

**WYROK**  
**z dnia 19 grudnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2022 r. przez wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Waśniów

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
  - 1.1. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej pkt 2.1.43-2.1.49, pkt 2.1.55-2.1.57, pkt 2.1.65-2.1.74 i pkt 2.1.75-2.1.77 odwołania;
  - 1.2. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej pkt 2.1.96-2.1.105 odwołania;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego – M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania w Warszawie i:
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od odwołującego – M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Waśniów kwotę 3 899 zł 20 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 Waśniów (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Waśniów – Etap V” (numer referencyjny: T.2710.56.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00458086/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia jest niższa od progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 listopada 2022 r. wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie będzie wewnątrznie sprzeczny i będzie pozwalał wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty oraz będzie przedstawiał rzetelnie wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia;
2. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami;
3. art. 99 ust. 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równowagę, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych;
4. art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do normy i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia określonych elementów dotyczących realizacji postanowień normy, podczas gdy wymogi wynikające wprost z właściwej normy są odmienne aniżeli uczynił to Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp (zarzut nr 4, pkt 2.1.1 – 2.1.11 uzasadnienia odwołania) Odwołujący wskazał m.in., iż przedmiot zamówienia w sposób jasny musi korespondować z warunkami określonymi przez normę PN-EN 12566-3+A2:2013. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nieprawidłowy nawiązuje do ww. normy. Zamawiający wymaga zgodności urządzeń z ww. normą, jednak wprowadza wymagania niezgodne z tą normą. Odwołujący zauważył, iż wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych są sprzeczne ze sobą. Na potwierdzenie wymagań Zamawiającego dotyczących monolityczności zbiorników (bez połączeń spawanych, zgrzewanych, śrubowych, klejonych itp.) oraz minimalnej pojemności pkt C Projekt techniczny, konieczne jest wykonanie przez laboratorium notyfikowane dodatkowych badań i pomiarów, które nie są wymagane przez normę i wykraczają poza jej zakres. Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezprawnie poszerza i modyfikuje postanowienia oraz zakres normy, co jest niedozwolone, ponieważ wypacza cel ustanowienia normy i sens jej stosowania. Odwołujący powołał się na motywy 6-12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylające dyrektywę Rady 89/106/EWG oraz art. 8 ww. rozporządzenia. Podniósł, iż jeżeli oczyszczalnia ścieków jako wyrób budowlany jest zgodna ze zharmonizowaną normą europejską i posiada oznakowanie CE, może być wprowadzana do obrotu i stosowana w budownictwie na takich samych zasadach we wszystkich państwach członkowskich. Państwa członkowskie i ich organy nie mogą zmieniać treści norm zharmonizowanych i nie mogą wprowadzać wymagań odmiennych od określonych w tych normach. Takie działanie, w ocenie Odwołującego, narusza wspólnotową zasadę swobodnego przepływu towarów i wspólnego rynku, a także podstawowe zasady zamówień publicznych – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Norma PN-EN 12566-3+A2:2013 określa tylko te zasadnicze charakterystyki oczyszczalni jako wyrobów budowlanych, które w ocenie autorów normy mają znaczenie dla osiągnięcia najważniejszego skutku w postaci skuteczności oczyszczania oraz gwarantując jednocześnie odpowiednią wytrzymałość urządzenia, wodoszczelność oraz trwałość. Odwołujący wskazał też, iż takie ukształtowanie wymogów jest wprost niezgodne z orzecnictwem TSUE, w szczególności wyrokiem z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt C-100/13. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień wymagających monolityczności oraz minimalnej pojemności.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp (zarzut nr 3, pkt 2.1.12-2.1.30 uzasadnienia odwołania) Odwołujący podniósł, iż teoretycznie Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, jednakże jest to równoważność pozorna lub niezgodna z obowiązującymi normami. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby dotyczące sposobu opisywania w SWZ parametrów równoważności i wskazał na następujące aspekty.

Po pierwsze, wskazał, iż opis zawarty w Rozdziale 5 lit. c pkt 2) Projektu – część opisowa (*„Reaktor SBR zaopatrzony w pompy mamutowe ( PCV ) łatwo demontowane i wyjmowane z poziomu gruntu bez konieczności opróżnienia zbiorników i wchodzenia do środka oczyszczalni. Minimalna szerokość wjazdu do oczyszczalni to 70 cm.”*) jest niezgodny z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, która w punkcie 6.1.3. określa wymagania dotyczące szerokość wjazdu do zbiornika oczyszczalni: dla zbiorników o pojemności poniżej 6 m<sup>3</sup> – nie mniej niż 400 mm, dla zbiorników o pojemności równej lub większej niż 6 m<sup>3</sup> – nie mniej niż 600 mm. Odwołujący wskazał, iż to producent dostosowuje wielkość wjazdu do swoich urządzeń i nie ma żadnego technicznego uzasadnienia dla takiego określenia kryterium równoważności. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia tego punktu z dokumentu Projekt – część opisowa.

Po drugie, Odwołujący wskazał na treść Rozdziału 5 lit. b Projektu – część opisowa *„zbiornik wykonany jest z odpornego na działanie agresywnego środowiska polietylenu, natomiast mocno uźebrowana konstrukcja gwarantuje odporność na działanie sił gruntowych. Zbiornik oczyszczalni musi być monolityczny jednobryłowy, wykonany z polietylenu wysokiej gęstości PEHD formowanego metodą wytłaczania z rozdmuchem lub rotomouldingu, zapewniając szczelność i trwałość. Dopuszcza się jako równoważne zastosowanie zbiornika wykonanego z materiału GRP, żywicy wzmacnianej włóknem szklanym lub betonu. Nie dopuszcza się zbiorników zgrzewanych, spawanych lub skręcanych z uwagi na to, że mogą ulec niekontrolowanemu rozszczelnieniu. Oczyszczalnia musi składać się z jednego zbiornika.”* Odwołujący podniósł, iż opisane powyżej wymagania Zamawiającego są niezgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, gdyż norma w pkt 6.5 Durability w sposób szczegółowy określa przy użyciu jakich technologii i jakich materiałów mogą być wykonane zbiorniki oczyszczalni. Są to m.in. następujące technologie: formowanie rotacyjne, formowanie metodą rozdmuchu, wytłaczanie, formowanie wtryskowe, formowanie wtryskowe ze spienianiem oraz m.in. następujące materiały: beton, stal, polichlorek winylu PVC-ustawy Pzp, polietylen PE, tworzywo sztuczne wzmocnione włóknem szklanym (GRP), polipropylen PP. Norma dopuszcza stosowanie do produkcji zbiorników m.in. takich materiałów stal i beton (dopuszczony również przez Zamawiającego) , a w przypadku tych technologii nie jest możliwe wyprodukowanie zbiorników monolitycznych. Odwołujący

wskazał, iż oczyszczalnie muszą być zgodne z normą PN-EN 12566- 3+A2:2013 pkt. 6.1.1 Postanowienia ogólne: *„Oczyszczalnie powinny być konstrukcyjnie stabilne, trwałe, wodoszczelne i odporne na korozję”* – i w tym zakresie są badane w laboratorium notyfikowanym zgodnie z zapisami normy PN-EN 12566-3+A2:2013. Dlatego zdaniem Odwołującego nieuprawnione jest wymaganie Zamawiającego, iż „Nie dopuszcza się zbiorników zgrzewanych, spawanych lub skręcanych z uwagi na to, że mogą ulec niekontrolowanemu rozszczelnieniu”, gdyż pozytywny wynik badań wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcji oraz trwałości wykonany zgodnie z zapisami normy PN-EN 12566-3+A2:2013 przez laboratorium notyfikowane niezbiecie wyklucza możliwość niekontrolowanego rozszczelnienia zbiornika. Skoro bowiem organy upoważnione przez Komisję Europejską do badania przydomowych oczyszczalni ścieków sprawdzają je pod wieloma względami, w tym w zakresie wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcji oraz trwałości, to Zamawiający nie ma uprawnień do kwestionowania takich badań, przeprowadzonych przez właściwe instytucje, doprowadzając do ograniczenia możliwości zaoferowania odpowiednich rozwiązań, równoważnych wobec preferowanych przez Zamawiającego. Powyższe w ocenie Odwołującego prowadzi do naruszenia przepisu art. 99 ust. 6 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania opisu równoważności w ten sposób, że zostaną dopuszczone wszystkie rozwiązania spełniające wymogi normy PN-EN 12566-3+A2:2013.

Po trzecie, Odwołujący wskazał na treść Rozdziału 5 lit. a Projektu – część opisowa *„Oczyszczalnie produkowane zgodnie z najnowszą normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w technologii SBR. Na potwierdzenie Producent wystawia deklarację właściwości użytkowych popartą dokumentami źródłowymi w formie protokołów z badań w zakresie opisanym w obowiązującej normie.”* Zdaniem Odwołującego wymóg taki jest niezgodny z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, gdyż norma ta w pkt 2 *Powołania normatywne* jednoznacznie wskazuje dokumenty powołane, które należy stosować łącznie z ww. normą, i które dopuszczają stosowanie technologii m.in. osadu czynnego oraz złoża biologicznego, tj.: EN 12255-6, Wastewater treatment plants – Part 6: Activated sludge process Oczyszczalnie Ścieków Część 6: Proces osadu czynnego, EN 12255-7, Wastewater treatment plants – Part 7: Biological fixedfilm reactors, Oczyszczalnie Ścieków Część 7: Reaktory z błoną biologiczną. Niedopuszczalne jest uniemożliwienie zaoferowania innych rozwiązań, równoważnych, które również zostały dopuszczone przez właściwe normy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Rozdziału 5 lit. a Projektu poprzez opisanie warunków równoważności w zgodzie z obowiązującymi normami.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp (zarzut nr 1), Odwołujący przedstawił uwagi ogólne dotyczące opisywania przedmiotu zamówienia oraz przywołał stosowne orzecznictwo. Zdaniem Odwołującego przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z wymogami przewidzianymi w przepisie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, tj. został sporządzony w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał na poniższe aspekty.

