Sygn. akt: KIO 73/22

WYROK

z dnia 25 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 roku przez wykonawcę OPAL BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Przasnysz z siedzibą

w Przasnyszu

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - OPAL BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - OPAL BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - OPAL BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Gminy Przasnysz z siedzibą w Przasnyszu - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Przasnysz z siedzibą w Przasnyszu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Bieżąca eksploatacja i konserwacja oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej stanowiących własność Gminy Przasnysz". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30 grudnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00338278/01.

Dnia 10 stycznia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca OPAL BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący").

Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści wyjaśnień, jakich udzielił Zamawiający na wniosek Odwołującego oraz braku udzielenia odpowiedzi na część pytań, jakie przesłał Odwołujący do Zamawiającego, co w konsekwencji prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający uniemożliwia należyte przygotowanie oferty w postępowaniu, w tym również jej wycenę. Wyjaśnienia w ocenie Odwołującego zostały udzielone niezgodnie z PZP - Zamawiający udzielając odpowiedzi uczynił to w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję. Sposób udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień prowadzi do nadużycia jego prawa podmiotowego, a tym samym do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego poprzez naruszenie:

a) art. 135 ust. 2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie udzielenia wyjaśnień w stosunku do wskazanych w uzasadnieniu odwołania zapytań Odwołującego oraz udzielenia wyjaśnień w sposób nie stanowiący pełnej odpowiedzi na pytania Odwołującego oraz działanie w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego poprzez nadużycie swojej pozycji dominującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

b) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez to, że sposób udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień do treści SWZ uniemożliwił przygotowanie przez Odwołującego oferty z należytą starannością i postawił w uprzywilejowanej pozycji Wykonawcę, który do tej pory wykonuje usługi na rzecz Zamawiającego, co w konsekwencji jest działaniem zaburzającym uczciwą konkurencję między wykonawcami konkurującymi o udzielenie tego zamówienia, stanowił naruszenie zasady przejrzystości prowadzenia postępowania z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie udzielił Odwołującemu informacji, w których posiadaniu się znajdował na moment udzielenia wyjaśnień; fakt powinności posiadania tej wiedzy przez Zamawiającego wynika z tego, że Odwołujący wnioskował o podanie informacji, które Zamawiający uzyskiwał od wykonawcy realizującego usługi eksploatacji i konserwacji oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej na podstawie poprzednio zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego;

c) co w konsekwencji prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego treści art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - tj. do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustawą bowiem wybór oferty najkorzystniejszej będzie dokonany w warunkach zaburzonej konkurencji rynkowej.

Odwołujący wnosił o nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż zarzucane Zamawiającemu naruszenia ustawy Pzp stanowią nieusuwalną wadę postępowania, z uwagi na rozpoznawanie odwołania po terminie otwarcia ofert, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący otrzymał pismo, mające stanowić odpowiedź na zadane przez siebie pytania w dniu 05 stycznia 2022 r. Tym samym termin 5-dniowy na wniesienie środka ochrony prawnej został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Odwołujący oświadczył, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sposób udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienia oraz zaniechanie udzielenia części wyjaśnień, co narusza przepisu

ustawy Pzp. Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty na warunkach uczciwej konkurencji oraz pozbawiony możliwości prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, tj. uwzględnienia wszelkich możliwych do przewidzenia ryzyk związanych z wykonaniem tego zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę nie tylko w braku uzyskania zamówienia, jak i szkodę finansową przejawiającą się w mniejszym zysku Odwołującego niż w sytuacji, w której cena ofertowa byłaby ustalana w warunkach uczciwej konkurencji, z wszelkimi informacjami o jakie wnioskował Wykonawca. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie.

Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

W uzasadnieniu merytorycznych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający cyklicznie ogłasza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na bieżącą eksploatację i konserwację oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej stanowiących własność Gminy Przasnysz. Ostatnie postępowanie zostało wszczęte w dniu 30 grudnia 2021 r. na okres wykonywania usługi do dnia 31 stycznia 2023 r.

W związku z tym, iż Odwołujący miał wątpliwości co do części zapisów SWZ odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w tym do sposobu i zakresu wykonywania usługi zwrócił się do Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2022 r. o udzielenie wyjaśnień do treści SWZ - zarówno w zakresie zapisów niejasnych i w zakresie wyjaśnienia zawarcia poszczególnych wymogów w treści SWZ na określonym poziomie bądź na wyjaśnieniu przyczyn braku niektórych wymagań.

Odwołujący na marginesie zaznaczył, że zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem w najszybszym, możliwym dla siebie terminie. Zamawiający wszczął postępowanie w terminie, który z uwagi na okres świąteczny powodował, iż było utrudnione śledzenie postępowań, jak i utrudnione były kontakty z Zamawiającym. Udostępnienie dokumentacji zostało dokonane przez Zamawiającego o godzinie 14:38 - czyli w godzinach popołudniowych z terminem składania ofert na dzień 10 stycznia 2022 r. Termin na składanie ofert liczony w dniach kalendarzowych wynosił 10 dni. Niemniej jednak termin 10-cio dniowy objął swoim zakresem 5 dni wolnych - tj. 5 dni, w których Urząd nie działał. Zmniejszało to szansę potencjalnych Wykonawców na efektywny kontakt z Zamawiającym. Dni wolne były dniami świątecznymi, co z kolei powoduje również, że wykonawcy mieli ograniczone możliwości w zakresie zarówno powzięcia informacji o wszczęciu postępowania, jak i zapoznania się z dokumentacją. Postępowanie Zamawiającego budzi tym samym wątpliwość, czy celem takiego wyznaczenia terminu na składanie ofert było rzeczywiście zapewnienie jak najszerszej i efektywnej konkurencji w postępowaniu czy też może cel był wręcz odwrotny. Wątpliwość ta uzasadniona jest postępowaniem Zamawiającego w poprzednio prowadzonych postępowaniach w zakresie takich samych usług, gdzie konkurencja była niemalże zerowa, a zamówienie uzyskuje ten sam wykonawca.

