

Warszawa, dnia 10 stycznia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Gmina Przasnysz**
ul. Św. St. Kostki 5
06-300 Przasnysz

Odwołujący: **OPAL BUD Sp. z o.o.**
Bukowiecka 92
03-893 Warszawa
KRS: 0000600781, NIP: 5242793745, REGON: 363691106
e-mail: opal.bud@wp.pl
telefon: 695633579

reprezentowany przez radcę prawnego
Agnieszkę Wiśniewską -Celmer

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Bieżąca eksploatacja i konserwacja oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej stanowiących własność Gminy Przasnysz” - znak sprawy IZ.271.18.21. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30 grudnia 2021 r. z Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00338278/01

Odwołanie

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 (zwaną dalej „PZP”), Odwołujący wnosi 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

przedmiotowym postępowaniu, w tym również jej wycenę. Wyjaśnienia 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 przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, a tym samym do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego poprzez naruszenie:

a) art. 135 ust. 2 w zw. z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 5 i art. 353¹ 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 Prawo zamówień publicznych 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

co w konsekwencji prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego treści art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - tj. do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustawą bowiem wybór oferty najkorzystniejszej będzie dokonany w warunkach zaburzonej konkurencji rynkowej, będącej wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Żądanie:

W związku ze wskazanymi powyżej zarzutami wnoszę o nakazanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż zarzucane Zamawiającemu naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią nieusuwalną wadę postępowania, z uwagi na rozpoznawanie niniejszego odwołania po terminie otwarcia ofert, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Termin wniesienia odwołania:

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 upływa w dniu 10 stycznia 2022 r. W konsekwencji Odwołanie zostało wniesione w terminie.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody:

Odwołujący 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 Prawo zamówień publicznych, 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 tym samym Odwołujący może ponieść szkodę nie tylko w braku uzyskania przedmiotowego zamówienia jak i - w sytuacji gdyby uzyskał to zamówienie - 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.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi w sposób sprzeczny z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia konkurencyjnej oferty przez wykonawców gwarantujących prawidłowe wykonanie zamówienia ze względu na posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku działań Zamawiającego Odwołujący został narażony na szkodę. 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.

Doręczenie kopii odwołania Zamawiającemu:

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

Wpis od odwołania:

Wpis od odwołania został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (dowód w załączeniu).

Uzasadnienie

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 jak i w zakresie wyjaśnienia zawarcia poszczególnych wymogów w treści SWZ na określonym poziomie bądź na wyjaśnieniu przyczyn braku niektórych wymagań.

Odwołujący na marginesie chciałby zaznaczyć, że zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem w najszybszym, możliwym dla siebie terminie. Zamawiający wszczął bowiem przedmiotowe postępowanie w terminie, który z uwagi na okres świąteczny powodował, iż było utrudnione śledzenie postępowań wszczynanych przez Zamawiającego jak i utrudnione były kontakty z Zamawiającym. Udostępnienie dokumentacji postępowania 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-ciodniowy objął swoim zakresem 5 dni wolnych - tj. 5 dni, w których Urząd nie działał. Co zmniejszało szansę potencjalnych Wykonawców na efektywny kontakt potencjalnych wykonawców z Zamawiającym. Zważyć należy, że dni wolne, o których mowa wyżej 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.

Wracając do kwestii pisma mającego stanowić odpowiedź na wniosek Odwołującego należy wskazać, 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: „*pro-wadzenie "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 po-twierdzenie 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. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający wymaga aby w ramach przedmiotu zamówienia Wyko-nawca 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. Wskazać bowiem należy, że 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 ok 600-1000 zł, z powyższym wiąże się kwestia utylizacji z czyszczenia odpadów. Tym samym jeśli nie były czyszczone przepompowni 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 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. Nadmienić należy, że inni zamawiający, prowadzący tego rodzaju postępowania przewidują wizje lokalne, uznając je za znaczące dla przygotowania ofert w tego rodzaju postępowaniach, gdyż dokumenty zamówienia przekazywane wykonawcom 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 Prawo zamówień publicznych, 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 występują. Powyższe jest bowiem przejawem dobrej woli Zamawiającego i dbałością o uzyskanie ofert rzetelnych, wycenionych prawidłowo i z należyłą starannością. Tym samym 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 profesjonalisci 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 Zama-

wiającego, że być może brakuje pełnego zakresu informacji w dokumentach zamówienia, niezbędnych do przygotowania oferty. Zachowanie Zamawiającego w tym wypadku nie wskazuje na jakiegokolwiek 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 na dzień dzisiejszy nie stwierdzono zaniedbań na sieci nie stanowi odpowiedzi na pytanie dotyczące tego, jak będzie kształtowała się odpowiedzialność wykonawcy wyłonionego w przedmiotowym 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. W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że 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, min. innymi w zakresie usuwania osadów, nieutrzymywania wskaźników zanieczyszczeń w odprowadzanych ściekach. Tym samym udzielane przez Zamawiającego odpowiedzi nie są zgodne ze stanem faktycznym jaki ma miejsce w wyniku prowadzonej obecnie obsługi sieci.
- ✓ 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. Niemniej należy przypomnieć Zamawiającemu, że mimo powyższego 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 Prawo zamówień publicznych 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. Wskazać należy, że w roku poprzednim warunek brzmiał następująco:

„Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli Wykonawca: wykaze 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 (tłocznia) ścieków. Warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaze, 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 pragnie nadmienić, 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 należy wskazać, że mocy przepisu art. 135 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 ww. ustawy. 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 SIWZ (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 ciężącego na nim obowiązku nie wykonał. Co uzasadnia postawienie zarzutów jak na wstępnie przedmiotowego odwołania.

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 przedmiotowego 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 Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz brak zapewnienia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Nadmienić bowiem należy, że informacje, które nie zostały udzielone Odwołującego 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.

Załączniki:

*pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem opłaty skarbowej
potwierdzenie opłacenia wpisu od odwołania*

Agnieszka Wisniewska-Celmer

RADCA PRAWNY
TR - 991