W pierwszej kolejności (pkt 2.1.43-2.1.49 uzasadnienia odwołania) Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający nie udostępnił zgłoszeń robót budowlanych. W dokumentach zamówienia brak jest wyraźnej informacji, że Zamawiający dokonał zgłoszeń robót i nie został wobec nich złożony sprzeciw. Ponadto podniósł, że istotna jest też data rozpoczęcia robót podana w zgłoszeniach – roboty budowlane należy rozpocząć przed upływem trzech lat od określonego w zgłoszeniu terminu ich rozpoczęcia. W przeciwnym razie konieczne jest ponowne zgłoszenie. Zgłoszenie robót w obecnym stanie prawnym musi być poprzedzone dokonaniem zgłoszenia wodnoprawnego na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1549), obowiązującej od 9 sierpnia 2022 r.). Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wszystkich zgłoszeń budowlanych, jako element opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający nie posiada zgłoszeń, to Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu składa ofert o czas, w którym Zamawiający uzyska prawomocne zgłoszenia, udostępni je jako dokumentację postępowania, a przez to możliwe będzie zapoznanie się z ich treścią i złożenie oferty przy uwzględnieniu właściwych zgłoszeń. Odwołujący dodał, iż w opisie przedmiotu zamówienia brak jest też informacji, czy Zamawiający posiada zgłoszenia wodnoprawne (art. 394 ust. 1 pkt 13 Prawa wodnego) konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wśród obowiązków wykonawcy określonych w PPU nie został wymieniony obowiązek dokonania takich zgłoszeń. Bez zgłoszeń nie jest jednak możliwe rozpoczęcie robót budowlanych. Jeżeli więc Zamawiający nie dokonał zgłoszeń, to wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe. Odwołujący wskazał, iż obowiązek dokonania zgłoszeń wodnoprawnych potwierdzają pisma PGW Wody Polskie Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej z 8 listopada 2022 r. nr KUZ.032.152.2022 i KUZ.032.177.2022, oraz pismo Ministerstwa Infrastruktury z 18 listopada 2022 r. nr DGWiŻŚ- 7.0212.36.2022. Z pism tych jednoznacznie wynika obowiązek dokonania zgłoszeń wodnoprawnych na wykonanie urządzeń wodnych służących do wprowadzania do ziemi ścieków oczyszczonych w przydomowej oczyszczalni ścieków na potrzeby zwykłego korzystania z wód. Obowiązek taki dotyczy wszystkich urządzeń, niezależnie od ich konstrukcji czy technologii stosowanych przez producentów. W przypadku

inwestycji finansowanych przez gminy, a wykonywanych na rzecz osób prywatnych, zgłoszeń wodnoprawnych powinny dokonać te osoby – użytkownicy oczyszczalni jako podmioty korzystające z wód. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wszystkich zgłoszeń wodnoprawnych, jako element opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający nie posiada zgłoszeń, to Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentów zamówienia w ten sposób, że wskazana zostanie procedura, w jakiej te zgłoszenia mają zostać złożone – aby wykonawcy mieli świadomość pełnego przedmiotu zamówienia i sposobu wykonania zamówienia.

Jako drugą kwestię (pkt 2.1.50-2.1.54 uzasadnienia odwołania) Odwołujący wskazał na § 2 ust. 4 wzoru umowy: „Zamawiający może wnieść uwagi do Harmonogramu w terminie 3 dni roboczych od dnia przedstawienia Harmonogramu Zamawiającemu. Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego uwzględnienia uwag, o których mowa w zdaniu poprzednim (modyfikacja Harmonogramu) i przedstawienia Zamawiającemu zmodyfikowanego Harmonogramu w terminie 3 dni roboczych od dnia wniesienia uwag przez Zamawiającego”. Podniósł, iż nie zostało dokładnie określone, jakie mogą być zmiany do harmonogramu jakie może wprowadzać Zamawiający – wprost przeciwnie, z treści tego postanowienia wynika, że Zamawiający ma nieograniczone możliwości w tym zakresie i wszystko musi zostać zaakceptowane przez Wykonawcę, gdyż nie ma żadnej procedury odmowy lub braku akceptacji (poza uzasadnieniem swojej opinii, której Zamawiający przyjmować nie musi). Takie postanowienie narusza przepis art. 99 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że daje Zamawiającemu prawo do dowolnej zmiany przedmiotu zamówienia, np. poprzez skumulowanie realizacji w jednym krótkim okresie, podczas gdy Wykonawca przedstawi harmonogram, w którym realizacja została odpowiednio rozłożona w czasie. Takie działanie wpływać by mogło, chociażby, na koszt realizacji przedmiotu zamówienia. Zatem, świadczenie zawarte w ofercie nie musiałoby być zgodne z tym, co Zamawiający „wymyśli” na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Odwołujący zauważył, iż ww. postanowienie w sposób bardzo ogólny wskazuje na to, że wystarczy, aby Zamawiającemu coś w harmonogramie się „nie podobało”. Użycie tak nieostrego pojęcia daje Zamawiającemu nieograniczoną możliwość ingerowania w harmonogram, a przez to w realizację przedmiotu zamówienia (wtedy już – umowy) po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z postanowienia § 2 ust. 6 wzoru umowy treści dotyczącej nieograniczonej możliwości ingerencji w harmonogram zaproponowany przez wykonawcę lub wskazania procedury odwoławczej umożliwiającej niewprowadzanie zmian do harmonogramu wskazywanych przez Zamawiającego.



Następnie (pkt 2.1.55-2.1.57 uzasadnienia odwołania) Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią postanowień Działu V rozdział 1 ust. 4 pkt b SWZ, Wykonawca jest zobowiązany do opracowania i dostarczenia Zamawiającemu, przed podpisaniem umowy, kosztorysu z podziałem na poszczególne elementy opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej. Zauważył, iż Zamawiający przyjął ryczałtowy sposób rozliczenia w umowie (np. § 12 ust. 5 wzoru umowy), dlatego bezzasadne jest wymaganie sporządzenia, przed zawarciem umowy i mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia, kosztorysu. Jest to wymaganie nadmierne i nieprzystające do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień Działu V rozdział 1 ust. 4 pkt b SWZ.

Czwartym aspektem wskazanym w uzasadnieniu ww. zarzutu (pkt 2.1.58-2.1.64) był wymóg dotyczący złożenia przed zawarciem umowy raportu skuteczności oczyszczania oraz raportów z badań przydomowych oczyszczalni ścieków oferowanych przez Wykonawcę, wydanych przez właściwe laboratorium notyfikowane, potwierdzające zgodność oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków z normą PN-EN12566-3 (lub normą równoważną) wraz ze wskazaniem stron w raportach potwierdzających zgodność przydomowych oczyszczalni ścieków z normą PN-EN12566-3 (lub normą równoważną) w zakresie: skuteczności oczyszczania, wytrzymałości konstrukcji, wodoszczelności, trwałości, przepustowości nominalnej, zużycia energii elektrycznej w trakcie badań (dział V rozdział 1 ust. 4 lit. a SWZ). Odwołujący zauważył też, iż zgodnie z postanowieniami działu V rozdział 1 ust. 5 SWZ, Zamawiający przed zawarciem umowy uprawniony jest do żądania: a. przedłożenia przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza deklaracji właściwości użytkowych wydanych przez producenta oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków, b. dostarczenia przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza kompletnej przydomowej oczyszczalni ścieków objętej ofertą Wykonawcy, w celu weryfikacji spełnienia przez oczyszczalnię wymogów określonych w SWZ i Załącznikach nr 1 do SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” i nr 2 do SWZ – „Projektowane postanowienia umowne”. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zastrzega sobie możliwość weryfikacji zaoferowanego przedmiotu zamówienia, de facto w zakresie próbek oraz przedmiotowych środków dowodowych, nie na etapie postępowania, gdzie właściwe przepisy Pzp mogłyby mieć zastosowanie do tych środków dowodowych, lecz już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Przeniesienie ciężaru udowodnienia, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia przeczy również ewentualnej możliwości odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Poza tym, chociażby wymóg złożenia kompletnej zaoferowanej oczyszczalni ścieków jest nadmiarowy – Zamawiający w żaden sposób nie definiuje, co miałyby się stać z taką oczyszczalnią. Gdyby miała ona zostać u Zamawiającego, to dla Wykonawcy jest to dodatkowy koszt w

wysokości kilkunastu tysięcy złotych, który być może musiałby ponieść. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż na podstawie dostarczonej oczyszczalni Zamawiający i tak nie zweryfikuje, czy spełnia ona wymagania określone w SWZ, ponieważ będzie to „puste” urządzenie niewłączone do instalacji, więc samo „obejrzenie” urządzenia nie potwierdzi, że jest ono odporne na zgniecenia czy wodoszczelne, a także czy spełnia określone warunki w zakresie skuteczności oczyszczania. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na usunięciu z postanowień działu V rozdział 1 ust. 4 lit. a SWZ oraz działu V rozdział 1 ust. 5 SWZ.

Jako piątą kwestię (pkt 2.1.65-2.1.74 uzasadnienia odwołania) Odwołujący wskazał na okoliczność, iż w opisie przedmiotu zamówienia brak jest informacji o przepustowości nominalnej dla każdej oczyszczalni i równoważnej liczbie mieszkańców (RLM), rozumianej jako ładunek substancji organicznych biologicznie rozkładalnych wyrażonych jako wskaźnik pięciodobowego biochemicznego zapotrzebowania tlenu (BZT5) w ilości 60 g tlenu na dobę (art. 86 ust. 3 pkt 2 Prawa wodnego). Odwołujący zauważył, że Zamawiający udostępnił zestawienie lokalizacji, które zawiera jedynie adresy nieruchomości i numery działek ewidencyjnych. Kolumna „Przepustowość nominalna” jest pusta. Projekt techniczny również zawiera jedynie adresy i numery działek. Zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający wymaga oczyszczalni o przepustowości: 0,6 m<sup>3</sup>/d, 0,9 m<sup>3</sup>/d, oraz 1,2 m<sup>3</sup>/d. Taka przepustowość została też podana w formularzu oferty. Ceny należy jednak zaoferować w podziale na oczyszczalnie objęte badaniami archeologicznymi, nadzorem archeologicznym oraz nieobjęte tymi obowiązkami. Wykonawca musi więc wiedzieć, jaka jest projektowana przepustowość oczyszczalni dla każdej nieruchomości, aby móc przygotować ofertę. Z opinii Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków wynika np., że dla działki nr 303 w miejscowości Dobruchna należy przeprowadzić badania archeologiczne. Nie wiadomo jednak, czy dla tej działki została zaprojektowana oczyszczalnia o przepustowości 0,6 m<sup>3</sup>/d, 0,9 m<sup>3</sup>/d czy 1,2 m<sup>3</sup>/d. Takie okoliczności uniemożliwiają rzetelne przygotowanie oferty. W SWZ i formularzu oferty przewidziano oczyszczalnie o przepustowości: 0,6 m<sup>3</sup>/d, 0,9 m<sup>3</sup>/d, 1,2 m<sup>3</sup>/d. W pkt 5 projektu technicznego podano pojemność osadnika wstępnego dla oczyszczalni o przepustowości: 0,9 m<sup>3</sup>/d, 1,2 m<sup>3</sup>/d, 1,5 m<sup>3</sup>/d, 1,8 m<sup>3</sup>/d. W przedmiarze (Lp. 16 i 17) podano: 0,9 m<sup>3</sup>/d (RLM 6 – 137 sztuk), 1,2 m<sup>3</sup>/d (RLM 8 – 14 sztuk). Z powyższego wynika, że Wykonawca nie wie, jakich i ile oczyszczalni realnie ma zaoferować – co jest tym „właściwym” przedmiotem zamówienia. Niepewność w tym zakresie świadczy nie tylko o tym, że opis przedmiotu zamówienia został błędnie przygotowany, ale również prowadzi bezpośrednio do nieporównywalności złożonych ofert. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania dokumentacji postępowania w ten sposób, że dla każdej

lokalizacji zostanie wskazane, jaka oczyszczalnia ma zostać zaoferowana (w zakresie RLM oraz przepustowości).

