotyczący zleceń cząstkowych

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający w pytaniu nr 47 został poproszony o wskazanie ram potencjalnych zleceń. Wnoszono o ustalenie szacunkowej ilości tych prac, a także wyznaczenie czasu na wykonanie danych zleceń. Zamawiający w odniesieniu się do tego pytania poinformował, że niezbędne informacje zostały określone w formularzach ofertowych oraz SOPZ. Zdaniem Odwołującego stwierdzenie takie nie jest zasadne, ponieważ takie informacje odnoszące się do zleceń cząstkowych nie zostały ustalone w formularzach ofertowych oraz SOPZ. Żądanie odwołania dotyczące wskazanie zakresu potencjalnych zleceń cząstkowych w zakresie szacunkowej ilości i czasu wyznaczonego na ich realizację, zmierza do wprowadzenia zmian w SIWZ.

Jest to zarzut spóźniony. Dotyczy on postanowień SIWZ, które nie uległy zmianie w piśmie z dnia 12 lutego 2021 r. Zamawiający nie zastosował się do sugestii zmiany SIWZ.

Ad. zarzut oznaczony nr XV. dotyczący standardu zimowego utrzymania

Zarzut ten jest spóźniony. Standardy utrzymania zostały określone w SIWZ, a w piśmie z dnia 12 lutego 2021 r. Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie zmian, co wynika również z treści odwołania. Odpowiedzi Zamawiającego na pytania wymienione przez Odwołującego w tym zarzucie są jasne i wskazują na podtrzymanie stanowiska wyrażonego w SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący w SOPZ Zamawiający ustalił, że jezdnie mają być odśnieżane na całej długości i szerokości. W odpowiedzi na pytanie nr 49 dotyczące tej kwestii, Zamawiający odpowiedział: „Standardy utrzymania określone zostały w SOPZ”. Także w innych odpowiedziach udzielonych na pytania, wskazał, że nie dopuszcza żadnych odstępstw od tak ustalonych zasad (pytanie 50). W odpowiedzi na pytanie nr 85, które dotyczyło odśnieżania ulic przy których parkują samochody, Zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza pozostawienie części odpłuczonego śniegu w części przykrawężnikowej pod warunkiem odkrycia studzienek wodno-ściekowych, co zdaniem Odwołującego wskazuje, że odpowiedzi te wzajemnie się wykluczają, a mają bardzo istotny wpływ na wycenę prac, bo dotyczą standardów utrzymania, pożądanego przez zamawiającego efektu. Zauważenia jednak wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje zasadności ww. warunku pozostawienia odkrytych studzienek, jak też informowania o problemach, lecz to, że jego zdaniem Zamawiający w SOPZ w sposób bardzo lakoniczny, niewystarczający opisał „standardy zimowego utrzymania”. Nadto, jak wynika z treści ww. pytania nr 85 w Dziale II pkt 8 SOPZ przewidziano technologię odśnieżania jezdni również ręcznie, a pytanie odnosiło się do tego gdzie w związku z parkującymi samochodami ma być odkładany, składowany śnieg i zawierało prośbę o wskazanie realnych powierzchni, miejsc, lokalizacji jego odkładania, jeżeli nie będzie możliwości jego złożenia przy krawężniku. Pytanie zatem zmierzało do uzupełnienia SIWZ o wnioskowane elementy, co nie nastąpiło.

Powyższe wskazuje to na kwestionowanie przez Odwołującego postanowień SIWZ, a to nastąpiło z uchybieniem ustawowego terminu.

Również pozostałe kwestie poruszane w opisie ww. zarzutu potwierdzają, że zarzut ten jest spóźniony.

Jak wskazał Odwołujący w punkcie V SOPZ Zamawiający opisał zasady odśnieżania ciągów pieszych i/lub rowerowych w tym chodników, schodów terenowych, przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej, przy czym nastąpiło to jego zdaniem z pominięciem opisu standardu dla czynności określonej w Formularzu ofertowym jako „utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej - jednorazowe”. Nadto Zamawiający w SOPZ na stronie 5 pkt II, ppkt 11 zaznaczył, że każdorazowo należy wykonać pracę na całej szerokości jezdni. Tak zakreślone działanie na drogach lokalnych, gminnych i części dróg powiatowych jest zdaniem Odwołującego niemożliwe, ponieważ na poboczach

tych dróg parkują samochody. Nie jest to możliwe również przy uwzględnieniu, że część prac można wykonać ręcznie, ponieważ nie sposób tej usługi wykonać pod samochodami. Tak wykonywana usługa nie zwiększa również miejsca na który śnieg można by sprzątnąć.