Odnosząc się do treści pisma mającego stanowić odpowiedź na wniosek Odwołującego, Wykonawca stwierdził, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na następujące pytania:

- Pytanie nr 5 - w odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wskazał, że nie posiada tego rodzaju danych. Niemniej jednak z umów zawieranych w kolejnych latach z wykonawcą, jak i projektowanych postanowień umowy w prowadzonym postępowaniu, wynika jednoznacznie, że wykonawca świadczący usługę winien wpisywać informacje o wszelkich awariach i usterkach do książki oraz informacje te przekazywać Zamawiającemu z comiesięcznych raportach. W konsekwencji, mając na uwadze zapisy zawartych umów nie jest prawdą, że Zamawiający takich danych nie posiada. W treści aktualnej SWZ wymóg brzmi następująco: „prowadzenie "Książki zgłoszeń awarii i usterek". Ewidencjonowanie zgłoszeń o wszelkich awariach i usterkach w tej książce, potwierdzanie zasadności tych zgłoszeń oraz wstępna kwalifikacja pod względem podmiotu właściwego do wykonania naprawy i do poniesienia kosztów. Pisemne potwierdzenie ich usunięcia i uzyskanie potwierdzenia przez Zamawiającego",

- Pytanie nr 10 - w odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wskazał, że pytanie nie dotyczy zapisów SWZ, w związku z czym nie została udzielona na nie odpowiedź. Zamawiający wymaga aby w ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca w ramach świadczonej usługi ma wykonywać m.in. następujące czynności:

„wybierania osadu, odszlamiania osadników wstępnego (głównego) i wtórnego (końcowego) zlokalizowanych w zbiornikach biologicznych typu BioDisc BL (4 szt.) 4 razy do roku zgodnie

z:

• „Wytycznymi instalacji i obsługi oczyszczalni BioDisc BL 30m3 ” opracowanymi przez producenta oczyszczalni firmę Kingspan

• „Instrukcją instalacji obsługi i konserwacji oczyszczalni BioDisc BL 30m3” opracowaną przez producenta oczyszczalni firmę Kingspan, wybierania osadu, odszlamiania zbiorników uśredniających Zu (2 szt.) zlokalizowanych za studniami rozprężnymi na oczyszczalniach w Mchowie i Grabowie 4 razy do roku”.

Czyszczenie dna przepompowni na poszczególnych obiektach wpisuje się w zakres przedmiotu zamówienia, a ściślej mówiąc - czyszczenie jest objęte zakresem zamówienia. W konsekwencji informacja dotycząca stanu dna przepompowni jest informacją, która wynika z treści SWZ i tym samym powinna być Odwołującemu udzielona. Wyjaśnienia w tym zakresie są niezbędne do dokonania wyceny kosztów czyszczenia jakie należy ująć w cenie ofertowej, co jest istotne zarówno z punktu widzenia Odwołującego, jak i Zamawiającego. Koszt czyszczenia 1 przepompowni waha się między 600-1000 zł, z powyższym wiąże się kwestia utylizacji z czyszczenia odpadów. Tym samym jeśli przepompownie nie były czyszczone, wpływa to negatywnie na pracę pomp, ulegają awariom, zapychają się wirniki pomp, niszczą się podzespoły - co powoduje konieczność uwzględnienia w cenie oferty kolejnych ewentualnych kosztów. Jeśli czyszczenie dna było wykonywane, wówczas koszty jakie zostaną ujęte w ofertach będą kosztami mniejszymi, niż w sytuacji gdyby czyszczenie dna nie miało miejsca. Tym samym Zamawiającemu powinno zależeć na tym, aby uzyskać cenę realną, ustaloną w odniesieniu do mogących rzeczywiście nastąpić kosztów. W sytuacji braku podania tych istotnych dla wyceny informacji Zamawiający, wskutek swego zaniechania może otrzymać oferty z wyższą ceną.

- Pytanie nr 13 oraz 14 i 31 - na pierwsze z pytań Zamawiający nie udzielił odpowiedzi, wskazując, że nie dotyczy ono treści SWZ, a na drugie z nich udzielono informacji, która pozostaje w sprzeczności z danymi wynikającymi z dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR). Zgodnie z DTR z urządzeń w oczyszczalni winno powstać ok. 200m3 osadu a oddano (a nie powstało) tylko 36 m3, jako że wykonawca ponosi koszty utylizacji osadu, wizja lokalna jest niezbędna do wyceny danego zamówienia (m3 osadu kosztuje ok. 100 zł netto + koszt badań i transportu). Powyższe okoliczności wskazują również na konieczność dokonania wizji z uwagi na rozbieżności pomiędzy DTR a wyjaśnieniami Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający - mimo wniosku Odwołującego nie dopuścił wizji lokalnej. W tym zakresie nie zostało wyjaśnione Odwołującemu z jakich powodów Zamawiający uznaje wizję lokalną za niepotrzebną do dokonania prawidłowego przygotowania oferty przez wykonawców. Inni zamawiający, prowadzący tego rodzaju postępowania przewidują wizje lokalne, uznając je za znaczące dla przygotowania ofert, gdyż dokumenty zamówienia nie wyczerpują całego opisu przedmiotu zamówienia i specyfika tego zamówienia przemawia za powyższym. W odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający wskazał, że w treści SWZ nie przewidział obowiązku dokonania wizji lokalnej. W tym miejscu, mając na uwadze treść art. 131 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji, kiedy w SWZ zamawiający nie wskazywał w ogóle o możliwości odbycia wizji lokalnej, także nie oznacza, że zamawiający nie może dać możliwość odbycia takiej wizji, szczególnie, kiedy wykonawcy o taką wizję lokalną wystąpią. Powyższe jest bowiem przejawem dobrej woli zamawiającego i dbałością o uzyskanie ofert rzetelnych, wycenionych prawidłowo i z należytą starannością. Jeśli występuje sytuacja, w której pojawia się wniosek o możliwość dokonania wizji lokalnej Zamawiający, mając na uwadze dobro postępowania winien rozważyć, czy nie jest zasadne umożliwienie wykonawcom umożliwienia jej dokonania. Wykonawcy, działający jako profesjonaliści na rynku w danej branży zgłaszają tego rodzaju żądania w sytuacji uznania zasadności przeprowadzenia takiej wizji, a nie w sytuacji przeprowadzenia jest dla samego jej odbycia. Powyższe winno stanowić sygnał dla Zamawiającego, że być może brakuje pełnego zakresu informacji w dokumentach zamówienia, niezbędnych do przygotowania oferty. Zachowanie Zamawiającego w tym wypadku nie wskazuje na jakiekolwiek rozważanie zasadności umożliwienia dokonania wizji lokalnej a ograniczyło się ono wyłącznie do ogólnego zakazu jej dokonywania z uwagi na brak przewidzenia takiego obowiązku z SWZ.

- Pytanie nr 22 - Odwołujący zadał pytanie dotyczące faktu odbycia przeglądów gwarancyjnych i wskazania ich ilości. Zamawiający nie udzielił takiej odpowiedzi.

- Pytanie nr 33 - Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie Odwołującego. Informacja o tym, że nie stwierdzono zaniedbań na sieci nie stanowi odpowiedzi na pytanie dotyczące tego, jak będzie kształtowała się odpowiedzialność wykonawcy wyłonionego w postępowaniu za ewentualne zaniedbania poprzedniego wykonawcy, które zostaną wykryte podczas wykonywania usługi na podstawie umowy zawartej w tym postępowaniu. Powyższe jest istotne z punktu widzenia oszacowania ryzyka przez wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia.

- Pytanie nr 34 - Zamawiający również nie udzielił odpowiedzi na to pytanie.