Szóstą okolicznością mającą świadczyć o niezgodnym z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp opisem przedmiotu zamówienia (pkt 2.1.75 – 2.1.77 uzasadnienia odwołania) jest przygotowanie projektu technicznego i STWiORB w oparciu o nieobowiązujące już przepisy. Odwołujący wskazał, iż wymienione podstawy opracowania projektu technicznego już nie obowiązują: Rozporządzenie MŚ z dnia 18 listopada 2014r. w sprawie warunków jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego – uchylone z dniem 2 lipca 2019 r.; Ustawa Prawo Wodne /Dz.U.z2001r.nr 115+zmianaDz.U.z2001r.nr.154, Dz.U.z2002r. nr 113/ – uchylona z dniem 1 stycznia 2018 r.; Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2004r./Dz. U. nr 257 z 2004r. poz. 2573/ w sprawie określenia rodzajów przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko oraz szczegółowych warunków związanych z kwalifikowaniem przedsięwzięć do sporządzania raportu oddziaływania na środowisko – uchylone z dniem 15 listopada 2010 r. Podobnie wskazane w pkt 3 Projektu technicznego „Warunki geotechniczne i gruntowo-wodne” Rozporządzenie Ministra Środowiska z dn. 8 lipca 2004 r. Dz. U nr 168. poz. 1763. zostało uchylone z dniem 31 lipca 2006 r. Zdaniem Odwołującego zawarte w projekcie technicznym stwierdzenie „Zgodnie z art. 20 ust. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz.U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późniejszymi zmianami) oświadczam, że projekt budowlany przydomowej oczyszczalni ścieków został wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami wiedzy technicznej.” jest nieprawdziwe ponieważ projekt nie został przygotowany zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przepis art. 20 ust. 4 Prawa budowlanego został uchylony 19 września 2020 r. W odniesieniu do STWiORB Odwołujący wskazał na wymagania funkcjonalno – użytkowe: „Zaproponowana oczyszczalnia ścieków winna oczyszczać ścieki zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 roku w sprawie warunków jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (DZ.U. Nr137 poz. 984).” –rozporządzenie uchylone z dniem 31 grudnia 2014 r. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania w ten sposób, że opierać się ona będzie wyłącznie na przepisach prawa obowiązujących, a nie nieaktualnych.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp (zarzut nr 2) Odwołujący przedstawił wywody ogólne (pkt 2.1.78-2.1.89 uzasadnienia) odnoszące się do kwestii opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie sporządził opisu przedmiotu

zamówienia w sposób zgodny z przepisem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się w szczególności na dyrektywę klasyczną i orzecznictwo KIO, podnosząc, iż aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia w dodatku realnie skazując Zamawiającego na konkretny produkt jednego producenta.

W tym zakresie Odwołujący po pierwsze (pkt 2.1.90-2.1.95 uzasadnienia) wskazał na ograniczenie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia. Wskazał, iż zgodnie z treścią Działu III rozdział 1 ust. 6 lit. b SWZ, *„na warunkach określonych w Załączniku nr 2 do SWZ – „Projektowane postanowienia umowne” Zamawiający dopuszcza zmniejszenie ilości przydomowych oczyszczalni ścieków, z zastrzeżeniem, że Wykonawca wykona nie mniej niż 114 przydomowych oczyszczalni ścieków.”* Z kolei na podstawie postanowienia § 13 ust. 1 lit. a tiret drugie wzoru umowy, *„Zamawiający może zrezygnować z realizacji przydomowych oczyszczalni ścieków w ilości większej niż 37 przydomowych oczyszczalni ścieków w przypadku uzyskania zgody instytucji odpowiedzialnej za wypłatę i rozliczenie Dofinansowania na zmianę wskaźników, do osiągnięcia których Zamawiający jest zobligowany.”* Odwołujący wskazał, iż poza samą okolicznością, że Zamawiający, de facto, dopuszcza różne możliwości dotyczące ograniczenia przedmiotu zamówienia, to dodatkowo jeszcze w sposób nieuprawniony ogranicza uczciwą konkurencję. Nie znając bowiem intencji Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia oraz realnych możliwości realizacyjnych, Wykonawca musi skalkulować cenę oferty. Przy czym, cena ta musiałaby zostać określona w następujący sposób: 1) Zamawiający zrealizuje pełny zakres zamówienia (151 oczyszczalni); 2) Zamawiający zrealizuje pomniejszony o 37 zakres zamówienia (114 oczyszczalni); 3) Zamawiający zrealizuje znacząco pomniejszony zakres zamówienia – np. 80 oczyszczalni. Z powyższego wynika, że poprzez nieprawidłowo określony przedmiot zamówienia będzie dochodziło do utrudnienia uczciwej konkurencji, gdyż potencjalni wykonawcy muszą brać pod uwagę inne okoliczności – każdy będzie przyjmował inną podstawę do wyliczeń Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności precyzyjnego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości ograniczenia przedmiotu zamówienia w sposób bezwzględny, spójny i jednolity we wszystkich dokumentach zamówienia.

Po drugie (pkt 2.1.96-2.1.105 uzasadnienia), Odwołujący wskazał na energochłonność oczyszczalni. Zgodnie z treścią Działu III rozdział 1 ust. 1 lit. b SWZ, *„energochłonność oczyszczalni na poziomie nie wyższym niż 0.15kWh/dobę na 1RLM.”* Zwrócił uwagę, iż oczyszczalnie projektowane są do obsługi określonego zakresu RLM, dla przykładu

1) oczyszczalnia ABC jest przewidziana dla obsługi 1-3 RLM, co oznacza, że prawidłowo będzie funkcjonowała przy obsłudze 1 RLM, 2 RLM i 3 RLM; 2) oczyszczalnia XYZ jest przewidziana dla obsługi 4-6 RLM, co oznacza, że prawidłowo będzie funkcjonowała przy obsłudze 4 RLM, 5 RLM i 6 RLM. Pod względem praktycznym, producenci przydomowych oczyszczalni ścieków nie produkują oczyszczalni na określoną kolejną liczbę RLM, to oznacza, że nie ma oczyszczalni na 4 RLM, a kolejną w „rodzinie” jest oczyszczalnia na 5 RLM. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający w ten sposób określając przedmiot zamówienia, doprowadza do nieporównywalności złożonych ofert i utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, iż ta sama oczyszczalnia ścieków będzie mogła zostać zaoferowana z różnym przelicznikiem energochłonności – w zależności jaką liczbę RLM Zamawiający przyjmie do oceny. Dla przykładu, oczyszczalnia na 6-8 RLM posiada energochłonność na poziomie 0.65kWh/dobę. Oznacza to, że dla 6 RLM ta energochłonność, w oparciu o ocenę Zamawiającego, będzie wynosiła 0,11 kWh/dobę, ale już dla 8 osób będzie to 0,08 kWh/dobę. Mimo, że mówimy cały czas o tej samej oczyszczalni, która ma określoną energochłonność, bez znaczenia czy użytkuje ją 6 RLM czy 8 RLM. Tym bardziej, że to właśnie dla całej oczyszczalni bada się energochłonność, a nie w przeliczeniu na 1 RLM. Może zatem dojść do sytuacji, w której Zamawiający oceni tę samą oczyszczalnię jako spełniającą wymogi określone przez Zamawiającego (u jednego Wykonawcy), a jednocześnie oceni jako niespełniającą wymogów określonych przez Zamawiającego (u innego Wykonawcy). Odwołujący podkreślił dodatkowo, że nigdy nie są poddawane badaniu energochłonności oczyszczalnie o przepustowości 1 RLM. Nie mniej istotne jest również to, że żaden producent na świecie nie posiada w swojej ofercie oczyszczalni o tak małej przepustowości, czyli 1 RLM. Do badań efektywności oczyszczania (w tym zużyciu energii/energochłonności) producenci przekazują przydomowe oczyszczalnie o różnej wielkości/przepustowości, zazwyczaj od 3 do 8 RLM które różnią się zasadniczo zużyciem energii (energochłonnością) z powodu: różnej wielkości/przepustowości, różnej średniej ilości dopływu materiału organicznego (BZT5) – im więcej materiału tym dłużej musi pracować kompresor zużywając więcej energii, pory roku (temperatury zewnętrznej) w jakim jest badana oczyszczalnia (badanie trwa 38 tyg., zimą zużycie energii może wzrosnąć dwukrotnie), różnej odległości kompresora od oczyszczalni (im dalej tym większe zużycie energii). Wymaganie energochłonności sformułowane przez Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest to bowiem kryterium w żaden sposób obiektywne i realnie powiązane z przedmiotem zamówienia. Można co prawda obliczyć zużycie energii na 1 RLM w oczyszczalni 3 RLM i w oczyszczalni 8 RLM, jednak uzyskamy w ten sposób uśrednione wielkości, których nie można ze sobą porównywać właśnie ze względu na opisane powyżej czynniki. W ocenie Odwołującego wymaganie to faworyzuje wykonawców oferujących urządzenia, których producenci przekazali do badań oczyszczalnie o

najmniejszej wielkości, o małym dopływie materiału organicznego, badanych w okresie wiosenno/letnio/jesiennym, gdy występują dodatnie temperatury zewnętrzne. Ponadto, wybór takiej oferty nie gwarantuje Zamawiającemu energochłonności na takim samym (najniższym) poziomie dla całości przedmiotu zamówienia. Zamówienie obejmuje montaż oczyszczalni dla różnych gospodarstw domowych i różnej wielkości. Oczywistym jest więc, że energochłonność dla większych oczyszczalni nie będzie taka sama, jak będzie to wynikać z oferty. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania w zakresie energochłonności poprzez wykreślenie takiego wymogu z dokumentacji postępowania.