Jest to zatem zarzut do treści SIWZ, który został zgłoszony z uchybieniem ustawowego terminu. Analogiczna uwaga odnosi się do pozostałych jego elementów, w tym do odśnieżania Miejsc postojowych Strefy płatnego parkowania (MP SPP), w zakresie której Odwołujący wskazał, że w opisie zamieszczonym na stronie 10 SOPZ pkt VI ppkt 3 Zamawiający zapisał sprzeczność w stosunku do zamierzonego przez siebie działania. W odniesieniu do miejsc Płatnego parkowania Wykonawca powinien podejmować czynności „od chwili wystąpienia zjawiska”. Wymóg taki zdaniem Odwołującego stoi w sprzeczności z innymi postanowieniami, z których wynika, że wykonawca winien czekać na decyzję Zamawiającego. Podobnie jak dyspozycja, która została zawarta w pkt 4 tego rozdziału, gdzie wykonawca został zobowiązany do bieżącego wywozu sprzątniętego śniegu, który winien nastąpić do godziny 07:00. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wpisując takie zalecenia zapominał, że w innym miejscu SOPZ ustalił, że prace te będą wykonywane na jego polecenie. Jak zauważył Odwołujący w SOPZ na stronie 6, Dział II i dalej uwagi do Działu - Uwag nr 3, zapisano że do oszacowania kosztów wywozu śniegu z jezdni i chodników należy przyjąć, że śnieg należy przewieźć i składować na wskazanym przez Zamawiającego miejscu na terenie miasta Bytomia. Tak podane informacje są zdaniem Odwołującego niewyczerpujące, ponieważ bez podania lokalizacji miejsca składowania nie sposób skalkulować kosztów transportu i kosztów składowania śniegu, co narusza art. 29 ustawy Pzp. Jak następnie podał Odwołujący Zamawiający w Formularzach ofertowych wskazał, że jednostka miary przy czynności „Wywóz śniegu” jest 1 mb. Tak podana jednostka bez ustalenia szerokości tego metra bieżącego jest niewystarczająca by w sposób prawidłowy ustalić cenę za wywóz śniegu. Prawidłową jednostką do prac związanych z wywozem odpadów typu śnieg jest 1 m³ lub tona, czyli jednostki miary odnoszące się do ładunków. Metr bieżący jest nieprawidłową jednostką przy pomocy której nie można ustalić wielkości ładunku, który ma być wywożony.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący obecnie zmierza do podważenia treści SIWZ i wprowadzenia w niej zmian, co następuje z uchybieniem ustawowego terminu na skorzystanie w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. Skoro, jak obecnie twierdzi, wymagania określone w SIWZ dla standardu zimowego utrzymania były niejednoznacznie opisane, to odwołanie powinno być wniesione wobec postanowień SIWZ w terminie ustawowym.

Nie potwierdziły się pozostałe zarzuty wymienione w katalogu zarzutów odwołania w tym te, które nie zostały wykazywane w uzasadnieniu odwołania oraz nie zostały omawiane na rozprawie, dotyczące terminu składania ofert oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W zakresie terminu składania ofert Izba ustaliła, iż kilkakrotnie był on wydłużany przez Zamawiającego, przy czym ostatnia przed terminu rozprawy zmiana tego terminu została dokonana w dniu 16 marca 2021 r., w wyniku której termin ten został ustalony na 7 kwietnia 2021 r. Nie zostało podniesione i wykazane przez Odwołującego, aby termin ten był nieodpowiedni.

W zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy Izba ustaliła, iż w pkt 17 SIWZ Zamawiający określił wymagania w zakresie zabezpieczenia, a zatem nie uczynił tego dopiero w odpowiedzi na pytania z dnia 12 lutego 2021 r. Zarzut zatem jest spóźniony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie jedynie w części stwierdzono zarzucane przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy NPzp, co musiało skutkować w tej części uwzględnieniem odwołania, natomiast oddaleniem odwołania w zakresie zarzutów, których zasadność nie została wykazana przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie biorąc pod uwagę liczbę i wagę zarzutów Izba uwzględniła odwołanie w 30 %. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w 70% i Zamawiający w 30%. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocników: Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł i Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy. Łącznie koszty postępowania wyniosły 22 200,00 zł. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 18 600, 00 zł, a obciążały go koszty w wysokości 15 540,00 zł. Zamawiający poniósł koszty w wysokości 3 600,00 zł, a obciążały go koszty w wysokości 6 660,00 zł. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu zapłatę na rzecz Odwołującego kwoty 3 060,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) przy uwzględnieniu maksymalnej kwoty wynagrodzenia pełnomocników stron wynikającej w ww. rozporządzenia.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....