Dodatkowo wskazał na konieczność pokrywania kosztów napraw przez wykonawcę świadczącego w danym momencie obsługę. Nie wskazano co w sytuacji, gdy naprawy te będą konsekwencją nieprawidłowego wykonywania usługi przez wykonawcę, który świadczył usługi na podstawie uprzednio zawartej umowy. Powyższa kwestia jest ważna dla dokonania wyceny oferty - oszacowania ryzyka w zakresie odpowiedzialności wykonawcy i oszacowania możliwych, przyszłych kosztów z tym związanych. Odwołujący dysponuje informacjami pozyskanymi od uprawnionych organów, z których wynika, że nieprawidłowości podczas wykonywania zamówienia na podstawie obowiązującej umowy występują. Dotyczą one nieprawidłowości w zakresie eksploatacji gminnych oczyszczalni ścieków, choćby w zakresie usuwania osadów, nieutrzymywania wskaźników zanieczyszczeń w odprowadzanych ściekach. Zatem udzielane przez Zamawiającego odpowiedzi nie są zgodne ze stanem faktycznym.

- Pytanie nr 39 oraz 40 - Zamawiający nie udzielił wyjaśnień dotyczących kwestii braku wymogu w treści warunku udziału w postępowaniu wykazania się dysponowaniem sprzętu specjalistycznego w postaci samochodu ssąco-płuczącego oraz samochodu asenizacyjnego. Zamawiający wskazał, że ma on uprawnienie do formułowania warunków i z niego skorzystał. Mimo tego, uprawnienie to nie jest nieograniczone, a kształt ustalonych warunków musi być uzasadniony zarówno specyfiką zamówienia, jak i oczekiwaniami Zamawiającego co do wykonawców, mających świadczyć usługę. Udzielając tego rodzaju odpowiedzi - bez wskazania czemu Zamawiający zrezygnował z powyższego wymogu - Zamawiający wskazał w istocie, iż nie ma uzasadnienia dla faktu postawienia warunku w zakresie posiadania sprzętu w takim kształcie, w jakim znalazł się on w SWZ. Zamawiający nie ma obowiązku tłumaczenia się z ustanowionych warunków, ale w sytuacji, w której został poproszony o wyjaśnienie dlaczego sformułował dany warunek winien umieć ten fakt wytłumaczyć wykonawcom. Zamawiający tego nie uczynił, czym w istocie nie tylko naruszył przepisy ustawy Pzp ale i nadużył przysługujące mu prawo do kształtowania warunków udziału w postępowaniu.

- Pytanie nr 43 - Zamawiający wskazał, że uzasadnieniem dla zwiększania corocznie minimalnego poziomu zdolności w zakresie doświadczenia jest starzejąca się sieć i jej większa awaryjność. To w ocenie Zamawiającego uzasadnia takie kształtowanie warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak nie sposób uznać, na podstawie wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego, że stan sieci uzasadnia ustanowienie tego warunku udziału w postępowaniu na tak wysokim poziomie. W roku poprzednim warunek brzmiał następująco:

„Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli Wykonawca: wykaże wykonanie lub wykonywanie należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, minimum 1 usługi polegającej na administrowaniu i bieżącym utrzymaniu sieci kanalizacji sanitarnej o długości min. 30 km (u jednego Zamawiającego) z co najmniej 1 przepompownią (tłocznią) ścieków. Warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że wykonywał usługę przez okres minimum 12 miesięcy."

Z kolei w roku 2018 warunek w zakresie doświadczenia nie został postawiony w ogóle. Nadmienić w tym miejscu należy, że corocznie wykonawca, którego oferta zostaje wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, wykazuje spełnianie warunku udziału tylko w wyniku uzyskiwania referencji od samego Zamawiającego, na podstawie usług jakie świadczy na jego rzecz. Tym samym wskazać należy, śledząc przebieg konstruowania warunków udziału przez Zamawiającego, że wzrost minimalnych poziomów zdolności określanych w SWZ jest wprost proporcjonalny do doświadczenia jakie zdobywa dany wykonawca w wyniku świadczenia usług na rzecz tego Zamawiającego. Gdyby nie usługi wykonywane na rzecz Zamawiającego wykonawca, który został wybrany w poprzednim postępowaniu nie byłby w stanie spełnić wymagań w poprzednim przetargu ani w przetargu aktualnym. Obecnie nie tylko podwyższono w warunku długość odcinka ale również dodano aspekt wartości rocznej świadczenia usługi. Nie sposób uznać, że okoliczności jakie wskazał Zamawiający w wyjaśnieniach uzasadniają postawienie warunku w zakresie wartości wykonanej usługi - skoro decydującym aspektem był aspekt posiadania doświadczenia w zakresie obsługi sieci awaryjnych.

Odwołujący nadmienił, że analiza sytuacji na rynku lokalnym wskazuje na fakt, iż powyższy warunek udziału w postępowaniu jest w stanie samodzielnie spełnić tylko jeden wykonawca. Tym samym istotne dla Odwołującego jest uzyskanie rzetelnego uzasadnienia dla tak surowego wymogu w zakresie doświadczenia z jednoczesnym łagodnym warunkiem w zakresie posiadanego sprzętu przez wykonawcę. Jeśli sieć jest tak awaryjna - to niezbędne byłoby również aby Zamawiający poprzez warunki udziału w postępowaniu zapewnił posiadanie odpowiedniego sprzętu przez wykonawcę.

- Pytanie nr 50 - Zamawiający wyjaśnia brak ustanowienia wymogu zatrudnienia na umowę o pracę wskazanych w treści pytania osób z uwagi na doraźny udział tych osób

w zamówieniu. Niemniej jednak charakter wykonywanych przez te osoby czynności uzasadnia uznanie, że wykonują one pracę w rozumieniu Kodeksu pracy. Odwołujący nie wyobraża sobie aby zatrudniać operatora koparki na umowę zlecenie, aby zapewnić pozostawanie go w dyspozycji przez okres jednego roku, czyli przez okres świadczenia usługi. Tym bardziej, że jak wskazał sam Zamawiający - osoby te muszą pozostawać w dyspozycji wykonawcy aby zapewnić prawidłową obsługę sieci i usuwać awarie w wymaganych terminach.

Reasumując Odwołujący zaznaczył, że mocy przepisu art. 135 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy przysługuje uprawnienie do żądania od zamawiającego wyjaśnienia treści SWZ. Z przedmiotowym uprawnieniem. skorelowany jest obowiązek zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, z tym zastrzeżeniem, że wniosek wpłynął we wskazanym w ustawie terminem. Przy czym obowiązek należy uznać za spełniony, jeśli zamawiający rozwieje wątpliwości wykonawcy w aspekcie będącym przedmiotem wyjaśnień. Samo podjęcie próby udzielenia wyjaśnień, czy też udzielenie wyjaśnień, które w istocie nie stanowią pełnej odpowiedzi na wniosek wykonawcy, nie może być traktowane, jako wykonanie dyspozycji normy, wyrażonej w przepisie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie instytucja wyjaśnień nie służy bowiem formalnemu wykonaniu obowiązku wyartykułowanego we wskazanym przepisie, a ma umożliwić wykonawcom powzięcie wiedzy niezbędnej do podjęcia decyzji co do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty.

Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne jest współdziałanie z zamawiającym, polegające na zadawaniu pytań wyjaśniających treść SWZ (vide: wyrok SN z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: CSK 626/13), zatem analogicznym obowiązkiem zamawiającego jest udzielanie rzetelnych i jasnych wyjaśnień. W zaistniałej sytuacji faktycznej Zamawiający ciążącego na nim obowiązku nie wykonał. Co zdaniem Odwołującego uzasadnia postawienie zarzutów jak w odwołaniu.

Odwołujący podkreślił również, że w związku z upływem terminu składania ofert w dniu 10 stycznia 2022 r. zasadnym i jedynym możliwym żądaniem staje się żądanie nakazania przez Krajową Izbę Odwoławczą unieważnienia postępowania z uwagi na to, iż obarczone jest ono wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i prowadzi do wyboru oferty wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp z uwagi na fakt naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz brak zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Informacje, które nie zostały udzielone Odwołującemu, znane są wykonawcy, który wykonuje obecnie tożsame usługi na rzecz Zamawiającego, co stawia do w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy mogą być zainteresowani ubieganiem się o to zamówienie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp.

Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron przystąpienia nie zgłosił żaden Wykonawca.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że:

Wykonawca zadał pytania, a Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi, w zakresie objętym odwołaniem:

5. Proszę o zestawienie zawierające informacje, które z pomp były poddane naprawom na poszczególnych przepompowniach. Typ, rodzaj pompy, zakres naprawy z ostatnich 3 lat.
Odp.: Zamawiający nie posiada tego typu danych. Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, w ramach którego ma obowiązek ponoszenia kosztów bieżącej konserwacji, w tym usuwaniu wszelkich usterek i napraw sieci kanalizacyjnej oraz pomp.

10. Proszę o zestawienia zawierające informacje o czyszczeniu dna przepompowni na poszczególnych obiektach wraz z datą wykonania.

Odp.: Pytanie nie dotyczy wyjaśnienia zapisów SWZ.

13. Zgodnie z DTR oczyszczalni modułowych Kingspam zlokalizowanych w Grabowie i Mchowie osad nadmierny w ilości 25 m3 należy wybierać co 3 miesiące.
Czy dotychczasowy Wykonawca stosował się do tych zaleceń?

Odp.: Pytanie nie dotyczy wyjaśnienia zapisów SWZ.

14. Proszę o podanie ilości osadu wywiezionego do utylizacji do na oczyszczalnię w Ostrołęce.

Odp.: Zamawiający informuje, że posiadanych informacji do utylizacji na oczyszczalnię ścieków oddano 36,4000 Mg odpadów o kodzie 19 08 99.

22. Czy były wykonywane przeglądy gwarancyjne producenta oczyszczalni modułowych zgodnie z DTR?

Odp.: Oczyszczalnie są na gwarancji.

31. Proszę o udostępnienie wizji lokalnej na wszystkich przepompowniach i oczyszczalniach modułowych.

Odp.: Zamawiający nie przewidział w SWZ przeprowadzenia wizji

33. Co w przypadku stwierdzenia zaniedbań na sieci przez poprzedniego wykonawcę?

Odp.: Na dzień ogłoszenia nie stwierdzono zaniedbań.

34. Kto pokrywa koszty napraw wynikających z niewłaściwej obsługi przez poprzedniego wykonawcę?

Odp.: Obsługa była właściwa. Każdy wykonawca ponosi koszty napraw w okresie w jakim odpowiada za obsługę.

39. Dlaczego Zamawiający nie wymaga w SWZ posiadania sprzętu specjalistycznego w postaci samochodu ssąco-płuczącego?

Odp.: Ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym wymagań w zakresie potencjału technicznego należy do uprawnień Zamawiającego. Wymagania w tym zakresie są określone w pkt VII SWZ. Zamawiający nie będzie odnosił się do wymagań, których nie

stawiał.

40. Dlaczego Zamawiający nie wymaga w SWZ posiadania samochodu asenizacyjnego do zabezpieczania awarii przez wykonawcę ? dopuszczając tym samym do stwarzania zagrożenia dla środowiska oraz dla zdrowia ludzkiego? (w ramach awarii wykonawca wzywa straż pożarną do wypompowywania ścieków to nie jest świadczeniem kompleksowej usługi konserwacji sieci - informacje zamieszczonym na lokalnym portalu informacyjnym).

Odp. Ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym wymagań w zakresie potencjału technicznego należy do uprawnień Zamawiającego. Wymagania w tym zakresie są określone w pkt VII SWZ. Zamawiający nie będzie odnosił się do wymagań, których nie stawiał.

43. Proszę o wskazanie ilości zrzutu ścieków na oczyszczalnie w Grabowie i Mchowie. (dobowo/miesięcznie na postawie przepływomierzy).

Odp.

Oczyszczalnia Grabowo:

I-II 12021 - 1073 m3

III-V/2021 - 1651 m3

VI-VIII/2021 - 1499 m3

IX-XI/2021 - 1889 m3

Oczyszczalnia Mchowo:

I-II/2021 - 650 m3

III-V/2021 - 953 m3

VI-VIII/2021 - 1055 m3

IX-XI/2021 - 1049 m3

50. Wnoszę o wyjaśnienie dlaczego Zamawiający nie ustanowił obowiązku, o którym mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przy wykonywaniu usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia przed tak długi okres czasu, gdzie czynności świadczone przez osoby: operator koparki, operator samochodu ssąco-czyszczącego, operator pojazdu wuko, pracownik z kwalifikacjami SEP E i D, są czynnościami polegającymi na wykonywaniu pracy w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

Odp.: Zamawiający nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu na usługi wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, gdyż wykonanie czynności objętych przedmiotem zamówienia nie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 par. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy. Zarówno operator koparki, operator samochodu ssąco-czyszczącego, operator pojazdu wuko, jak i osoba z kwalifikacjami SEP E i D w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę polegającą na usuwaniu awarii i konserwacji, nie mogliby mieć wyznaczonego czasu pracy, czynności wykonywaliby doraźnie, w miarę potrzeb, nieregularnie, w większym lub mniejszym zakresie, stosownie do potrzeb. Wymagane przez zamawiającego niezwłoczne działania w przypadku konieczności usunięcia awarii powoduje, że osoby wykonujące czynności w ramach zamówienia musiałyby stawić się do wykonania czynności bez względu na porę dnia czy nocy, ale w czasie i miejscu, którego nie można wcześniej przewidzieć. Okoliczności te przeczą możliwości uznania, że osoby wykonujące takie i w takich warunkach jak wymaga Zamawiający, czynności, mógłby łączyć na potrzeby tego zamówienia z Wykonawcą, stosunek pracy, w tym w zakresie podporządkowania w stopniu charakterystycznym dla stosunku pracy. Ponadto Zamawiający wskazuje, iż również w umowie cywilnoprawnej zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same jak w zależności właściwej dla stosunku pracy (por. wyrok SN z dnia 11.09.2013r., II PK 372/12, OSNP 2014690).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

W wyjaśnień Zamawiający poszerzył argumentację przedstawioną w ramach udzielonych odpowiedzi na pytania zadane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podał, że na wszystkie pytania mieszczące się w dyspozycji art. 135 ust 2 ustawy Pzp Zamawiający udzielił odpowiedzi według wiedzy jaką posiadał.

W odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający zauważył, że zapis w SWZ zobowiązujący do prowadzenia przez Wykonawcę „Książki zgłoszeń awarii i usterek" nie oznacza, że Zamawiający dysponuje wszystkimi danymi odnośnie napraw w poszczególnych przepompowniach (prowadzona jest jedna książka bez podziału na przepompownie i bez danych odnośnie rodzaju pompy, zakresu naprawy) i nie oznacza, że ewidencjonowane są w niej „wszystkie usterki i naprawy sieci kanalizacyjnej oraz pomp", a tylko wszystkie usterki i awarie ilościowo, a te które wymagają, co jednoznacznie wynika z treści zapisów w SWZ, kwalifikacji do naprawy przez podmiot zewnętrzny z dodatkowym ponoszeniem przez Zamawiającego kosztów naprawy. Tylko o takich awariach i usterkach Wykonawca zobowiązany jest informować Zamawiającego. W SWZ zapisano bowiem, że chodzi o „potwierdzanie zasadności tych zgłoszeń oraz wstępną kwalifikację pod względem podmiotu właściwego do wykonania naprawy i poniesienia kosztów." I tylko w takim przypadku Zamawiający wymaga pisemnego potwierdzenia ich usunięcia i uzyskania potwierdzenia Zamawiającego. Zamawiający nie wymaga informacji o wszelkich usterkach i naprawach sieci kanalizacyjnej oraz pomp, takich do których zobowiązany jest wykonawca, gdyż koszty napraw mieszczą się w cenie usługi, która ma charakter ryczałtowy. Zamawiający udzielił więc odpowiedzi kompletnej.

W przypadku pytania nr 10 Zamawiający zauważył, że w SWZ nie ma w ogóle żadnych zapisów odnośnie wyszczególnienia obowiązku czyszczenia dna przepompowni w poszczególnych obiektach. Zamawiający wymaga wybierania osadu, odszlamiania osadników wstępnego (głównego) i wtórnego (końcowego), zlokalizowanych w zbiornikach biologicznych typu BioDisc BL (4 szt.) 4 razy do roku, zgodnie z wymienionymi w SWZ Wytycznymi instalacji i obsługi oraz Instrukcją producenta, wybierania osadu, odszlamiania zbiorników uśredniających Zu (2 szt.) zlokalizowanych za studniami rozprężnymi na oczyszczalniach w Mchowie i Grabowie 4 razy do roku. Zamawiający nie stawia dodatkowych warunków odnośnie czyszczenia dna przepompowni, uznając, że wykonawca ma obowiązek wykonywania czyszczenia dna zgodnie z powołanymi w SWZ wytycznymi i instrukcjami. Zamawiający nie posiada informacji dodatkowych w tym zakresie i do sporządzenia i skalkulowania ceny oferty zdaniem Zamawiającego wystarcza informacja zawarta w SWZ.

Co do pytania nr 13 w ocenie Zamawiającego pytanie nie dotyczyło wyjaśnienia zapisów SWZ. Pytanie tyczyło bowiem nie SWZ tylko realizacji umów zawieranych w innych postępowaniach. W SWZ nie ma żadnego zapisu w tym zakresie.

Dla pytań 14 i 31 Zamawiający zauważył, że udzielił odpowiedzi, że do utylizacji na oczyszczalnię ścieków oddano 36,4000 Mg odpadów o kodzie 19 08 99. Odwołujący wskazywał na treść DTR, że zgodnie z jej zapisami dla urządzeń w oczyszczalni winno powstawać około 200m3 osadu a oddano a nie powstało 36 m3. Dalej Odwołujący wskazuje, że taka odpowiedź uniemożliwia mu wycenę danego zamówienia, gdy m3 osadu kosztuje ok. 100 zł netto + koszt badań i transportu. Z niezadowolenia z treści odpowiedzi Odwołujący wywodzi z kolei wniosek, że przeprowadzenie wizji w takich okolicznościach, tj. odpowiedzi na pytanie 14, jest niezbędne.

Zarzuty Odwołującego są całkowicie niezasadne. Zamawiający wskazał, że pytanie Odwołującego nie dotyczyło ilości osadów wywiezionego do utylizacji, tylko ilości osadu wywiezionego do konkretnej oczyszczalni w Ostrołęce. Z tych powodów formułowanie zarzutów odnośnie braku spójności pomiędzy ilością osadu, która zgodnie z DTR powinna powstawać z urządzeń w oczyszczalni a ilością oddaną do konkretnej wybranej przez Odwołującego oczyszczalni jest niezrozumiała. Odwołujący zadając pytanie o ilości osadu wywiezionego do utylizacji wyłącznie na oczyszczalnię w Ostrołęce nie mógł oczekiwać odpowiedzi w innym, opisywanym z kolei w odwołaniu, zakresie.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że przepisy Pzp przesądzają, że kwestia odbycia wizji w procedurze przetargowej zależy od uznania zamawiającego. W przepisie art. 131 ust. 2 pkt 1 Pzp zawarto dwie możliwości, a mianowicie, przypadek gdy zamawiający przewiduje możliwość oraz przypadek, gdy ze względu gdy jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, zamawiający wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej. W tym przypadku Zamawiający nie przewidział w SWZ możliwości ani nie

wymagał odbycia wizji lokalnej przed złożeniem oferty. Zdaniem Zamawiającego specyfika przedmiotu zamówienia tego nie wymagała. Odbycie wizji lokalnej wymaga bowiem obecności osób ze strony wykonawcy w określonym miejscu, wymaga także czasu i poniesienia kosztów związanych z odbyciem wizji lokalnej (np. kosztów transportu). Z tego powodu w takich przypadkach wymóg odbycia wizji lokalnej może stanowić swoistą barierę dostępu do skutecznego ubiegania się o zamówienie.

W pytaniu nr 22 Zamawiający udzielił odpowiedzi, że oczyszczalnie są na gwarancji. Jest to odpowiedź wystarczająca i każdy Wykonawca jako profesjonalista nie powinien mieć wątpliwości co to oznacza. Informacja, że oczyszczalnie są na gwarancji oznacza, że wszystkie wymagania gwarancji są wypełniane. W przypadku gdyby nie było wykonywanych w terminach przeglądów gwarancyjnych, Zamawiający utraciłby gwarancje na oczyszczalnie modułowe. Gwarancje zaś obowiązują.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 34 wyjaśniając, że według wiedzy Zamawiającego obsługa była właściwa. Zamawiający nie jest w posiadaniu żadnych danych, czy informacji, że obsługa nie była właściwa. Odwołujący nie podał w odwołaniu nie tylko o jakie „nieprawidłowości" chodzi, ale nie podał nawet jakie „uprawnione organy" przekazywały Odwołującemu informacje i jakie to były informacje, których nie posiada Zamawiający. Odwołujący nie przedłożył żadnych nie tylko dowodów, ale nawet danych.