Jako trzeci aspekt (pkt 2.1.106-2.1.112 uzasadnienia) Odwołujący wskazał na obowiązek wywozu odpadów. Zgodnie z treścią Działu III rozdział 1 ust. 2 lit. k SWZ, *„wykonywania czynności serwisowych przydomowych oczyszczalni ścieków zgodnie z warunkami gwarancji wskazanymi w Załączniku nr 2 do SWZ – „Projektowane postanowienia umowne”, w tym przeprowadzenia nie rzadziej niż raz w roku przeglądu przydomowych oczyszczalni ścieków w zakresie prawidłowości działania oraz wypompowania pojazdami asenizacyjnymi oraz zagospodarowania (na koszt Wykonawcy) ścieków z komory osadnika wstępnego, przy czym zobowiązania Wykonawcy wskazane w lit. j. i lit. k. powyżej mają na celu zapewnienie przydomowym oczyszczalniom ścieków bieżącej konserwacji rozumianej jako utrzymywanie oczyszczalni w dobrym stanie technicznym, zabezpieczającym przed szybkim zużyciem i/lub zniszczeniem oraz utrzymanie oczyszczalni w stanie zgodnym z ich przeznaczeniem.”* Takie określenie warunków gwarancyjnych istotnie rozszerza przedmiot umowy poza roboty budowlane i obejmuje także świadczenie usług odbioru i wywozu nieczystości ciekłych, do czego wymagane jest zezwolenie, posiadanie odpowiednich pojazdów i sprzętu, zawarcie umowy ze stacją zlewną, która przyjmie nieczystości, prowadzenie wymaganej sprawozdawczości, której zakres jeszcze ulegnie rozszerzeniu od 1 stycznia 2023 r. Jest to zupełnie inny rodzaj usług niż roboty objęte zamówieniem. Wykonawcy robót budowlanych nie prowadzą działalności w zakresie opróżniania zbiorników i osadników oraz transportu nieczystości ciekłych. Zamawiający nie wymaga, aby taką działalność prowadzili. Ścieki (osady) gromadzone przejściowo w osadnikach w instalacjach przydomowych oczyszczalni ścieków stanowią nieczystości ciekłe w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W ramach gwarancji wykonawca może być zobowiązany do usuwania wad, dokonywania napraw, wymiany urządzeń, także do cyklicznych przeglądów i sprawdzenia stanu urządzeń, ale odbiór nieczystości wykracza poza zobowiązania gwarancyjne. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez wykreślenie wymogu

wskazanego w Dziale III rozdział 1 ust. 2 lit. k SWZ dotyczącego „wypompowania pojazdami asenizacyjnymi oraz zagospodarowania (na koszt Wykonawcy) ścieków z komory osadnika wstępnego”.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uznaje następujące zarzuty odwołania:

- a. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w pkt. 2.1.66 – 2.1.74, aktualizując zestawienie tabelaryczne lokalizacji w sposób wskazany w Załączniku nr 1 do Odpowiedzi na odwołanie,
- b. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w pkt. 2.1.75 – 2.1.76, zobowiązując się do modyfikacji treści dokumentacji projektowej w ten sposób, że dokumentacja projektowa będzie opierać się wyłącznie na aktualnych przepisach prawa,
- c. zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w pkt. 2.1.96 oraz pkt. 2.1.100 - 2.1.105, usuwając równocześnie wymóg energochłonności oczyszczalni na poziomie nie wyższym niż 0,15 kWh/dobę na 1 RLM,
- d. zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w pkt. 2.1.98, precyzując opis przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza: - zaoferowanie urządzenia o dobowej przepustowości nominalnej 1,05m<sup>3</sup>/3 jako równoważnego dla oczyszczalni o nominalnym przepływie 0,9 m<sup>3</sup>/dobę, - zaoferowanie urządzenia o dobowej przepustowości nominalnej 1,35 m<sup>3</sup>/3 jako równoważnego dla oczyszczalni o nominalnym przepływie 1,2 m<sup>3</sup>/dobę, pod warunkiem spełnienia pozostałych parametrów wymaganych w SWZ i załącznikach.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 pkt. 2 lit. c. w zw. z art. 101 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp (pkt 2.1.1-2.1.11 odwołania), Zamawiający wskazał, iż Odwołujący zarzuca niezgodność opisu przedmiotu zamówienia w części dot. monolityczności i minimalnej pojemności zbiorników z normą PN – EN 12566-3+A:2013, nie precyzując jednak którego dokładnie postanowienia normy ta niezgodność miałaby dotyczyć. Należy tymczasem zauważyć, że Norma określa jedynie sposób (procedurę) przeprowadzenia badań urządzeń do oczyszczania ścieków. Procedura badań zbiorników oczyszczalni ścieków zgodnie z Normą jest przy tym taka sama, niezależnie od sposobu ich wykonania. W szczególności bez znaczenia jest czy zbiorniki wykonano jako monolityczne, skręcane, klejone czy spawane, zakładając ten sam materiał tworzywa z jakiego są wykonane. Rolą producenta jest precyzyjne określenie zakresu zleconych badań. Zamawiający wskazał, że na rynku krajowym i europejskim jest wiele urządzeń spełniających stawiane przez Zamawiającego kryteria w zakresie monolityczności zbiorników i pojemności minimalnej osadników wstępnych. Zamawiający nie ogranicza się do zastosowania

wyłącznie zbiorników wykonanych z PE. Opis techniczny umożliwia zaoferowanie produktów równoważnych wykonanych z innych materiałów takich jak beton, GRP czy stal nierdzewna. Zamawiający zaznaczył, że realizuje inwestycję przydomowych oczyszczalni ścieków po raz piąty. Celem Zamawiającego jest pozyskanie produktów o odpowiedniej wytrzymałości, wysokiej jakości wykonania poprzez wyeliminowanie marginesu błędu produkcyjnego jakim jest łączenie materiału poprzez spawanie skręcanie, klejenie itp. Wskazanie minimalnych wielkość osadników wstępnych jaką określono w projekcie nie ma zatem na celu ograniczenie konkurencji a pozyskanie produktów wysokiej jakości. Analiza rynku potwierdziła, że istnieje co najmniej kilku producentów posiadających urządzenia o parametrach opisanych w projekcie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp (pkt 2.1.12-2.1.30 odwołania) Zamawiający podniósł, iż poprzez wprowadzenie postanowień przytoczonych przez Odwołującego w żaden sposób nie ogranicza dostępu do zamówienia. Stawiane wymagania definiują minimalne potrzeby Zamawiającego powstałe na przełomie 10 lat eksploatacji przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Waśniów. Analiza rynku potwierdziła, że istnieje przynajmniej kilku producentów posiadających urządzenia o parametrach opisanych w projekcie. W zakresie wymogu *„Reaktor SBR zaopatrzone w pompy mamutowe PCV łatwo demontowalne i wyjmowane z poziomu gruntu bez konieczności opróżnienia zbiorników i wchodzenia do środka oczyszczalni”* Zamawiający wyjaśnił, iż chce zapewnić mieszkańcom gminy system przeznaczony do samodzielnej eksploatacji w okresie pogwarancyjnym. Dotychczas zrealizowane oczyszczalnie wymagają od użytkownika wielu czynności niebezpiecznych w tym wchodzenie do wnętrza oczyszczalni celem nałożenia węża powietrza co zagraża życiu. Czynność ta dla bezpieczeństwa musi być wykonywana przez wykwalifikowany serwis, który w okresie pogwarancyjnym generuje ogromne koszty. Poprzez zastosowanie prostych ogólnie dostępnych rozwiązań z łatwym dostępem do demontowalnych pomp mamutowych usunięcie usterki jest proste do wykonania. Takie rozwiązanie powinno być standardem przy produkcji systemów oczyszczania ścieków. W odniesieniu do wymagania *„Minimalna szerokość wjazdu do oczyszczalni to 70 cm”* Zamawiający wskazał, iż w żaden sposób nie narusza postanowień normy, która w pkt. 6.1.3 określa – jak zauważa sam Odwołujący – minimalną szerokość dla zbiorników o pojemności do 6m<sup>3</sup> tj. 400 mm. Poprzez określenie minimalnej szerokości wjazdu 70 cm Zamawiający chce zapewnić swobodny dostęp do wnętrza oczyszczalni celem zapewnienia prawidłowej obsługi eksploatacyjnej w okresie gwarancji i pogwarancyjnym. Na dzień analizy rynku przydomowych oczyszczalni ścieków większość producentów dysponuje takim rozwiązaniem.



W zakresie wymagania „Zbiornik wykonany jest z odpornego na działanie agresywnego środowiska polietylenu, natomiast mocno uźebrowana konstrukcja gwarantuje odporność na działanie sił gruntowych. Zbiornik oczyszczalni musi być monolityczny jednobryłowy, wykonany z polietylenu wysokiej gęstości PEHD formowanego metodą wytłaczania z rozdmuchem lub rotomouldingu, zapewniając szczelność i trwałość. Dopuszcza się jako równoważne zastosowanie zbiornika wykonanego z materiału GRP, żywicy wzmocnionej włóknem szklanym lub betonu. Nie dopuszcza się zbiorników zgrzewanych, spawanych lub skręcanych z uwagi na to, że mogą ulec niekontrolowanemu rozszczelnieniu. Oczyszczalnia musi składać się z jednego zbiornika”. Zamawiający wskazał, iż z uwagi na ciężkie warunki gruntowe panujące na terenie gminy Waśniów Zamawiający oczekuje zaoferowania oczyszczalni o wysokich parametrach wytrzymałościowych. Zaostrenie wymagań co minimalnych parametrów jakie mają spełniać produkty jest zatem dopuszczalne. Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza możliwości doboru zbiorników w zakresie materiału z jakiego jest wykonany. Oczekuje się jedynie by oferowane produkty wykonane były w sposób wykluczając ryzyko rozszczelnienia się, rozkręcenia się czy rozklejenia się zbiorników co miało miejsce na wcześniejszych inwestycjach jakie realizował Zamawiający. Należy zaznaczyć że montowane produkty również spełniały wymagania Normy a mimo to ulegały niekontrolowanym rozszczelnieniom. Z tego powodu dopuszczenie wszelkich rozwiązań zgodnych z Normą jest dla Zamawiającego niewystarczającym kryterium. Produkty wykonane z betonu w kształcie walca z monolityczną dennicą traktuje się jako w całości monolityczne. Produkcja zbiorników GRP umożliwia wyprodukowanie zbiorników monolitycznych. Na rynku krajowym i europejskim jest wiele urządzeń spełniających powyższe wymagania. Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania zbiorników wykonywanych w technologii: - formowania rotacyjnego, formowania metodą rozdmuchu, wytłaczania, formowania wtryskowego, - formowania wtryskowego ze spienianiem, z betonu, stali, Polichloru winylu PVC-U, polietylenu, GRP,PP pod warunkiem, że produkt finalny powstanie jako monolityczny a nie spawany skręcany ani sklepany. Zamawiający wskazał, iż nie ogranicza w żaden sposób możliwości zastosowania technologii produkcji ani materiałów stosowanych a jedynie oczekuje wyprodukowania produktu o określonych parametrach.

W odniesieniu do pkt 2.1.27 odwołania Zamawiający dodał, iż realizuje inwestycję budowy oczyszczalni przydomowych po raz piąty i znana mu jest technologia osadu czynnego oraz złoża biologicznego. Na podstawie własnych doświadczeń stwierdza się najlepsze zachowanie oczyszczalni zabudowanych w warunkach naturalnych, rzeczywistych pracujących w technologii SBR. Nie kwestionuje się innych technologii i ich skuteczności oczyszczania potwierdzonych w laboratoriach notyfikowanych lecz zauważa się różnicę

w eksploatacji oczyszczalni podczas jej użytkowania a działania oczyszczalni podczas badań w laboratorium. Charakterystyka użytkowania instalacji jest odmienna w warunkach naturalnych od tych w laboratorium notyfikowanym. Oczyszczalnie pracujące w technologii SBR, dzięki sekwencyjnemu działaniu, cechuje wyjątkowa odporność na niedociążenia i przeciążenia dopływu ścieków. Ponadto są to urządzenia o bardzo niewielkim zużyciu energii elektrycznej. Zamawiający ma prawo wyboru powszechnie dostępnej technologii SBR licznie stosowanej przez producentów oczyszczalni przydomowych. Nie dopuszcza się zmiany technologii oczyszczania ścieków.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż część odwołania w pkt. 2.1.31 – 2.1.42 stanowi wyłącznie przytoczenie przepisów prawa lub orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący w żadnym z pkt. nie wskazał ewentualnych braków w opisie przedmiotu zamówienia, niejasności, niejednoznaczności, czy niezgodności z przepisami powszechnie obowiązującymi lub normami. Zarzuty odwołania należy zatem uznać w tym zakresie za niesprecyzowane. W odniesieniu do pkt 2.1.43-2.1.49 Zamawiający wyjaśnił, że zaświadczenie o braku sprzeciwu wydano przed 09.08.2022 roku, tj. przed wejściem w życie noweli Prawa wodnego nakazującej obowiązkowe uzyskiwanie zgód wodnoprawnych na budowę urządzeń wodnych takich jak drenaże studnie chłonne, które są elementem całej oczyszczalni przydomowej. Zamawiający nie ma więc konieczności posiadania zgłoszeń wodnoprawnych do realizacji inwestycji. Nie ma konieczności ponownego zgłoszenia robót budowlanych. W zakresie pkt 2.1.50-2.1.54 odwołania Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 431 ustawy Pzp, zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Przywołane postanowienie wyklucza sygnalizowaną przez Wykonawcę możliwość „dowolnej zmiany przedmiotu zamówienia, np. poprzez skumulowanie realizacji w jednym krótkim okresie”. Przytoczone postanowienie ma na celu zapewnienie dostosowanie realizacji przedmiotu zamówienia do aktualnych potrzeb Zamawiającego. Odnosząc się do pkt 2.1.55- 2.1.57 odwołania Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z § 8 ust. 9 Projektowanych postanowień umownych, kosztorys ofertowy wymagany w z Dziale V – „Formalności, które muszą zostać dopełnione po wyborze najkorzystniejszej umowy” Rozdziale 1 – „Wymagania ogólne” ust. 4 lit. a. SWZ stanowić ma bazowy materiał porównawczy w stosunku do kalkulacji wtórnej przedstawionej we wniosku o waloryzację. Złożenie kosztorysu nie sposób tym samym uznać za nadmierne i nieprzystające do przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do pkt 2.1.58 - 2.1.64 odwołania Zamawiający wskazał, iż w trosce o pozyskane środki unijne i środki publiczne, Zamawiający na każdym etapie Zamówienia czy realizacji inwestycji ma prawo zażądać dowodów w dowolnej formie

potwierdzających, że oferowane produkty są zgodne z przedmiotem zamówienia. Dotychczasowa praktyka pozwala stwierdzić, że firma której oferta została oceniona jako najkorzystniejsza dostarczyła produkt o deklarowanych parametrach do weryfikacji. Zamawiający na podstawie posiadanej dokumentacji technicznej, stanowiącej materiał dowodowy ma wiedzę, doświadczenie i prawo ocenić zgodność opisu z rzeczywistym produktem.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż część odwołania w pkt. 2.1.79 – 2.1.89 jest wysoce ogólna, nie odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia faktycznie objętego odwołaniem. W szczególności brak jest w dokumentacji projektowej nazwy produktu czy konkretnego producenta. Na rynku jest przynajmniej kilka równoważnych produktów. Odnosząc się do pkt 2.1.90-2.1.95 odwołania Zamawiający podniósł, iż postanowienie Działu III Rozdziału 1 ust. 6 lit. b. SWZ dopuszczające możliwość ograniczenia ilości przydomowych oczyszczalni ścieków do nie mniej niż 114 przydomowych oczyszczalni ścieków zostało faktycznie powtórzone w § 13 ust. 1 lit. a. tiret pierwsze. Wbrew stanowisku Odwołującego, postanowienia te nie pozostają w sprzeczności. Zamawiający zakłada bowiem realizację 151 przydomowych oczyszczalni ścieków. Mając jednak na uwadze sprzężenie realizacji przedmiotu zamówienia z zapotrzebowaniem na oczyszczalnię ścieków zgłaszanym przez mieszkańców gminy Waśniów, planowana przez Zamawiającego ilość zrealizowanych oczyszczalni ścieków może ulec zmianie. Równocześnie, z uwagi na postanowienia umowy o dofinansowanie, w szczególności z uwagi na konieczność osiągnięcia określonych w umowie o dofinansowanie wskaźników, Zamawiający nie może zrealizować mniej niż 114 przydomowych oczyszczalni ścieków, tj. nie może zrezygnować z więcej niż 37 przydomowych oczyszczalni ścieków ( $151 - 37 = 114$ ). Wbrew zatem stanowisku Odwołującego, Zamawiający precyzyjnie określił ilość oczyszczalni ścieków, z realizacji których może zrealizować, bez zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy. Cena ofertowa Wykonawcy powinna zatem zostać skalkulowana w sposób uwzględniający realizację oczyszczalni ścieków w ilości pomiędzy 114 a 188 oczyszczalni, przy czym najbardziej prawdopodobną liczbą oczyszczalni będzie 151, tj. zgodnie z zapotrzebowaniem zgłoszonym przez mieszkańców na etapie ogłaszania postępowania. Równocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że możliwość zmniejszenia ilości oczyszczalni ścieków o więcej niż 37 oczyszczalni została powiązana z możliwością zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy za realizację jednostkowej oczyszczalni – por. § 13 ust. 1 lit. g. tiret drugie. W zakresie pkt 2.1.97 odwołania Zamawiający wyjaśnił, iż urządzenie należy dobierać na podstawie parametru: dobowy przepływ nominalny wyrażony w m<sup>3</sup>/dobę. Projektant na podstawie przekazanych materiałów zaprojektował urządzenia o przepływie nominalnym 0,9m<sup>3</sup>/dobę oraz 1,2m<sup>3</sup>/dobę. Odnosząc się do pkt 2.1.106 odwołania

Zamawiający wskazał, iż zakres gwarancji i serwisu jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego, wynikającymi m.in. z postanowień umowy o dofinansowanie.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 14 grudnia 2022 r. oświadczył, iż cofa zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym zgłoszeń robót budowlanych i zgłoszeń wodnoprawnych (pkt 2.1.43.-2.1.49 odwołania) oraz w zakresie dotyczącym obowiązku sporządzenia kosztorysu (pkt 2.1.55 -2.1.57 odwołania).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, iż w ustawowym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Mając na uwadze zawarte w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania, brak zgłoszenia przystąpień do postępowania oraz oświadczenie Odwołującego złożone na rozprawie o wycofaniu części zarzutów odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w części dotyczącej pkt 2.1.43-2.1.49, pkt 2.1.55-2.1.57, pkt 2.1.65-2.1.74 i pkt 2.1.75-2.1.77 odwołania, a także w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w części dotyczącej pkt 2.1.96-2.1.105 odwołania. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji orzeczenia. Odnosząc się uzupełniająco do pkt 2.1.65-2.1.74 uzasadnienia odwołania Izba wskazuje, iż Zamawiający zaktualizował zestawienie tabelaryczne lokalizacji poprzez podanie danych dotyczących przepustowości nominalnej dla każdej oczyszczalni, wskazując na uznanie argumentacji odwołania z pkt 2.1.66-2.1.74. Zamawiający pominął pkt 2.1.65, a nadto nie podał danych dotyczących równoważnej liczby mieszkańców (RLM), których również domagał się Odwołujący. Uwzględnienie zarzutu formalnie nastąpiło zatem w niepełnym zakresie. Odwołujący jednak na rozprawie nie podtrzymywał przedmiotowego zarzutu w aspekcie dotyczącym równoważnej liczby mieszkańców, wobec czego Izba stwierdziła, iż brak było tu dalszego sporu pomiędzy stronami, a zatem rozstrzygnięcie tej kwestii stało się zbędne. Tym samym Izba umorzyła postępowanie w odniesieniu do całego zarzutu z pkt 2.1.65-2.1.74.

Pozostałe zarzuty odwołania zostały rozpoznane na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot bezpośrednio zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu wykazał, iż posiada interes w jego uzyskaniu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez

Odwołującego na rozprawie w postaci wydruku ze strony internetowej [www.greenea.com.pl](http://www.greenea.com.pl) dotyczącego oczyszczalni biologicznych BioFicient/BioPura, wydruku ze strony internetowej [www.oczyszczalnia.slask.pl](http://www.oczyszczalnia.slask.pl) dotyczącego oczyszczalni biologicznych Kingspan BioFicient/BioPura, karty katalogowej oczyszczalni biologicznej Kingspan BioPura oraz wyciągu z normy PN-EN 12566-3+A2:2013 wraz z tłumaczeniem, na okoliczności wskazane przez Odwołującego, wynikające z treści dokumentów. Przy czym Izba stwierdziła, iż dokumenty dotyczące oczyszczalni Kingspan nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ zostały złożone jako dowód na okoliczność, która nie została objęta zakresem odwołania (o czym w dalszej części uzasadnienia).

Izba orzekając pominęła pismo Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2022 r. oraz załączone do niego dokumenty, ponieważ zostały one złożone już po zamknięciu rozprawy. Zgodnie z art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Wnioskując *a contrario* twierdzenia i dowody przedstawiane po zamknięciu rozprawy nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia. Wyrok może zostać wydany wyłącznie w oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania (por. art. 552 ust. 1 ustawy Pzp). Izba nie uwzględniła ponadto zawartego w ww. piśmie wniosku Zamawiającego o otwarcie rozprawy na nowo. Zgodnie z art. 551 ust. 2 ustawy Pzp Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Tego rodzaju okolicznościami nie są twierdzenia, które Zamawiający mógł podnieść na rozprawie, kiedy to udzielono mu dwukrotnie głosu po wypowiedzi Odwołującego. Nie uzasadniają otwarcia rozprawy na nowo również złożone przez Zamawiającego wraz z pismem dokumenty, którymi dysponował on wcześniej i które mógł przedstawić na rozprawie. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nawet nie sygnalizował potrzeby złożenia takich dokumentów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzuty omówione zostały według kolejności przyjętej w uzasadnieniu odwołania.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do normy i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia określonych elementów dotyczących realizacji postanowień normy, podczas gdy wymogi wynikające wprost z właściwej normy są odmienne, aniżeli uczynił to Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez: 2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, w kolejności preferencji do: a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie, b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie, c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz.Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.<sup>14)</sup>), (...). 3) odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech.

Izba ustaliła, iż zgodnie z Działem III Rozdział 1 pkt 1 lit. a SWZ przedmiotem zamówienia jest budowa, na terenie gminy Waśniów, 151 fabrycznie nowych przydomowych oczyszczalni ścieków opartych o technologię SBR spełniających wymogi normy PN-EN 12566-3+A2:2013 – „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50, Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu przydomowe oczyszczalnie ścieków”.

Odwołujący zarzucając naruszenie ww. przepisów podniósł, iż Zamawiający wymaga zgodności z ww. normą, a jednocześnie poszerza i modyfikuje jej postanowienia i zakres. Niemniej uzasadniając powyższe w pkt 2.1.1-2.1.11 uzasadnienia Odwołujący poprzestał na wskazaniu, iż „na potwierdzenie wymagań dotyczących monolityczności zbiorników oraz minimalnej pojemności konieczne jest wykonanie przez laboratorium notyfikowane dodatkowych badań i pomiarów, które nie są wymagane przez normę.” Powyższe stwierdzenie nic za sobą nie niesie. Odwołujący ani nie powołał się na określone wymagania wynikające z normy, ani nie wskazał z czego wywodzi konieczność wykonania dodatkowych badań i pomiarów. Na gruncie przedstawionych podstaw faktycznych zarzutu nie jest możliwe stwierdzenie, że ustalone przez Zamawiającego wymagania nie są zgodne z normą ani że są one odmienne. Odwołujący nie odniósł się też do twierdzeń Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, iż norma określa jedynie procedurę przeprowadzenia

badań, która jest niezależna od sposobu wykonania zbiorników. W tym stanie rzeczy tym bardziej nie jest możliwe stwierdzenie, że działanie Zamawiającego miałyby utrudniać wykonawcom dostęp do rynku, naruszać unijną zasadę swobodnego przepływu towarów i podstawowe zasady systemu zamówień publicznych. Przywołane w odwołaniu orzeczenie TSUE nie odnosi się do adekwatnego stanu faktycznego. Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił, aby Zamawiający wprowadził w OPZ wymagania niezgodne z normą, czy też modyfikował jej założenia i rozszerzał zakres. Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż opis przedmiotu zamówienia miałby być sprzeczny z art. 101 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 16 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż za bezzasadny Izba uznała zarzut wskazany w pkt 2.1.12-2.1.30 uzasadnienia odwołania, odnoszący się do opisanie warunków równoważności w sposób niezgodny z ww. normą (zarzut naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Ust. 6 tego przepisu stanowi zaś, że jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut należy przede wszystkim wskazać, iż argumentacja Odwołującego opiera się na nieprawidłowym założeniu, że skoro Zamawiający zawarł wymóg, aby oczyszczalnia była zgodna z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, to powinien dopuścić wszelkie możliwe rozwiązania (w tym materiały i technologie), które posiadają deklarację zgodności z tą normą. W ocenie Izby Zamawiający jest w pełni uprawniony, aby oczekiwać dostarczenia produktów zgodnych z normą, ale posiadających dodatkowo pewne konkretne parametry, które z perspektywy uzasadnionych potrzeb Zamawiającego są istotne. Przykładowo może mieć miejsce sytuacja, w której norma określa minimalny poziom wymagań, który jednak z perspektywy potrzeb jednostki zamawiającej powinien być wyższy. Podobnie może zaistnieć przypadek, w którym jedynie część wskazanych w normie technologii czy materiałów będzie uzasadniona do zastosowania w warunkach charakterystycznych dla danego zamówienia. Siłą rzeczy w takim przypadku dojdzie do sytuacji, w której nie wszystkie produkty posiadające deklarację zgodności z normą, będą mogły zostać zaoferowane w danym postępowaniu. Nie oznacza to jednak, że mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, jeśli tylko powstałe w ten sposób



ograniczenie konkurencji znajduje racjonalne, obiektywne uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego.

Odnosząc się do poszczególnych wymagań kwestionowanych przez Odwołującego, Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wymóg zawarty w pkt 5 lit. c) ppkt 2 Części opisowej Projektu technicznego (o treści „Reaktor SBR zaopatrzonej w pompy mamutowe (PCV) łatwo demontowane i wyjmowane z poziomu gruntu bez konieczności opróżnienia zbiorników i wchodzenia do środka oczyszczalni. Minimalna szerokość wjazdu do oczyszczalni to 70 cm.”) miał być niezgodny z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 (przy czym jak wynika z uzasadnienia zarzutu Odwołujący w zakresie ww. wymogu kwestionował jedynie szerokość wjazdu). Jak wskazano w odwołaniu, norma ta w punkcie 6.1.3 przewiduje, iż dla zbiorników o pojemności poniżej 6m<sup>3</sup> szerokość wjazdu ma być nie mniejsza niż 400 mm, zaś dla zbiorników o pojemności równej lub większej niż 6m<sup>3</sup> szerokość wjazdu ma być nie mniejsza niż 600 mm. Norma zakreśla zatem minimalne, dopuszczalne parametry w zakresie szerokości wjazdu. Zamawiający wymaga wjazdów szerszych, a zatem zgodnych z wymaganiami normy. Niezgodność z normą zachodziłaby w przypadku, gdyby Zamawiający wymagał wjazdów o szerokości mniejszej niż graniczna wielkość dopuszczona normą. Tutaj jednak Zamawiający wymaga parametrów zgodnych z normą, ale lepszych jakościowo od zakreślonego minimum. Zamawiający wyjaśnił też czym uzasadnione jest przedmiotowe wymaganie – łatwością dostępu podczas serwisowania urządzeń, w tym nie tylko na etapie objęcia gwarancją, ale i w okresie pogwarancyjnym, co uznać należy za istotne z perspektywy beneficjentów ostatecznych – mieszkańców. Odwołujący twierdził tych w żaden sposób nie odparł. Z kolei podnoszona na rozprawie okoliczność, iż według wiedzy Odwołującego średnice 70 cm mają produkty oferowane przez wykonawcę, który aktualnie realizuje dla Zamawiającego roboty budowlane (IV etap), a większość produktów dostępnych na rynku ma średnicę 60 cm, nie została wskazana w odwołaniu. Odwołujący nie wskazywał w omawianym aspekcie, iż opis przedmiotu zamówienia prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania części wykonawców, lecz poruszał jedynie kwestię niezgodności z normą. Ponadto twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający zaś zakwestionował je podnosząc na rozprawie, iż w ramach etapu I i II robót budowlanych montowano oczyszczalnie o średnicy większej niż 70 cm i były to one oczyszczalnie niż w etapie IV. W tym miejscu podkreślić należy, iż zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Inicjatywa dowodowa Odwołującego była znikoma, a jego twierdzenia pozostały gołosłowne, co de facto dotyczy wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Za niezasadne Izba uznała również twierdzenia Odwołującego dotyczące pkt 5 lit. b Części opisowej Projektu Technicznego. W ww. punkcie wskazano następujący parametr minimalny: „Zbiornik wykonany jest z odpornego na działanie agresywnego środowiska polietylenu, natomiast mocno uźebrowana konstrukcja gwarantuje odporność na działanie sił gruntowych. Zbiornik oczyszczalni musi być monolityczny jednobryłowy, wykonany z polietylenu wysokiej gęstości PEHD formowanego metodą wyłaczania z rozdmuchem lub rotomouldingu, zapewniając szczelność i trwałość. Dopuszcza się jako równoważne zastosowanie zbiornika wykonanego z materiału GRP, żywicy wzmacnianej włóknem szklanym lub betonu. Nie dopuszcza się zbiorników zgrzewanych, spawanych lub skręcanych z uwagi na to, że mogą ulec niekontrolowanemu rozszczelnieniu. Oczyszczalnia musi składać się z jednego zbiornika.” Odwołujący kwestionował ww. wymóg wyłącznie w jednym aspekcie – wskazując, że norma dopuszcza konkretne technologie i materiały, a Zamawiający poprzez przedmiotowy wymóg ogranicza możliwe do zastosowania materiały i technologie, a zatem nie dopuszcza części produktów zgodnych z normą. Jak wskazano już powyżej, taka sytuacja nie świadczy *per se* o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący domagał się dopuszczenia wszystkich rozwiązań spełniających wymogi normy, nie wykazując, że tak skonstruowany wymóg jest nieuzasadniony, a potrzeby Zamawiającego w zakresie zapobiegania rozszczelnieniu mogą zostać zaspokojone również w przypadku dopuszczenia zbiorników niemonolitycznych. Zamawiający wprost w treści Projektu Technicznego wskazał dlaczego wymaga zbiorników monolitycznych, a Odwołujący – mając tego świadomość – poza odwołaniem się do normy nie przedstawił ani argumentów, ani dowodów, które wykazywałyby, że wymóg postawiony przez Zamawiającego nie jest obiektywnie uzasadniony. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wskazał na problemy, z jakimi spotkał się podczas realizacji poprzednich etapów inwestycji, związane z niekontrolowanym rozszczelnieniem się zbiorników niemonolitycznych, którego przyczyną miały być specyficzne warunki gruntowe na terenie gminy. Odwołujący twierdzeń tych nie odparł. Odwołujący nie wykazał się żadną inicjatywą dowodową mimo, iż w świetle treści dokumentów zamówienia (w szczególności Projektu Technicznego) posiadał wiedzę dlaczego Zamawiający wymaga zbiorników monolitycznych i jakie warunki geotechniczne i gruntowo-wodne panują na terenie Gminy Waśniów. Również twierdzenia Odwołującego, jakoby niemożliwe było wyprodukowanie zbiorników monolitycznych z dopuszczonych przez Zamawiającego materiałów takich jak stal i beton, pozostały gołosłowne.

Podkreślić należy, iż jeżeli Odwołujący uznawał przedmiotowy wymóg za nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, to był w stanie przedstawić argumentację w tym zakresie i poprzeć ją stosownymi dowodami. Zamiast tego Odwołujący złożył na rozprawie wydruki dotyczące oczyszczalni Kingspan BioFicient/BioPura, które

zostały przedstawione na okoliczność nie objętą zarzutami odwołania – tj. na zbieżność kwestionowanego wymogu z opisem ww. oczyszczalni. Podstawy faktyczne zarzutów odwołania nie obejmowały okoliczności, iż opis przedmiotu zamówienia miałby wskazywać na konkretny produkt. Odwołujący kwestionował wyłącznie zgodność ww. wymogu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.

Ponadto nie zostało w żaden sposób wykazane twierdzenie Odwołującego, iż wymóg wskazany w pkt 5 lit. a Części opisowej Projektu Technicznego („Oczyszczalnie produkowane zgodnie z najnowszą normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w technologii SBR. Na potwierdzenie Producent wystawia deklarację właściwości użytkowych popartą dokumentami źródłowymi w formie protokołów z badań w zakresie opisanym w obowiązującej normie.”) miałby być niezgodny z normą, skoro jest to jedna z technologii dopuszczona normą. Okoliczność, iż norma dopuszcza również inne technologie nie powoduje, że tak dokonany opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która chociażby wyjaśniałaby różnice w konkretnych technologiach czy odnosiłaby się do praktyki rynkowej i zakresu zastosowania poszczególnych rozwiązań. Odwołujący jedynie postawił tezę, że wymóg taki narusza normę, niemniej nie poparł jej jakimikolwiek dowodami. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił dlaczego wymaga technologii SBR, jak i wskazał na powszechną dostępność tej technologii. Odwołujący twierdzeń tych nie zakwestionował.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Uwzględniając oświadczenia Zamawiającego i Odwołującego Izba stwierdziła, iż sporne w zakresie ww. zarzutu pozostały dwa aspekty: kwestia zmian harmonogramu realizacji zamówienia (pkt 2.1.50-2.1.54 uzasadnienia odwołania) oraz kwestia dotycząca przedmiotowych środków dowodowych (pkt 2.1.58-2.1.64 uzasadnienia odwołania).

Odnosząc się do pierwszego z ww. aspektów, Izba wskazuje, iż co do zasady podzielić należy stanowisko zaprezentowane w pkt 2.1.31-2.1.42 „Uwagi ogólne” uzasadnienia odwołania, dotyczące obowiązku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób kompletny i precyzyjny, umożliwiający sporządzenie oferty, w tym jej prawidłową wycenę. Niemniej przenosząc te uwagi ogólne Odwołującego na kanwę przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż nie są one adekwatne do rozpoznawanego przypadku.

Zgodnie z § 2 ust. 1 projektowanych postanowień umowy (PPU) termin realizacji przedmiotu umowy został określony na 180 dni od dnia jej zawarcia. W ust. 3 nałożono na wykonawcę obowiązek przedstawienia Zamawiającemu w terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia umowy harmonogramu realizacji przedmiotu umowy z podziałem na miejscowości objęte realizacją przedmiotu umowy i wyszczególnieniem lokalizacji adresowych wskazanych w OPZ. W § 2 ust. 4 PPU wskazano, że Zamawiający może wnieść uwagi do harmonogramu w terminie 3 dni roboczych od dnia przedstawienia harmonogramu Zamawiającemu. Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego uwzględnienia uwag, o których mowa w zdaniu poprzednim (modyfikacja harmonogramu) i przedstawienia Zamawiającemu zmodyfikowanego harmonogramu w terminie 3 dni roboczych od dnia wniesienia uwag przez Zamawiającego.

Zakresem zaskarżenia w odwołaniu objęto § 2 ust 4 PPU – Odwołujący wskazał, iż wynikająca z niego konieczność uwzględnienia uwag Zamawiającego do harmonogramu bez procedury akceptacyjnej ze strony wykonawcy narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, dając Zamawiającemu prawo do dowolnej zmiany przedmiotu zamówienia i nieograniczonej możliwości ingerencji w harmonogram, np. skumulowania realizacji w krótkim okresie. Izba nie podzieliła ww. stanowiska Odwołującego, stwierdzając, że zawarta w § 2 ust. 4 PPU regulacja nie wskazuje na możliwość dowolnej zmiany przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, zaś projektowane postanowienia umowy (załącznik nr 2 do SWZ) określają warunki realizacji tego zamówienia (por. Dział III Rozdział 1 pkt 3 i 4 SWZ). Kwestie ewentualnej zmiany przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w § 13 PPU i odnoszą się m.in. do możliwości zmniejszenia lub zwiększenia jego zakresu, zmian lokalizacji adresowych, wprowadzenia rozwiązań zamiennych, etc. Zaskarżony § 2 ust. 4 PPU nie wskazuje na możliwość zmiany przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, w tym na możliwość zmiany terminu jego realizacji, lecz jedynie na możliwość zgłaszania przez Zamawiającego uwag do harmonogramu realizacji poszczególnych robót.

Ponadto w ocenie Izby Odwołujący dokonał interpretacji ww. postanowienia umownego w sposób wybiórczy, pomijając pozostałe postanowienia umowne, w tym w szczególności wyrażony w § 3 ust. 3 PPU obowiązek wzajemnego współdziałania (zgodnie z § 3 ust. 3 PPU Strony zobowiązują się do ścisłej współpracy w celu należytego wykonania przedmiotu Umowy, w szczególności osiągnięcia celu realizacji inwestycji). Taki obowiązek bezpośrednio nakłada na strony umowy także art. 431 ustawy Pzp (zgodnie z którym zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia), a pośrednio wynika on również z § 354 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący oparł swoją argumentację na założeniu złej woli ze strony Zamawiającego, co w świetle ww. obowiązku współdziałania jest założeniem błędnym. Izba stwierdziła ponadto, iż w świetle całokształtu postanowień umownych rola Zamawiającego przy kształtowaniu harmonogramu realizacji zamówienia ma jedynie charakter wspierający i korygujący, zaś to wykonawca zobowiązany jest ten harmonogram opracować, zgodnie z przyjętą przez siebie koncepcją jego wykonania. Okoliczność, że może mieć miejsce sytuacja, w której Zamawiający zgłosi uwagi do harmonogramu prac (np. z powodu błędów wykonawcy czy zmian lokalizacji adresowych) nie oznacza, że Zamawiający będzie ingerował w ten harmonogram do tego stopnia, by utrudniać czy w sposób nieuzasadniony kumulować pracę wykonawcy. Stanowisko Odwołującego jest oparte na niczym nie uzasadnionych przypuszczeniach, a dodatkowo jest ono niekonsekwentne. Odwołujący z jednej strony zakwestionował § 2 ust. 4 PPU, a z drugiej strony nie objął zakresem zaskarżenia § 2 ust. 5 PPU, w którym Zamawiający zastrzegł sobie możliwość wskazania w każdym czasie miejscowości lub konkretnych lokalizacji adresowych, w których wykonanie przedmiotu umowy będzie miało charakter priorytetowy, co siłą rzeczy może stanowić nawet większą ingerencję w harmonogram opracowany przez wykonawcę, niż wynikająca z uwag przekazanych w trybie unormowanym w § 2 ust. 4 PPU. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż Odwołujący, powołując się na ryzyka związane z nieuzasadnioną ingerencją Zamawiającego w harmonogram realizacji zamówienia, nie zaproponował żadnego rozwiązania (np. propozycji postanowień umownych regulujących procedurę akceptacji zmian harmonogramu), które by go satysfakcjonowało, a do którego być może Zamawiający by się przychylił.

Izba za bezzasadne uznała również stanowisko Odwołującego wyrażone w pkt 2.1.58-2.1.64 uzasadnienia odwołania, wskazujące na naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp z uwagi na wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Dziale III „Warunki zamówienia” Rozdziale 7 „Przedmiotowe środki dowodowe” SWZ wskazał, iż nie wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Ponadto Zamawiający w Dziale VI (na str. 24 SWZ oznaczono błędnie numer Działu jako V) „Formalności, które muszą zostać dopełnione po wyborze najkorzystniejszej oferty” wskazał w Rozdziale 1 „Wymagania ogólne” pkt 4, iż przed podpisaniem umowy Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu in. raportu skuteczności oczyszczania oraz raportów z badań przydomowych oczyszczalni ścieków oferowanych przez Wykonawcę, wydanych przez właściwe laboratorium notyfikowane, potwierdzające zgodność oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków z normą PN-EN12566-3 (lub normą równoważną) wraz ze wskazaniem stron w raportach

potwierdzających zgodność przydomowych oczyszczalni ścieków z normą PN-EN12566-3 (lub normą równoważną) w zakresie: skuteczności oczyszczania, wytrzymałości konstrukcji, wodoszczelności, trwałości, przepustowości nominalnej, zużycia energii elektrycznej w trakcie badań. W pkt 5 wskazano zaś, że przed podpisaniem umowy Zamawiający uprawniony jest do żądania: a) przedłożenia przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza deklaracji właściwości użytkowych wydanych przez producenta oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków, b) dostarczenia przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza kompletnej przydomowej oczyszczalni ścieków objętej ofertą Wykonawcy, w celu weryfikacji spełniania przez oczyszczalnię wymogów określonych w SWZ i Załącznikach nr 1 do SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” i nr 2 do SWZ – „Projektowane postanowienia umowne”.

Rozpoznając zarzut Izba stwierdziła, iż niezrozumiałe jest stanowisko Odwołującego, dlaczego w jego ocenie kwestia uregulowania w SWZ wymogów związanych ze złożeniem przedmiotowych środków dowodowych czy dopełnieniem formalności związanych z zawarciem umowy miałyby stanowić element opisu przedmiotu zamówienia, do którego odnosi się art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, a którego naruszenie Odwołujący zarzucił. Informacje tego rodzaju nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Potwierdza to chociażby treść art. 281 ust. 1 i art. 134 ust. 1 ustawy Pzp, określających obligatoryjne elementy SWZ w postępowaniach prowadzonych odpowiednio w trybie podstawowym i trybie przetargu nieograniczonego, gdzie wyraźnie rozróżnia się opis przedmiotu zamówienia od informacji o przedmiotowych środkach dowodowych (art. 134 ust. 1 pkt 5) i informacji o formalnościach, jakie należy dopełnić po wyborze oferty w celu zawarcia umowy (art. 134 ust. 1 pkt 19, art. 281 ust. 1 pkt 18). Tym samym art. 99 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do kwestionowanych przez Odwołującego elementów SWZ, w związku z czym za nieadekwatny należy też uznać wywód zawarty w pkt 2.1.31-2.142 dotyczący obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zresztą Odwołujący nie wskazał w ogóle dlaczego zaskarżone postanowienie SWZ miałyby naruszać art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, być niejednoznaczne, niewyczerpujące, nieuwzględniające okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Poza umieszczeniem argumentacji dotyczącej przedmiotowych środków dowodowych w części uzasadnienia odwołania dotyczącej naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp), Odwołujący nie wskazał w pkt 2.1.58-2.1.64, jakie konkretnie przepisy ustawy Pzp działanie Zamawiającego miałyby naruszać i dlaczego. Niewątpliwie nie mamy tu do czynienia z naruszeniem art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, który może znaleźć zastosowanie do postępowania prowadzonego w trybie podstawowym zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 266 ustawy Przepis ten wskazuje, że jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych

środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Z przepisu tego wynika fakultatywność żądania przez zamawiającego złożenia przedmiotowych środków dowodowych. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w ogóle nie żądał przedmiotowych środków dowodowych (*vide* Dział III Rozdział 7 SWZ), a w świetle przepisów ustawy Pzp nie miał takiego obowiązku. Nie sposób w takiej sytuacji stwierdzić naruszenia po stronie Zamawiającego. Podobnie nie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp żądanie przez Zamawiającego dopełnienia określonych formalności po wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba co do zasady podziela stanowisko Odwołującego, iż jeżeli Zamawiający uważa za niezbędne przedmiotowe zweryfikowanie oferty za pomocą określonych środków dowodowych, to powinno to mieć miejsce w toku badania i oceny ofert, aby uniknąć sytuacji, w której dopiero podczas realizacji zamówienia ujawni się niezgodność zaoferowanego świadczenia z warunkami zamówienia. Niemniej ustawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość decyzji, czy takie środki dowodowe faktycznie są niezbędne, czy też za wystarczające może zostać uznane oświadczenie wykonawcy o zgodności oferty z warunkami zamówienia, wobec czego ryzyko związane z poprzestaniem wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy złożonym w ofercie obciąża Zamawiającego. Jednocześnie nie można odmówić Zamawiającemu prawa, aby przed zawarciem umowy zażądał dostarczenia pewnych dokumentów związanych z przedmiotem zamówienia, które mają znaczenie dla właściwej realizacji umowy. Odwołujący poza twierdzeniem, że Zamawiający powinien był żądać ich wcześniej, nie sprecyzował swojego zarzutu, poprzestając na hasłowych stwierdzeniach. Nie wykazał także, aby przedmiotowy obowiązek mógł zostać uznany za nadmierny, nieproporcjonalny.

Za nieudowodniony Izba uznała ponadto zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do pkt 2.1.90-2.195 uzasadnienia odwołania, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, że sposób opisanie przedmiotu zamówienia może prowadzić do utrudnienia konkurencji.

W pkt 2.1.92 Odwołujący podniósł, iż o naruszeniu przepisów ustawy Pzp miałyby świadczyć okoliczności, iż Zamawiający dopuszcza możliwość ograniczenia przedmiotu

zamówienia, jednak Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił dlaczego takie uprawnienie Zamawiającego miałyby pozostawać w sprzeczności z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Sama możliwość ograniczenia zakresu zamówienia nie eliminuje określonych wykonawców czy określonych produktów. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, decydując się na złożenie oferty, mają świadomość, jakie zasady ograniczenia zakresu zamówienia przyjął Zamawiający. Sytuacja wykonawców jest taka sama i nie dochodzi tu do uprzywilejowania któregośkolwiek z nich.

Z kolei w pkt 2.1.93-94 Odwołujący stwierdził, iż wykonawca musi skalkulować cenę nie znając intencji Zamawiającego i rzeczywistych możliwości realizacyjnych, a przez nieprawidłowo określony przedmiot zamówienia będzie dochodziło do utrudnienia uczciwej konkurencji, gdyż oferenci muszą brać pod uwagę inne okoliczności i będą przyjmować inną podstawę do wyliczeń. Powyższe stwierdzenie nie znajduje uzasadnienia w treści dokumentów zamówienia. W ocenie Izby treść SWZ wyraża jasno intencje Zamawiającego, wskazując jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę kalkulując ofertę.

W Dziale III Rozdział 1 pkt 1 SWZ Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest budowa, na terenie gminy Waśniów, 151 fabrycznie nowych przydomowych oczyszczalni ścieków opartych o technologię SBR. W pkt 6 Zamawiający wskazał, iż na warunkach określonych w PPU dopuszcza: a) zmianę lokalizacji przydomowych oczyszczalni ścieków w stosunku do lokalizacji wskazanej w Załączniku nr 1 do SWZ – „Opis przedmiotu zamówienia”, z zastrzeżeniem pozostawiania zmienionej lokalizacji przydomowych oczyszczalni ścieków w obszarze gminy Waśniów, b) zmniejszenie ilości przydomowych oczyszczalni ścieków, z zastrzeżeniem, że Wykonawca wykona nie mniej niż 114 przydomowych oczyszczalni ścieków, c) zwiększenie ilości przydomowych oczyszczalni ścieków, nie więcej jednak niż o 37 przydomowych oczyszczalni ścieków.

W § 13 ust. 1 PPU wskazano, iż Strony dopuszczają zmianę Umowy w zakresie i na warunkach jak niżej:

a. zmiana lokalizacji adresowych realizacji przedmiotu Umowy, w ten sposób, że: (...) - Zamawiający może zrezygnować z realizacji przydomowych oczyszczalni ścieków w ilości większej niż 37 przydomowych oczyszczalni ścieków w przypadku uzyskania zgody instytucji odpowiedzialnej za wypłatę i rozliczenie Dofinansowania na zmianę wskaźników, do osiągnięcia których Zamawiający jest zobligowany, (...)

g. zmiany wysokości wynagrodzenia: (...) - poprzez jego odpowiednie podwyższenie w przypadku, o którym mowa w lit. a. tiret 2 powyżej, jeśli Wykonawca wykaże, za pomocą środków dowodowych, w szczególności dokumentów, że zmniejszenie zakresu przedmiotowego Umowy wpłynęło na jednostkowy koszt realizacji przydomowej oczyszczalni ścieków w zakresie wyższym niż 10% kosztu skalkulowanego na etapie składania ofert.



W świetle treści dokumentów zamówienia intencje Zamawiającego co do zakresu zamówienia są znane. Zamawiający zakłada wybudowanie 151 fabrycznie nowych przydomowych oczyszczalni ścieków. Potwierdza to fakt, iż Zamawiający w OPZ wskazał 151 konkretnych lokalizacji. Jednocześnie dopuszczono możliwość zmniejszenia lub zwiększenia liczby oczyszczalni o 37, przy jednoczesnym zachowaniu cen jednostkowych (za określony rodzaj i przepustowość oczyszczalni) wskazanych w ofercie. Tym samym na warunkach wskazanych w ofercie Zamawiający może ograniczyć liczbę zamawianych oczyszczalni do 114, co wskazano wprost w Dziale III Rozdział 1 pkt 6 lit b SWZ (gdzie dopuszczono zmniejszenie ilości przydomowych oczyszczalni ścieków, „z zastrzeżeniem, że Wykonawca wykona nie mniej niż 114 przydomowych oczyszczalni ścieków”). Zamawiający może też zwiększyć liczbę oczyszczalni do 188 (151 + 37). Ustalenie zakresu zamówienia w ten sposób wynika z charakterystyki tego zamówienia, gdyż zakres zamówienia jest ściśle związany z zapotrzebowaniem zgłaszanym przez mieszkańców. Aktualnie zgłoszone zapotrzebowanie to 151 oczyszczalni. Zakres zamówienia jest także warunkowany założeniami wynikającymi z umowy o dofinansowanie – wskaźnik konieczny do osiągnięcia w zakresie minimalnej ilości oczyszczalni ścieków został ustalony na poziomie 114 oczyszczalni. Zamawiający ustalił zatem minimalną (114) i maksymalną (188) wielkość świadczenia, przy czym najbardziej prawdopodobnym jest, że liczba oczyszczalni niezbędnych do wykonania będzie oscylować w granicach 151. To te właśnie okoliczności wykonawcy powinni wziąć pod uwagę kalkulując cenę oferty. Podnoszona przez Odwołującego możliwość zmniejszenia zakresu zamówienia w większym stopniu stanowi sytuację ekstraordynaryjną, mogącą mieć miejsce jedynie w przypadku zmiany wskaźników, do osiągnięcia których Zamawiający jest zobligowany, za zgodą instytucji odpowiedzialnej za wypłatę dofinansowania, wymagającą zmiany umowy i wiążącą się z podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli zmniejszenie zakresu zamówienia wpłynie na jednostkowy koszt realizacji przydomowej oczyszczalni ścieków. Zamawiający wprowadził zatem mechanizm chroniący interesy wykonawcy, jednak okoliczność tę Odwołujący w swoim wywodzie całkowicie pominął. Izba miała też na uwadze, iż Odwołujący nie wskazywał na abuzywność zawartej w umowie klauzuli, a jedynie na okoliczność, iż taki sposób ograniczenia zakresu zamówienia utrudniać może uczciwą konkurencję, co jednak nie zostało w ogóle wykazane. Precyzyjne i prawidłowe konstruowanie podstaw faktycznych zarzutów jest bardzo istotne, gdyż Izba jest nimi związana na mocy art. 555 ustawy Pzp i nie może orzekać wychodząc poza ich zakres.

Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zakresie wskazanym w pkt 2.1.106-2.1.112 uzasadnienia odwołania.

Odwołujący upatrywał naruszenia ww. przepisu w tym, że Zamawiający w warunkach gwarancyjnych rozszerzył przedmiot umowy poza roboty budowlane, obejmując także świadczenie usług odbioru i wywozu nieczystości.

Izba ustaliła, iż zgodnie z postanowieniami Działu III Rozdział 1 pkt 2 lit. k SWZ w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania czynności serwisowych przydomowych oczyszczalni ścieków zgodnie z warunkami gwarancji wskazanymi w Załączniku nr 2 do SWZ – „Projektowane postanowienia umowne”, w tym przeprowadzenia nie rzadziej niż raz w roku przeglądu przydomowych oczyszczalni ścieków w zakresie prawidłowości działania oraz wypompowania pojazdami asenizacyjnymi oraz zagospodarowania (na koszt Wykonawcy) ścieków z komory osadnika wstępnego, przy czym zobowiązania Wykonawcy wskazane w lit. j. i lit. k. powyżej mają na celu zapewnienie przydomowym oczyszczalniom ścieków bieżącej konserwacji rozumianej jako utrzymywanie oczyszczalni w dobrym stanie technicznym, zabezpieczającym przed szybkim zużyciem i/lub zniszczeniem oraz utrzymanie oczyszczalni w stanie zgodnym z ich przeznaczeniem.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dlaczego ustalone przez Zamawiającego wymagania mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Sam fakt, że zamówienie, którego głównym przedmiotem są roboty budowlane, może obejmować także elementy inne rodzajowo (usługi) nie przesądza, że mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący – poza tym, że kwestionował obciążenia wykonawcy ww. obowiązkiem podnosząc, że wykracza to poza obowiązki gwarancyjne – nie przedstawił argumentacji wskazującej na ograniczenie konkurencji. Odwołujący nie wskazywał też, że konieczność wypompowania ścieków w celu dokonania przeglądu raz w roku jest obowiązkiem nadmiernie utrudnionym. Podnoszona okoliczność, że opróżnianie zbiorników i osadników czy transport nieczystości wymaga stosownego zezwolenia, pozostaje o tyle bez znaczenia, że nie wydaje się być problematycznym powierzenie tego elementu do realizacji podwykonawcy. Zamawiający w treści dokumentów zamówienia nie wprowadzał żadnych ograniczeń w zakresie dopuszczalnego podwykonawstwa. Argumentacja zawarta w odwołaniu wskazuje raczej na to, że obowiązek ten jest niewygodny dla wykonawcy, a nie że jego realizacja jest istotnie utrudniona czy też prowadzi do uprzywilejowania niektórych podmiotów. Możliwość zaskarżenia w drodze środków ochrony prawnej treści dokumentów zamówienia służy eliminacji niezgodności z ustawą Pzp, nie zaś udogodnieniu wykonawcy warunków realizacji zamówienia. Ponadto podnoszona na rozprawie argumentacja, iż zastrzeżenie kwestionowanego obowiązku przez Zamawiającego nie odpowiada praktyce rynkowej, nie została poparta żadnymi dowodami. Pozostaje ona też w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego, który na rozprawie podniósł, iż analogiczny obowiązek był nałożony na

wykonawców we wszystkich wcześniejszych czterech etapach robot budowlanych i był realizowany (a przy tym etapy realizowali różni wykonawcy). Izba podkreśla, iż to rolą Odwołującego było udowodnić stawiane tezy, niemniej pozostały one gołosłowne.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie - w części, w jakiej nie doszło do umorzenia postępowania odwoławczego - podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę, udokumentowane złożonymi na rozprawie rachunkami.

**Przewodniczący:** .....