W udzielonej odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił również, że każdy wykonawca ponosi koszty napraw w okresie w jakim odpowiada za obsługę. Z wykonawcą, który zostanie wyłoniony będzie podpisany protokół zdawczoodbiorczy przekazania oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej wg stanu na dzień przekazania, w którym zostanie również opisany

aktualny na datę sporządzenia protokołu stan przekazywanej oczyszczalni ścieków

i kanalizacji sanitarnej.

W przypadku umów na wykonanie usługi eksploatacji i konserwacji, zobowiązania Wykonawcy sprowadzają się głównie do zobowiązania starannego działania z wykorzystaniem umiejętności i wiedzy Wykonawcy przy świadczeniu usług określonych w umowie oraz odpowiedzialności za użycie części wolnych od wad. Nie ustanawia się gwarancji osiągnięcia wskutek świadczenia usług, określonego skutku, np. braku usterek czy awarii w czasie trwania kolejnej umowy na wykonanie tych usług. W tych okolicznościach brak podstaw, żeby w umowie na wykonanie usługi eksploatacji i konserwacji zawierać zapisy do wprowadzenia jakich zmierza Odwołujący, tj. w zakresie wyłączenia odpowiedzialności aktualnego wykonawcy za „nieprawidłowości" przy wykonaniu usługi przez poprzedniego wykonawcę. Pojęcie „nieprawidłowości przy obsłudze" jest bowiem nieprecyzyjne, niedookreślone i zapewne zastosowanie takiej klauzuli w umowie zachęcałoby wykonawcę, który otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, w celu zaoszczędzenia kosztów, żeby w przypadku każdej usterki i awarii zrzucać odpowiedzialność na poprzedniego wykonawcę. Wykonawcy znając treść SWZ i projektu umowy, powinni skalkulować oferowaną cenę usługi w taki sposób, żeby uwzględnić wszelkie zagrożenia jaki mogą wystąpić w trakcie wykonywania umowy.

Co do odpowiedzi na pytania nr 39 i 40 Zamawiający wyjaśnił, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym wymagań w zakresie potencjału technicznego należy do uprawnień Zamawiającego. Wymagania w tym zakresie są określone w pkt VII SWZ. Zamawiający poinformował również, że nie będzie odnosił się do wymagań, których nie stawiał. Zamawiający określa w SWZ wymagania minimalne, co oznacza, że jeśli potencjalny wykonawca spełnia wyższe wymagania, w tym np. posiada np. samochód ssąco-płuczący i samochód asenizacyjny, to tym bardziej spełnia warunki postawione przez Zamawiającego. Sformułowanie wymagań w zakresie zdolności technicznej, jest zadaniem Zamawiającego wymaganiem wystarczającym, w stosunku do specyfiki i wielkości przedmiotu zamówienia oraz czasu trwania umowy wynoszącego 1 rok. Postawienie takich wymagań nie tylko nie ogranicza dostępu do zamówienia, a umożliwia szerszą konkurencję w danym postępowaniu. Zamawiający uważa, że postawione przez niego warunki nie są zaniżone w stosunku do przedmiotu postępowania. Niezależnie od tego Zamawiający podniósł, że nawet sytuacja zaniżenia warunków udziału w postępowaniu nie może być kwalifikowana jako naruszenie ustawy Pzp (tak wyrok KIO 738/13).

Zamawiający, jego zdaniem, udzielił szczegółowych wyjaśnień w odpowiedzi na pytanie nr 43. Wyjaśniono, że Zamawiający ustala warunki dla każdego postępowania odrębnie. Zamawiający nie miał obowiązku powielania w kolejnej procedurze warunków jakie postawił w poprzedniej. Wymaganie od Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie w zakresie wykazania doświadczenia w postaci usługi polegającej na administrowaniu

1 bieżącym utrzymaniu sieci kanalizacji sanitarnej o długości min. 60 km (u jednego

Zamawiającego) z co najmniej 20 przepompowniami (tłoczniami) ścieków o wartości minimum 200.000 zł rocznie, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia obejmuje bieżące utrzymanie sieci kanalizacyjnej o długości 98,81 km (w tym 61,88 km kanalizacja grawitacyjna i 36,93 km kanalizacja tłoczna), z 49 przepompowniami (tłoczniami) ścieków,

2 mechaniczno-biologicznymi oczyszczalniami ścieków, 13 pompowniami ścieków przydomowych, 5 studniami pomiarowymi (z przepływomierzami), jest uzasadniony. Wymóg 60,72 % długości sieci stanowiącej przedmiot zamówienia, wymóg 20 przepompowni ścieków to zaledwie 40,81% ilości przepompowni stanowiących przedmiot zamówienia, a kwota 200.000 zł stanowi 54,20 % wartości przedmiotu zamówienia na eksploatację i konserwację sieci i oczyszczalni ścieków, wynoszącej 369.000 zł.

Sieć kanalizacyjna Zamawiającego, co musiało być uwzględnione przy ustalaniu warunków, składa się z wielu odcinków budowanych w różnych latach od 2004 roku do 2021 roku, a co za tym idzie większość odcinków dotyka w mniejszym lub większym stopniu, proces starzenia się, co z kolei zwiększa awaryjność sieci. Stan sieci corocznie jest, z uwagi na intensywną eksploatacje, gorszy, na co wpływ mają również niekorzystne zjawiska, takie jak korozja i uszkodzenia mechaniczne złączy, które destrukcyjnie wpływają na sieć kanalizacyjną w czasie jej eksploatacji, zwiększając je j awaryjność. To z kolei wymusza na Zamawiającym ustalanie warunków umożliwiających weryfikację wykonawców pod kątem wyłonienia wykonawcy, który jest w stanie administrować tą siecią w sposób najkorzystniejszy dla społeczności Gminy Przasnysz (szybkość reakcji na awarię, szybkość jej usunięcia, konieczność usuwania niekiedy jednocześnie kilku awarii w różnych miejscach, na odcinkach które dzieli kilkadziesiąt kilometrów). Z tych powodów doświadczenie w wykonawcy w administrowaniu i bieżącym utrzymaniu jak najdłuższego odcinka z dużą ilością przepompowni, jest dla Zamawiającego najistotniejsze i wraz ze starzeniem się sieci te wymagania się zwiększają.

Przedmiot niniejszego zamówienia, nie jest również tożsamy z przedmiotem poprzedniego zamówienia na eksploatację i konserwację sieci kanalizacyjnej i oczyszczalni ścieków. Długość sieci zwiększyła się bowiem o 4,61 km, ilość przepompowni zwiększyła się o 7 sztuk, długość przyłączy kanalizacyjnych zwiększyła się o 1 km, ilość odbiorców

zwiększyła się o 75 gospodarstw, ilość przepompowni ścieków zwiększyła się zaś o 5 sztuk. Ponadto, co również brano pod uwagę, ilość awarii, w których dokonano czyszczenia bądź udrożnienia odcinka kanalizacji tłocznej oraz kanalizacji grawitacyjnej ze średnio z 35 w latach 2018/2019 do 185 w latach 2020/2021, a więc o prawie 530%. Te wszystkie okoliczności wpłynęły na ustalenie warunków.

Tym samym Zamawiający w jego ocenie zachował proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu rozumianą jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym dla Zamawiającego. Opis warunków udziału w postępowaniu jest adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne.

Opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności i warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający nie dokona zmiany treści warunku udziału w postępowaniu we wnioskowany sposób.

Odnosząc się do odpowiedzi na pytanie nr 50 Zamawiający zauważył, że nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu na usługi wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, gdyż wykonanie czynności objętych przedmiotem zamówienia nie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 par. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy. Zarówno operator koparki, operator samochodu ssąco-czyszczącego, operator pojazdu wuko, jak i osoba z kwalifikacjami SEP E i D w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę polegającą na usuwaniu awarii i konserwacji, nie mogliby mieć wyznaczonego czasu pracy, czynności wykonywaliby doraźnie, w miarę potrzeb, nieregularnie, w większym lub mniejszym zakresie, stosownie do potrzeb. Wymagane przez Zamawiającego niezwłoczne działania w przypadku konieczności usunięcia awarii powoduje, że osoby wykonujące czynności w ramach zamówienia musiałyby stawić się do wykonania czynności bez względu na porę dnia czy nocy, ale w czasie i miejscu, którego nie można wcześniej przewidzieć. Okoliczności te przeczą możliwości uznania, że osoby wykonujące takie i w takich warunkach jak wymaga Zamawiający, czynności, mógłby łączyć na potrzeby tego zamówienia z Wykonawcą, stosunek pracy, w tym w zakresie podporządkowania w stopniu charakterystycznym dla stosunku pracy. Ponadto również w umowie cywilnoprawnej zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same jak

w zależności właściwej dla stosunku pracy (por. wyrok SN z dnia 1 1.09.2013r., II PK 372/12, OSNP 2014/6/80).

Odnosząc się dodatkowo do sformułowanych pytań, że nie dotyczy one w większości wyjaśnieniu zapisów SWZ. Tym samym zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnieniu podlega treść SWZ, czyli treść istniejąca. Jeżeli czegoś w SIWZ nie ma, a wykonawca wnosi pytanie do SWZ sprowadzające się do żądania faktycznie uzupełnienia treści SWZ o określone zapisy, nie dotyczy wyjaśnienia treści SWZ, ale stanowi wniosek o jej uzupełnienie o konkretne postawienia, czy wymogi. W takiej sytuacji jeśli odwołanie wobec brakującej treści SWZ jest wnoszone w terminie liczonym od dnia udzielenia odpowiedzi na pytanie, w której Zamawiający odmawia uzupełnienia treści SWZ, to takie odwołanie powinno zostać uznane za spóźnione.

Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie dochował staranności przy opisie przedmiotu zamówienia, ustaleniu warunków udziału w postępowaniu oraz warunków umownych. Zamawiający prowadzi postępowanie z poszanowaniem zasad określonych w ustawie Pzp.

Na rozprawie Strony potrzymały dotychczasowe stanowiska wyrażone pisemnie.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia i wyrażone stanowiska, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do pytań dotyczących ustalenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego oraz posiadania potencjału oraz zatrudnienia osób biorących udział w realizacji zamówienia na umowie o pracę (pytania nr 39, 40, 43, 50) należało uznać je za spóźnione.

Jeżeli Odwołujący uważał, że warunki udziału w postępowaniu są ustalone w sposób nieprawidłowy, nie gwarantują wyboru wykonawcy zapewniającego należyte wykonanie przedmiotu zamówienia lub przez ustalenie zbyt wygórowanych wymagań w stosunku do wykonawców, zaburzona została zasada równego traktowania, to winien był powyższe podnosić w ramach środków ochrony prawnej, złożonych w terminie liczonym od ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe sztuczne wydłużenie tego terminu przez zadanie pytań w zakresie warunków, a następnie kwestionowanie treści udzielonych odpowiedzi. Każdy wykonawca zainteresowany zamówieniem w tym samym czasie, w dniu ogłoszenia postępowania dowiedział się na jakich zasadach będzie ono prowadzone i jakie szczegółowe wymagania osobowo-rzeczowe postawił Zamawiający. Każdemu wykonawcy przysługiwał taki sam termin na wniesienie odwołania odnośnie do treści SWZ. Okoliczność, że ogłoszenie postępowania miało miejsce w okresie świąteczno-noworocznym, nie tłumaczy zaniechania Odwołującego. Wszyscy bowiem wykonawcy znajdowali się w takiej samej sytuacji. Znamienne jest również, iż to sam Odwołujący na rozprawie podnosił, że Zamawiający co rok organizuje postępowanie mniej więcej w tym samym czasie. Jeżeli tak jest, to tym bardziej Odwołujący, jako podmiot znający sposób działania danego Zamawiającego i profesjonalista w danej branży, powinien być przygotowany do zapoznania się z treścią SWZ i zakwestionowania jej postanowień we właściwym czasie. Kwestionowanie ustalonych warunków udziału w postępowaniu tylko poprzez zadawanie pytań i żądanie zmiany tych warunków, nie spełnia przesłanek właściwego trybu. Może być ono jedynie elementem dodatkowym, obok złożenia odwołania, umożliwiającym polubowne zakończenie sporu.

Izba uważa, iż Zamawiający słusznie odpowiedział, że pytania nie dotyczą treści SWZ, co powoduje, że Zamawiający nie ma obowiązku odnoszenia się do treści nieistniejącej.

Dostrzeżenia wymaga także, że w przypadku postępowań prowadzonych poniżej progów unijnych, postawienie warunków udziału w poszczególnych kategoriach jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności przez wyrażenie ich jako minimalnych poziomów zdolności. Od oceny zamawiającego zależy zatem, czy i które z warunków udziału uzna za konieczne do zweryfikowania w danym postępowaniu, które z warunków są na tyle istotne, że konieczna jest ich dodatkowa weryfikacja. Ocena proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana w odniesieniu do: wartości zamówienia, okresu realizacji, stopnia złożoności,

charakterystyki, zakresu i warunków realizacji zamówienia. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający właśnie do tych elementów się odniósł. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków udziału z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji.

W ocenie Izby Zamawiający uzasadnił poziom wymagań określony w warunkach udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i swoich potrzeb, nie mających subiektywnego charakteru. Odwołujący nie wykazał, że jest przeciwnie, nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, na okoliczność, że Zamawiający znacząco zawyżył wymagania choćby w zakresie doświadczenia zawodowego. Zamawiający opisał szczególne cechy sieci, którą wybrany podmiot miałby utrzymywać i administrować. Ustalenie warunków udziału odbywać ma się na zasadzie adekwatności wymagań do uzasadnionych potrzeb zamawiających. Izbie nie wykazano, że opis wymagań ma nadmierny charakter w stosunku do przedmiotu zamówienia, jego specyficznych cech.

W przypadku warunku dotyczącego zdolności technicznej, czyli dysponowania sprzętem i posiadania zasobów ludzkich, to zdaniem Izby sformułowanie warunków na poziomie minimalnym działało raczej na korzyść wykonawców i umożliwiało złożenie ofert nieograniczonemu kręgowi wykonawców. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, że zaostrzenie warunków dla posiadania sprzętu specjalistycznego w większym stopniu umożliwi realizację potrzeb Zamawiającego.

Analizując treść pytań i udzielonych na pytania nr 5, 10, 13, 14, 22, 33, 34 odpowiedzi zauważenia wymaga, że były to w części pytania skierowane w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w części w zasadzie do sposobu wykonywania poprzedniego zamówienia przez innego wykonawcę. O ile słuszne wydają się pytania zmierzające go uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia jeżeli jest on niepełny lub by podkreślić jego najistotniejsze cechy, o tyle dywagacje odnoszące się do sposobu wykonywania poprzednich umów uznać należy za leżące poza zakresem przedmiotowego postępowania.

W przypadku pytań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, przykładowo ilości awarii poszczególnych pomp, zestawieniu informacji o czyszczeniu dna przepompowni, ilości osadu wywiezionego do utylizacji, wykonywaniu przeglądów gwarancyjnych, ilości zrzutu ścieków, Zamawiający udzielił takich informacji, jakimi dysponuje, bazując na własnym doświadczeniu w obsłudze sieci zdobytym w ramach zlecania usług podmiotom zewnętrznym i w jakich jest posiadaniu oraz za weryfikację, których odpowiada. Odwołujący zdaje się natomiast wymagać od Zamawiający bliżej niedookreślonego w odwołaniu poziomu szczegółowości, powołując się wybiórczo na postanowienia SWZ. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przekazane przez Zamawiającego informacje w ramach udzielonych odpowiedzi są niewystarczającego do złożenia oferty i wyceny usług. Odwołujący także na rozprawie oraz w dodatkowym stanowisku pisemnym w żaden sposób nie odniósł się do danych przedstawionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, koncentrując się na historycznych postępowaniach o udzielenie zamówienia (prowadzonych w 2019 roku), które z obecnie toczącym się postępowaniem nie mają nic wspólnego. Izba nie znajduje uzasadnienia dla tak szczegółowego opisywania danych historycznych i faktów, które miały miejsce w poprzednich postępowaniach dla wykazania zasadności zarzutów przedmiotowego odwołania, którym jak się zdaje Odwołujący chciał wykazać niedociągnięcia opisu przedmiotu zamówienia w SWZ. Zamawiający odpowiadając na pytania odniósł się do obowiązków ujętych w opisie przedmiotu zamówienia (wybieranie osadów dwa lub cztery razy do roku w zależności od typu zbiornika), czy choćby innych obowiązków, które wykonać należy zgodnie z wytycznymi i instrukcjami wskazanymi w SWZ, podczas gdy z przebiegu rozprawy wynika, że Odwołujący chciałby raczej „narzucić" Zamawiającemu jakie obowiązki należy określić w SWZ. W ocenie składu orzekającego Izby informacje zawarte w SWZ oraz informacje dodatkowe przekazane w odpowiedziach na pytania były wystarczające do sporządzenia i skalkulowania ceny oferty, a tezy przeciwnej nie udowodniono, czy choćby nie uprawdopodobniono.

Poddając analizie pozostałe pytania Odwołującego, można odnieść wrażenie, że to Odwołujący zamiast Zamawiającego chciałby dokonać oceny pracy Wykonawcy dotychczas realizującego usługi. Tymczasem to Zamawiający jest podmiotem uprawnionym do wystawienia referencji i oceny, czy poziom, na którym świadczone były na jego rzecz usługi jest zadowalający i wystarczający do wystawienia danemu podmiotowi opinii pozytywnej. Pomijając ocenę celowości i prawidłowości takich działań Odwołującego w ramach kierowania pytań do treści SWZ, jeżeli Zamawiający stwierdza, że usługi wykonywane były właściwie, Izba nie znalazła podstaw, by takie stanowisko kwestionować lub odmawiać mu wiarygodności. Treść pytań nie referowała w tej części ani do obowiązków wynikających z SWZ, ani do postanowień umownych określających przyszłe obowiązki dla wykonawcy. Okoliczności w jaki sposób wykonywane były lub są inne umowy, jaki był wynik prowadzonych postępowań kontrolnych przez organy zewnętrzne na obiektach Zamawiającego, pozostaje irrelewantna dla oceny, czy Zamawiający prawidłowo

ukształtował opis przedmiotu zamówienia i określił wymagania umowne. Zamawiający słusznie w ocenie Izby podkreślił w odpowiedzi na odwołanie, że „Wykonawcy znając treść SWZ i projektu umowy, powinni skalkulować oferowaną cenę usługi w taki sposób, żeby uwzględnić wszelkie zagrożenia jaki mogą wystąpić w trakcie wykonywania umowy".

W przypadku odpowiedzi na pytanie nr 31 Zamawiający podał, że nie przewidział w SWZ możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej. Zgodnie z art. 131 ust. 2 ustawy Pzp

w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po: 1) odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej.

Z powyższych regulacji wynika, że wizja lokalna jest możliwa w dwóch przypadkach. Zamawiający może ją przewidzieć z własnej woli lub wizja jest konieczna ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia. W obu przypadkach jest to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego, podyktowane okolicznościami związanymi z przedmiotem zamówienia. W przedmiotowym zamówieniu Zamawiający wyraził przekonanie, że wizja lokalna nie jest konieczna, dlatego nie przewidział jej w postanowieniach SWZ. Zakładając nawet, że uprawnieniem Wykonawcy jest zwrócenie się do zamawiającego o możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej w przypadku, jeżeli konieczne jest to ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia (ponieważ brzmienie przepisu oraz stanowisko doktryny zdają się być przekonane, że taką konieczność określa zamawiający - vide Prawo zamówień publicznych - Komentarz UZP pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, str. 476), to Odwołujący winien wykazać w pytaniu i w odwołaniu, że przedmiot zamówienia wykazuje taką specyfikę, która czyni wizję lokalną konieczną. Tymczasem ani w pytaniu skierowanym do Zamawiającego ani w odwołaniu takich argumentów nie przedstawiono. Odwołujący w żaden sposób nie uargumentował potrzeby przeprowadzenia wizji w terenie. W ocenie Izby argument, że inni zamawiający przewidują wizję, nie jest wystarczający. Biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia ze specyficznym obiektem, konieczność wejścia na jego teren i poznanie zasad działania tym bardziej powinno być szeroko uzasadnione, czego Odwołujący zaniechał. Odwołujący podnosił, że wniosek o możliwość przeprowadzenia wizji to „sygnał dla Zamawiającego, że być może brakuje pełnego zakresu informacji w dokumentach zamówienia, niezbędnych do przygotowania oferty". Nie jest obowiązkiem Zamawiającego domyślać jakie powody kierują wykonawcą wnioskującym o wizję, ale to obowiązkiem Wykonawcy jest wskazanie i wykazanie w jakim zakresie dokumenty postępowania są niekompletne i utrudniają możliwość skonstruowania oferty.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy. Izba uważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Izba nie znalazła podstaw, by dokonać unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: