

**WYROK**

**z dnia 31 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie **27 grudnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **13 grudnia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **M. G. EKODREN – Naturalne Systemy Oczyszczania, Warszawa**

w postępowaniu pn. *Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków w Gminie Cisna w formule zaprojektuj i wybuduj* (nr postępowania GGiB.IV.271.12.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Cisna**

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze odnośnie zarzutów pkt 1. listy zarzutów (w zakresie pkt 2.1.23., 2.1.24., 2.1.26. uzasadnienia odwołania) i pkt 5. listy zarzutów (w zakresie pkt 2.1.54.-2.1.58. uzasadnienia odwołania), które zostały wycofane przez Odwołującego.**
2. **Umarza jako zbędne postępowanie odwoławcze odnośnie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów (w zakresie pkt 2.1.22. uzasadnienia odwołania) i pkt 4 listy zarzutów.**
3. **W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu**
  - 1) **doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia odnośnie wskazania nieruchomości, dla których wybudowanie oczyszczalni wymaga uzyskania pozwolenia wodnoprawnego,**
  - 2) **doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia odnośnie wskazania przepustowości dobowej oczyszczalni,**
  - 3) **doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia odnośnie wskazania kryteriów w celu oceny równoważności,**
  - 4) **wykreślenia postanowień uprawniającego Zamawiającego do jednostronnej zmiany harmonogramu i zmian ilości lub jakości na etapie realizacji umowy.**

**4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**

- 1)** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2)** zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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**.

## Uzasadnienie

Gmina Cisna {dalej również: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej w uzasadnieniu również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków w Gminie Cisna w formule zaprojektuj i wybuduj* (nr postępowania GGiB.IV.271.12.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 grudnia 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00300669/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

13 grudnia 2021 r. M. G. EKODREN – Naturalne Systemy Oczyszczania, Warszawa {dalej: „Ekodren” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”} w zakresie objętym poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 – przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niepełny i wewnętrznie sprzeczny, co nie pozwala na prawidłowe sporządzenie oferty.
2. Art. 99 ust. 6 w zw. z art. 16 – przez niepełne, a wręcz iluzoryczne dopuszczenie rozwiązań równoważnych do wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.
3. Art. 101 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 – przez odesłanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia do normy, podczas gdy wynikające z niej wymagania są odmienne od wymagań opisu przedmiotu zamówienia.
4. Art. 240 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 – przez opisanie kryterium oceny ofert „Skuteczny czas naprawy” w sposób niejednoznaczny, pozostawiający nieograniczoną swobodę przy ocenie ofert i niezmierną do porównania wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.
5. Art. 433 pkt 3 w zw. z art. 16 – przez przygotowanie projektowanych postanowień umownych {dalej: „PPU”}, które przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmiany SWZ:

1. Dokładnego wskazania, czy wykonawca realizujący przedmiot zamówienia będzie zobowiązany do uzyskania pozwoleń wodnoprawnych i w jakich lokalizacjach konieczne będzie uzyskanie tychże pozwoleń wodnoprawnych (wskazanie budynków, adresów i liczby pozwoleń).
2. Dookreślenia rozróżnienia na koszty eksploatacji oczyszczalni ścieków w zależności od konieczności realizacji robót na podstawie pozwolenia wodnoprawnego lub bez tego pozwolenia.
3. Dookreślenia odpowiedzialności wykonawcy za wentylację.
4. Dookreślenia konieczności sporządzenia STWiORB oraz przedmiarów robót.
5. Wskazania wymaganych przepustowości oczyszczalni ścieków.
6. Usunięcia z § 4 ust. 11 PPU postanowienia dotyczącego nieograniczonej możliwości ingerencji w harmonogram zaproponowany przez wykonawcę lub określenia procedury odwoławczej od takich zmian.
7. Usunięcia z § 5 ust. 2 PPU postanowienia dotyczącego możliwości nakazania dokonania zmian w zakresie jakości realizowanego przedmiotu zamówienia.
8. Doprecyzowania sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium „Skuteczny czas naprawy, polegającego na wskazaniu, o jaką awarię chodzi (skomplikowanie, zakres, umiejscowienie).
9. Usunięcia z PFU postanowienia, zgodnie z którym do odbioru końcowego należy przedstawić inwentaryzację geodezyjną powykonawczą wykonanych sporządzoną przez podmiot wskazany przez Zamawiającego lub wyłączenie czasu na wykonanie z terminu realizacji przedmiotu umowy, przy jednoczesnym doprecyzowaniu w § 11 ust. 2 PPU, w jakich przypadkach możliwe jest pociągnięcie wykonawcy do odpowiedzialności.

W uzasadnieniu odwołania powyższa lista zarzutów została sprecyzowana przez podanie następujących okoliczności faktycznych.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zgodnie z pkt 1.1.1. PFU przedmiotem zamówienia jest wybudowanie oraz uruchomienie 134 przydomowych oczyszczalni ścieków bytowych dla budynków mieszkalnych z miejscami noclegowymi do 50 osób. Taki opis został też zawarty w pkt 3.1.1 SWZ.

Wytyczne eksploatacyjne oczyszczalni, w tym usuwanie osadów na str. 19 PFU: *...do oczyszczalni nie wolno wylewać tłuszczu, olejów lub substancji żrących ponad ilości normalnie stosowane w gospodarstwie domowym.*

Jednocześnie Zamawiający oczekuje od wykonawcy skalkulowania jednakowej ceny

jednostkowej za dokumentację projektową dla każdej oczyszczalni – co wynika z załącznika do formularza ofertowego – kosztorysu scalonego.

Na str. 13 PFU Zamawiający wskazuje jako jeden z parametrów projektowanych oczyszczalni, że będą się one charakteryzować niskie koszty eksploatacji w ciągu roku.

Sformułowanie „miejsca noclegowe” sugeruje, że wszystkie 134 budynki należą do kategorii XIV w rozumieniu Prawa budowlanego – budynki zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego (hotele, motele, pensjonaty itp.). Nie są to więc budynki mieszkalne (kategoria I oraz XIII). Budynki mieszkalne sklasyfikowane są jako inny kod klasyfikacji PKOB (sekcja 1 dział 11 grupa 111, 112 lub 113), a hotele i budynki zakwaterowania turystycznego są kwalifikowane jako budynki niemieszkalne i mają inny kod PKOB (sekcja 1 dział 12 grupa 121).

W takiej sytuacji wykonanie oczyszczalni ścieków będzie wymagało uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, niezależnie od przepustowości dobowej, gdyż wykonanie przydomowej oczyszczalni ścieków do 5 m<sup>3</sup>/d bez takiego pozwolenia możliwe jest tylko w ramach zwykłego korzystania z wód, czyli w celu zaspokojenia potrzeb własnego gospodarstwa domowego lub własnego gospodarstwa rolnego. Natomiast budynki zakwaterowania turystycznego nie mieszczą się w zwykłym korzystaniu z wód, lecz są prowadzeniem działalności gospodarczej (art. 33, art. 34 pkt 13, art. 389 pkt 2, art. 395 pkt 7 Prawa wodnego).

Dla uzyskania pozwolenia wodnoprawnego konieczne jest m.in. sporządzenie operatu wodnoprawnego, co powoduje znacznie wyższe koszty na etapie projektowym, gdyż zwiększa liczbę opracowań koniecznych do wykonania i pozwoleń do uzyskania. Koszty dokumentacji dla różnych oczyszczalni (np. 5 RLM i 45 RLM)

Dla oczyszczalni, które będą wymagać pozwolenia wodnoprawnego, może okazać się niemożliwe, aby cechowały się one niskimi kosztami eksploatacji, gdyż takie oczyszczalnie wymagają prowadzenia dokumentacji urządzenia w czasie jego eksploatacji oraz pobierania próbek i wykonania badań ścieków surowych i oczyszczonych (4 próbki w pierwszym roku eksploatacji), co wynika z § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1311).

Odwołujący zarzucił, że dokumentacja postępowania z jednej strony wskazuje, że realizacja robót budowlanych nie będzie wymagała uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, a z drugiej strony podaje lokalizacje (budynki), dla których takie pozwolenie będzie musiało zostać uzyskane.

Opis na str. 18 PFU, lit. H „Wentylacja”: *W przypadku braku w budynku odpowietrzenia pionów kanalizacji sanitarnej wewnętrznej, należy wykonać zewnętrzne odpowietrzenie elementów przydomowej oczyszczalni ścieków. W tym celu należy wykonać przy budynku pion wentylacji zewnętrznej, wyprowadzając zakończenie wentylacji ponad połac dachu na co najmniej 60 cm powyżej górnej krawędzi okien. Odpowietrzenie powinno być wykonane z rur PCV Ø 110 mm. Na końcu rury odpowietrzającej powinna zostać zastosowana końcówka wywiewna.*

Brak jednak informacji, w ilu budynkach konieczne będzie wykonanie wentylacji, które wiąże się z koniecznością zakupu odpowiednich materiałów, i oznacza większy zakres robót.

Jednocześnie w pkt 3.1.4 ppkt 3 SWZ: *dostosowanie instalacji wewnątrz budynku leży po stronie użytkowników.*

Zamawiający nie określił jednak skutków niedostosowania takiej instalacji (zwłaszcza wentylacji). Jeśli użytkownik jej nie dostosuje samodzielnie, oczyszczalnia nie będzie funkcjonować prawidłowo i Zamawiający może odmówić dokonania jej odbioru. Wykonawca nie będzie też mógł dokonać prób końcowych, wykonać badań ani przeszkolić użytkowników, do czego jest zobowiązany.

Odwołujący zarzucił, że nie wiadomo, czy w razie braku odpowietrzenia kanalizacji wewnętrznej użytkownik ma dostosować tę instalację we własnym zakresie, czy też to wykonawca ma wykonać zewnętrzne odpowietrzenie.

Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) oraz przedmiary robót nie zostały wprost wymienione w ramach prac przedprojektowych i projektowych na str. 3 PFU, jednak odwołano się do nich na str. 27 PFU [*Podstawą wykonania robót jest dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót dla poszczególnych rodzajów prac oraz przedmiary robót. Wymagania wyszczególnione choćby w jednym z wyżej wymienionych dokumentów są obowiązujące dla Wykonawcy tak, jakby były zawarte w całej dokumentacji*].

Odwołujący zarzucił, że nie wiadomo, czy wykonawca w ramach prac projektowych ma sporządzić STWiORB i przedmiary robót.

PFU nie zawiera żadnej informacji o wymaganej przepustowości oczyszczalni.

Jest to brak bardzo istotnego parametru, gdyż przy przepustowości 7,5 m<sup>3</sup> na dobę wystarczające jest zgłoszenie robót budowlanych, a dla oczyszczalni powyżej 7,5 m<sup>3</sup> na dobę konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę (zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 5 Prawa budowlanego), co wpływa na zakres dokumentacji projektowej. Ponadto

dla oczyszczalni zlokalizowanych na terenie, dla którego nie ma obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, wymagane będzie uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, którą należy załączyć do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę. Przekłada się to na zakres prac, czas ich wykonania i oferowaną cenę.

Odwołujący zarzucił, że brak sprecyzowania tego parametru powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny.

Z treści postanowienia § 4 ust. 11 proponowanych postanowień umownych wynika, że Zamawiający ma nieograniczone możliwości wprowadzenia dowolnych zmian w harmonogramie, które muszą zostać zaakceptowane przez wykonawcę.

Daje to Zamawiającemu prawo do dowolnej zmiany przedmiotu zamówienia, np. skumulowania realizacji w krótkim okresie, pomimo że wykonawca przedstawi harmonogram, w którym zostałaby ona odpowiednio rozłożona w czasie. Takie działanie będzie wpływać chociażby na koszt realizacji przedmiotu zamówienia.

Na analogicznej zasadzie zostało skonstruowane postanowienie § 5 ust. 2 umowy, które daje Zamawiającemu (działającemu przez inspektora nadzoru) możliwość nakazania wykonawcy dokonania zmian jakości w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, nie określając żadnej procedury odwoławczej czy wyjaśniającej tę kwestię.

Zamawiający na etapie postępowania weryfikuje na podstawie przedmiotowych środków dowodowych spełnienie wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Skoro oferowany przedmiot zamówienia w toku postępowania zostanie zweryfikowany pozytywnie przez Zamawiającego, na etapie realizacji przedmiotu zamówienia nie powinno dochodzić do nakazywania zmian w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił, że powyższe uregulowania, z racji przeniesienia ich do postanowień umownych, stanowią pośrednie naruszenie art. 99 ust. 1 pzp, gdyż powodują, że wykonawca dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia dowiadywałby się, jakie są wymogi Zamawiającego.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Kwestie związane z rozwiązaniami równoważnymi zostały przez Zamawiającego opisane w rozdziale 3.2.: *Zamawiający za rozwiązania równoważne będzie uznawał urządzenia, materiały (oraz inne wyposażenie obejmujące przedmiot zamówienia) o nie gorszych parametrach technicznych, użytkowych, funkcjonalnych niż wskazane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz w SWZ.*

W stosunku do poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowań na ten

sam przedmiot zamówienia doszło do pewnego rozszerzenia opisu rozwiązań równoważnych dzięki dookreślenie pewnych elementów w Tabeli nr 1, jednak jest to tabela przepisana z postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego.

Zgodnie z Tabelą nr 1 w pkt 5 SWZ Zamawiający w zakresie technologii oczyszczania ścieków wymaga dostawy urządzeń w technologii „niskoobciążony osad czynny z zanurzonym złożem biologicznym” i nie dopuszcza zmiany tej technologii (brak parametru równoważności).

Z kolei w Tabeli nr 1 pkt 5. „Schemat technologiczny oczyszczalni” jako parametr projektowany Zamawiający wymaga oczyszczalni z osadnikiem wstępnym, jednocześnie za równoważną uznając oczyszczalnię bez osadnika wstępnego, która pracuje w technologii niskoobciążonego osadu czynnego z zanurzonym złożem biologicznym.

Z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w PFU wynika jednakże, że dopuszczalne są tylko urządzenia z osadnikiem wstępnym:

- opis parametrów biologicznej przydomowej oczyszczalni ścieków (lit. D na str. 13 PFU): *Projektowana, pojedyncza, przydomowa oczyszczalnia ścieków powinna pracować w systemie, w którego skład wchodzi wydzielone osadniki wstępne i reaktory biologiczne lub urządzenie zblokowane, w których procesy oczyszczania mechanicznego i biologicznego realizowane są komorach.*
- wytyczne eksploatacyjne oczyszczalni, w tym usuwanie osadów (lit. J na str. 19 PFU): *Osad z komory osadnika wstępnego powinien być usuwany 1 ÷ 2 razy w ciągu roku, przy użyciu wozu asenizacyjnego. Osady powinny być wywiezione do zbiorczych oczyszczalni, gdzie zostaną przetworzone.*

Przy czym:

- nie opisano, w jaki sposób ma być usuwany osad z urządzeń równoważnych, które mają nie mieć osadnika wstępnego (gnilnego), a jest to jedyne urządzenie, gdzie się gromadzi osad pierwotny i nadmierny;
- na rynku producentów oczyszczalni ścieków działa tylko jeden podmiot (Traidenis) produkujący przydomowe oczyszczalnie ścieków pracujące w technologii niskoobciążonego osadu czynnego z zanurzonym złożem biologicznym bez osadnika wstępnego.

Ponadto warunki równoważności dla parametrów „zgodność z normą” oraz „schemat technologiczny oczyszczania” pozostają ze sobą w sprzeczności

W zakresie zgodności z normą *za równoważną instalację Zamawiający uzna reaktor oczyszczalni wypełniający postanowienia normy PN-EN 12566-1 + PN-EN 12566-6 łącznie, jednak PN-EN 12566-1 pn. „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 Część 1: Prefabrykowane osadniki gnilne” dotyczy prefabrykowanych osadników gnilnych, nazywanych inaczej wstępnymi. Osadnik gnilny jest*

szczelnym zbiornikiem służącym do czasowego przetrzymania ścieków na okres co najmniej 3 dni, w celu umożliwienia wstępnego oczyszczenia ścieków. Osadniki opisane w PN-EN 12566-1 stanowią nierozłączną część przydomowej oczyszczalni ścieków, którą tworzą wraz z prefabrykowanymi urządzeniami do oczyszczania odpływów z osadników gnilnych (norma PN-EN 12566-6). Jeżeli więc Zamawiający oczekuje zgodności z normą PN-EN 12566-1 i PN-EN 12566-6, oczyszczalnia zgodna z ww. normami musi posiadać osadnik wstępny.

Warunku takiego nie spełni oczyszczalnia bez osadnika, a mimo to Zamawiający dopuszcza taką oczyszczalnię jako rozwiązanie równoważne dla parametru „schemat technologiczny oczyszczania”.

Wreszcie w przypadku urządzeń zgodnych z normą PN-EN 12566-1 oraz PN-EN 12566-6 raporty badań w tylko w części pokrywają się z raportami, jakie należy złożyć w przypadku składania ofert na urządzenia zgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że jedynie pozornie dopuścił rozwiązania równoważne, gdyż nie można uznać, że brak danego elementu (osadnika wstępnego) jest równoważny z posiadaniem tego elementu przez oczyszczalnię.

Po drugie, że takie określenie równoważności narusza też zasadę konkurencyjności, gdyż *de facto* wskazuje na jedno preferowane rozwiązanie.

Po trzecie, że nie określił w pkt 6 ppkt 1 SWZ, jakie przedmiotowe środki dowodowe należy złożyć w przypadku składania ofert na urządzenia równoważne.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Z jednej strony Zamawiający wymaga zgodności urządzeń z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, z drugiej zaś wprowadza wymagania niezgodne z tą normą:

- według opisu bilansu jakościowego ścieków na str. 14 PFU: *Podstawowymi wskaźnikami zanieczyszczeń, jakie uwzględnia się przy charakteryzowaniu ścieków bytowych odprowadzanych z gospodarstw domowych są: BZT5, ChZT, zawiesiny ogólne, azot ogólny i fosfor ogólny. Biorąc pod uwagę dane oraz wytyczne ATV, które są obecnie stosowane w Polsce przy projektowaniu oczyszczalni ścieków uwzględnia się jednostkowe ładunki zanieczyszczeń oraz średnie stężenia zanieczyszczeń, które odpowiednio wynoszą: (...)*.
- wytyczne ATV stosuje się przy projektowaniu oczyszczalni powyżej 50 RLM, a przedmiotem zamówienia są oczyszczalnie do 50 RLM (co jednoznacznie wynika treści opisu przedmiotu zamówienia);
- norma PN-EN 12566-3+A2:2013 w pkt B.3.2. Influent characteristics (charakterystyka dopływu) szczegółowo opisuje właściwości dopływu ścieków surowych, jakie muszą być uwzględnione przy projektowaniu oraz testowaniu oczyszczalni [ a. BZT5: od 150 mg O<sub>2</sub>/l do

500 mg O<sub>2</sub>/l lub b. ChZT: od 300 mg O<sub>2</sub>/l do 1000 mg O<sub>2</sub>/l c. Z: od 200 mg/l do 700 mg/l d. NKJ: od 25 mg/l do 100 mg/l lub e. NH<sub>4</sub>-N: od 22 mg/l do 80 mg/l f. Fosfor ogólny: od 5 mg/l do 20 mg/l] i są to wartości inne niż Zamawiający określił w PFU.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zgodnie z treścią rozdziału 13. SWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest „Skuteczny czas naprawy”. Jako opis sposobu przyznawania punktów w ramach tego kryterium Zamawiający wskazał, że *podany czas należy rozumieć jako czas od zgłoszenia Wykonawcy awarii dostarczonej POŚ do momentu skutecznego przywrócenia pełnej funkcjonalności POŚ, liczony w pełnych dniach roboczych w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi.* Poza tym opisem zostało jeszcze wskazane, ile punktów za ile zaoferowanych dni zostanie przyznane.

Zamawiający nie określił, o jaką awarię chodzi w tym kryterium oceny ofert – jej stopień skomplikowania, zakres czy umiejscowienie. W konsekwencji jeden z wykonawców składających ofertę może mieć na uwadze najprostszą do wyobrażenia awarię i zaoferuje najmniejszą liczbę dni (w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów), natomiast inny wykonawca może wziąć pod uwagę bardziej skomplikowaną awarię i zaoferuje maksymalny termin w ramach tego kryterium.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ taki sposób określenia przedmiotowego kryterium oznacza przyznawanie punktacji za zadeklarowanie zrealizowania niedookreślonego zakresu zamówienia w odpowiednim czasie, prowadzi *de facto* do nieporównywalności złożonych ofert.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Zgodnie z opisem odbioru robót (str. 28 PFU), do odbioru końcowego należy przedstawić w szczególności *inwentaryzację geodezyjną powykonawczą wykonanych prac (inwentaryzacja zostanie sporządzona przez podmiot wskazany przez Zamawiającego, na jego koszt).*

Zamawiający wymaga zatem, aby wykonawca przedstawił do odbioru końcowego dokument, którego wykonanie nie jest objęte przedmiotem zamówienia i na wykonanie którego wykonawca nie ma wpływu.

Skutkiem nieprzedstawienia dokumentacji będzie odmowa odbioru końcowego, a opóźnienie po stronie podmiotu trzeciego będzie obciążać wykonawcę.

§ 11 ust. 2 postanowień umownych daje Zamawiającemu możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności wykonawcę w zasadzie za każde ewentualne naruszenie (praw czy umowy).

Na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy Odwołujący wycofał odwołanie w odniesieniu do pkt 1. listy zarzutów (w zakresie pkt 2.1.23., 2.1.24., 2.1.26. uzasadnienia odwołania) oraz pkt 5. listy zarzutów (w zakresie pkt 2.1.54.-2.1.58. uzasadnienia odwołania).

Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że w pozostałym zakresie podtrzymuje odwołanie.

Izba stwierdziła jednakże, że w zakresie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów (w zakresie pkt 2.1.22. uzasadnienia odwołania) i pkt 4 listy zarzutów prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne w związku ze zmianami wprowadzonymi do SWZ (w tym do PFU) 24 grudnia 2021 r.

Ponieważ Zamawiający usunął z PFU wymaganie, aby oczyszczalnie charakteryzowały się niskimi kosztami eksploatacji w ciągu roku, zarzut cząstkowy sformułowany w pkt 2.1.22. uzasadnienia odwołania stał się bezprzedmiotowy.

W pkt 13.3. SWZ, zawierającym opis sposobu oceny w kryterium skutecznego czasu naprawy, dopisano sformułowanie: *Stan awarii został zdefiniowany w pkt. 3.6.2. SWZ. Z kolei postanowieniu SWZ zawartemu w pkt 3.6.2. tiret drugie nadano następujące brzmienie:*

*3.6.2. Zamawiający wymaga od Wykonawcy w ramach wynagrodzenia umownego:*

*• Usuwanie bieżących awarii nie dłużej niż w terminie 9 dni roboczych liczonych od dnia ich zgłoszenia. Przez awarię należy rozumieć stan uniemożliwiający lub istotnie ograniczający użytkowanie oddanej do eksploatacji POŚ prowadzący do nieprawidłowego i / lub braku jej poprawnego funkcjonowania. Termin usunięcia awarii stanowi kryterium oceny oferty.*

W konsekwencji zarzut z pkt 4. listy zarzutów, uszczegółowiony w pkt 2.1.47.-2.1.52. uzasadnienia odwołania, biorąc pod uwagę sformułowane w związku z nim (w pkt 2.1.53. uzasadnienia odwołania) żądanie, również stał się bezprzedmiotowy. Zamawiający doprecyzował bowiem, jaką awarię należy brać pod uwagę przy składaniu na potrzeby kryterium oceny ofert oświadczenia co do deklarowanego terminu jej usunięcia.

Skoro według art. 520 ust. 1 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a Izba w takim przypadku na podstawie art. 568 pkt 1 pzp umarza postępowanie odwoławcze, również w przypadku wycofania przez odwołującego odwołania w części, w takim zakresie postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone.

Z kolei z art. 568 pkt 2 ustawy pzp wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, również w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie

odwołania) zbędne.

Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie zarzutów, które odpowiednio zostały wycofane przez Odwołującego lub stały się bezprzedmiotowe, podlega ono umorzeniu, jak to wskazano odpowiednio w pkt 1. i 2. sentencji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – w zakresie zarzutów niewycofanych – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Ponadto Odwołujący następująco odniósł się do wyjaśnień i zmian treści SWZ dokonanych przez Zamawiającego po wniesieniu Odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający prowadzi już trzecie postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia, ale wprowadzone zmiany w stosunku do poprzednich postępowań zdają się zmierzać wyłącznie do tego, aby przerzucić na wykonawcę problemy związane z uzyskaniem pozwolenia wodnoprawnego, pomimo że już na etapie opisywania przedmiotu zamówienia Zamawiający może i powinien uszczegółowić ten opis w zakresie objętym odwołaniem. W przeciwnym wypadku może dojść do złożenia ofert nieporównywalnych, z różnicami cenowymi wynikającymi wyłącznie z tego, że jeden wykonawca, tak jak Odwołujący we własnym zakresie ustali pewne okoliczności ponad informacje podane przez Zamawiającego, a inny złoży ofertę wyłącznie w oparciu o te informacje.

W stosunku do poprzednich postępowań Zamawiający w sposób sztuczny podaje teraz, jakoby nie wiadomo mu było, czy w stosunku do którychkolwiek nieruchomości objętych tym zamówieniem będzie konieczne pozwolenie wodnoprawne, i deklaruje, że w takim przypadku na etapie wykonania zamówienia w razie potrzeby zostanie dokonana zmiana umowy. Tymczasem już bazując na informacjach zawartych w poprzednim opisie przedmiotu zamówienia wiadomo było, że na niektórych nieruchomościach prowadzona jest działalność gospodarcza, co już powoduje z mocy art. 34 pkt 13 Prawa wodnego obowiązek uzyskania pozwolenia wodnoprawnego na korzystanie z wód.

Wprowadzona w § 4 ust. 11 wzoru umowy zmiana nie zmienia istoty problemu, że Zamawiający zastrzegł dla siebie uprawnienie do jednostronnej zmiany harmonogramu realizacji, bez określenia choćby procedury konsultacji z wykonawcą, pomimo że

zamówienie ma być wykonane w formule zaprojektuj i wybuduj, czyli to wykonawca określa kolejność tego co ma być i w jakim okresie wykonywane, albo osiągnąć zakładany rezultat.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający w ramach zmian treści SWZ z 24 grudnia 2021 r. usunął z Tabeli nr 1 zapis w brzmieniu: *za równoważną instalację Zamawiający uzna reaktor oczyszczalni wypełniający postanowienia normy PN EN 12566-1 + PN EN 12566-6 łącznie*, który zastąpił następującym sformułowaniem: *za równoważną instalację Zamawiający uzna oczyszczalnię spełniającą postanowienia normy PN-EN 12566-3+A2:2013-10*.

W ten sposób Zamawiający całkowicie uniemożliwił zaoferowanie rozwiązań równoważnych, gdyż usunięte przez Zamawiającego z kryteriów równoważności normy (PN-EN 12566-1 i PN-EN 12566-6) obejmują swym zakresem m.in. wymaganą przez Zamawiającego technologię niskoobciążonego osadu czynnego z zanurzonym złożem biologicznym, zarówno z osadnikiem wstępnym, jak i z osadnikiem wtórnym, więc nie można zaoferować oczyszczalni niezgodnej z nimi.

Nadal naruszony jest art. 99 ust. 6 pzp, gdyż w miejsce wadliwie określonej równoważności zamawiający dokonał takich zmian, że obecnie *de facto* wyłączona jest jakakolwiek równowartość. Innymi słowy skorygował jedynie błąd, na który zwracał mu uwagę Odwołujący, polegający na wewnętrznej sprzeczności wymagań odnośnie oczyszczalni, nadal nie określając parametrów równoważności.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający na pytanie nr 8 z 23 grudnia 2021 r. odpowiedział: *Zamawiający w złożonym wniosku o dofinansowanie założył dla wybranej technologii i dobranych odpowiednio urządzeń ilość odprowadzonych ścieków bytowych na poziomie 80 litrów na dobę*.

Jednocześnie na str. 8 PFU Zamawiający określił równoważną liczbę mieszkańców (RLM) zgodnie z art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. – Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 624 ze zm.) jako 60 g tlenu na dobę.

Oznacza to, Zamawiający na potrzeby złożenia oferty wymaga przyjęcia założeń projektowych, w których jeden mieszkaniec wytwarza 80 litrów ścieków na dobę oraz 60 gr BZT<sub>5</sub>.

Zgodnie z SWZ oraz wyjaśnieniami Zamawiającego ścieki surowe dopływające do oczyszczalni będą charakteryzowały się ładunkiem zanieczyszczeń BZT<sub>5</sub> na poziomie 750 mg, który to wskaźnik otrzymujemy z prostego wyliczenia matematycznego —  $(60 \times 1000) : 80 = 750$ .

Dopływające do oczyszczalni ścieki surowe z parametrem BZT<sub>5</sub> na poziomie 750 mg są niezgodne z:

- Bilansem jakościowym ścieków (tabela na str. 20. PFU), w którym Zamawiający określił maksymalny ładunek BZT<sub>5</sub> w ściekach surowych na 500 mg O<sub>2</sub>/l;
- wskazywaną przez Zamawiającego jako wiążąca PN-EN 12566-3 +A2:2013-10 „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu przydomowe oczyszczalnie ścieków”, która w B.3.2. Influent characteristics (Charakterystyka dopływu) określa maksymalny poziom BZT w dopływających ściekach surowych również na 500 mg O<sub>2</sub>/l.

Wykonawca, aby spełnić wymaganie Zamawiającego oraz przepisy prawne dotyczące skuteczności oczyszczania (wynikające z rozporządzenia MG MiZŚ z 12 lipca 2019 r.), musiałby przewymiarować oczyszczalnię o ponad połowę, tzn. w przypadku opisanej przez Zamawiającego oczyszczalni dla 50 RLM złożyć ofertę na oczyszczalnię o przepustowości 75 RLM. Byłoby to jednak niezgodne z PN-EN 12566-3+A2:2013-10, która obejmuje swoim zakresem jedynie oczyszczalnie do 50 RLM, i wymagałoby wykonania indywidualnego projektu technicznego oczyszczalni, uzyskania pozwolenia wodnoprawnego oraz pozwolenia na budowę.

Naruszenie art. 101 pzp wynika z tego, że całokształt działań Zamawiającego prowadzi do tego, że zarzucane niezgodności z normą, którą jednocześnie przywołuje jako punkt odniesienia, narażają wykonawcę na niemożność wykazania, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymogami tej normy.

Działanie Zamawiającego zdaje się wynikać wyłącznie z tego, aby sztucznie obniżyć zużycie wody poniżej 5 m<sup>3</sup> na dobę na oczyszczalnię, gdyż wtedy nie ma obowiązku prawnego uzyskania pozwolenia wodnoprawnego (abstrahując od kwestii prowadzenia działalności gospodarczej). Tymczasem wiarygodnie można określić, że będzie to w rzeczywistości 7,5 m<sup>3</sup> na dobę w przypadku oczyszczalni na poziomie 50 RLM, co powoduje dodatkowo konieczność uzyskania pozwolenia na budowę. Wszystko to rzutuje na kalkulację ceny oferty, gdyż zupełnie inny jest reżim użytkowania takiej oczyszczalni, z uwagi na obowiązek przeprowadzenia w określonych odstępach czasu badań i szerszego zakresu dokumentacji.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Pozacenowe kryterium oferty jest nadal wadliwie określone, gdyż samo odesłanie do definicji awarii nie precyzuje dostatecznie tego kryterium, z uwagi na ogólnikowość tej definicji. W tego typu oczyszczalniach awarii mogą ulec różne elementy oczyszczalni, dla których jest różny czas przywrócenia ich do stanu ponownej eksploatacji.

W imieniu Zamawiającego nikt się nie stawił na rozprawę, co należało poczytać za wnoszenie o oddalenie odwołania w zakresie niewycofanym przez Odwołującego

[do zamknięcia rozprawy odpowiedź na odwołanie datowana na 27 grudnia 2021 r. nie dotarła do składu orzekającego w sprawie ani do Odwołującego].

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego jako wykonawcy kwestionującego postanowienia specyfikacji, które jego zdaniem negatywnie wpływają na możliwość złożenia przez niego oferty, jest oczywista i nie była kwestionowana przez Zamawiającego.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający po wniesieniu odwołania, 23 grudnia 2021 r., udzielił w szczególności następujących wyjaśnień treści SWZ:

*Pytanie 5: Czy wszystkie obiekty które obejmuje zamówienie są budynkami mieszkalnymi?*

*Odpowiedź 5: Zamawiający informuje, że obiekty objęte zamówieniem są budynkami mieszkalnymi jednorodziennymi z miejscami noclegowymi (tzw. agroturystyka).*

*Pytanie 6: Proszę o wyjaśnienie czy użytkownikami końcowymi POŚ są osoby lub podmioty prowadzące działalność gospodarczą np. prowadzeniem motelu, pensjonatu itp. ?*

*Odpowiedź 6: Zamawiający informuje, że użytkownikami końcowymi POŚ są osoby nie prowadzące działalności gospodarczej w obiektach dla których będą budowane przydomowe oczyszczalnie ścieków. Są to obiekty podane w odpowiedzi nr 5 i nie są to motele ani pensjonaty. Przydomowe oczyszczalnie ścieków mają służyć do oczyszczania ścieków bytowych odprowadzanych z gospodarstw domowych.*

*Pytanie 7: Proszę o wyjaśnienie na jakich zasadach są udostępniane miejsca noclegowe , czy mają charakter stały czy też okresowy?*

*Odpowiedź 7: Zamawiający informuje, że obiekty objęte zamówieniem są budynkami mieszkalnymi jednorodziennymi z miejscami noclegowymi (tzw. agroturystyka). Zamawiający nie posiada szczegółowej wiedzy o zasadach udostępniania miejsc noclegowych gdyż są to*

*budynki prywatne. Obserwując teren gminy Cisna można przyjąć dużą zmienność oraz okresowość w wykorzystaniu miejsc noclegowych. W okresie maj-sierpień przebywa na terenie gminy duża liczba turystów, którzy korzystają z miejsc noclegowych, co zwiększa ilość ścieków. W pozostałych miesiącach ilość osób jest zdecydowanie mniejsza, co wiąże się również z mniejszą ilością ścieków. Są również okresy gdzie wykorzystanie miejsc noclegowych spada praktycznie do zera. Szczegółowe informacje w tym zakresie w zamierzeniu Zamawiającego będzie zawierał projekt budowlany opracowany przez wykonawcę który odpowiednio uwzględni zmienność w ilości odprowadzanych ścieków oraz maksymalne rzeczywiste obciążenie. Zamawiający podał do zamówienia publicznego wszystkie dane jakie pozyskał od użytkowników POŚ.*

*Pytanie 8: Proszę o wyjaśnienie czy dla dużych oczyszczalni np. obsługujących powyżej 35 RLM nie wystąpi konieczność uzyskania pozwolenia wodnoprawnego z tytułu przekroczenie dobowego obciążenia 5m<sup>3</sup> ?*

*Odpowiedź 8: Zamawiający informuje, że obiekty objęte zamówieniem są budynkami mieszalnymi jednorodzinnymi z miejscami noclegowymi (tzw. agroturystyka). Zamawiający w złożonym wniosku o dofinansowanie założył dla wybranej technologii i dobranych odpowiednio urządzeń ilość odprowadzonych ścieków bytowych na poziomie 80 litrów na dobę.*

*Pytanie 9: Proszę o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza możliwość wystąpienia przypadku w którym wystąpi konieczność uzyskania pozwolenia wodnoprawnego ? Jeśli tak to w jaki sposób będzie to rozliczone z Wykonawcą oraz czy Wykonawca uzyska dodatkowy czas na wykonanie przedmiotu zamówienia ?*

*Odpowiedź 9: Zamawiający nie przewiduje konieczności uzyskiwania pozwoleń wodnoprawnych w postępowaniu. Zamawiający w Projektowanych postanowieniach umowy zawarł stosowne zapisy które umożliwiają zmianę wynagrodzenia jeśli wystąpią roboty dodatkowe jak również zmianę terminu wykonania zamówienia. Ale jak wyżej – na stan obecny Zamawiający nie przewiduje wykorzystanie tych zapisów dla przypadku podanego w pytaniu nr. 9*

*Pytanie 10: Czy Zamawiający przewiduje możliwość wystąpienia przypadku w którym wystąpi konieczność uzyskania pozwolenia na budowę?*

*Odpowiedź 10: Zamawiający nie przewiduje konieczności uzyskiwania pozwoleń na budowę w postępowaniu. Zaplanowane oczyszczalnie przydomowe wymagają jedynie zgłoszenia robót do Starosty Leskiego. (...)*

Odwołujący na rozprawie przedstawił dowody w postaci siedmiu wyciągów CEiDG, z których wynika, że na terenie nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia

prowadzona jest działalność gospodarcza.

W programie funkcjonalno-użytkowym, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ {dalej: „PFU”}, prawidłowo wskazano, że przez RLM należy rozumieć równoważną liczbę mieszkańców, która zgodnie z art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 roku Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 624 ze zm.) określa ładunek substancji organicznych biologicznie rozkładalnych wyrażonych jako wskaźnik pięciodobowego biochemicznego zapotrzebowania tlenu (BZT<sub>5</sub>) w ilości 60 g tlenu na dobę [3. akapit na str. 8 PFU].

W PFU podano również, w ramach „Bilansu jakościowego ścieków”, że podstawowymi wskaźnikami zanieczyszczeń, jakie uwzględnia się przy charakteryzowaniu ścieków bytowych odprowadzanych z gospodarstw domowych jest m.in. BZT<sub>5</sub>, którego ładunek został określony jako mieszczący się w przedziale 150-750 mg O<sub>2</sub>/l, co miało być zgodne z PN-EN 12566-3+A2:2013-10 [str. 20. PFU].

Na skutek podniesionego w odwołaniu zarzutu, że w rzeczywistości powyższa norma przewiduje dla BZT<sub>5</sub> maksymalnie 500 mg O<sub>2</sub>/l, Zamawiający 24 grudnia 2021 r. na taką wartość zmienił maksymalne stężenie tych zanieczyszczeń.

Jednakże, na zasadzie art. 533 ust. 2 pzp, Izba uznała za okoliczność przyznaną przez Zamawiającego, że jak to wskazał Przystępujący na rozprawie, pomimo wprowadzenia powyższej zmiany, przy podtrzymanym przez Zamawiającego jako obowiązujące założeniu, że jeden mieszkaniec wytwarza na dobę (do) 80 l przy 60 g BZT<sub>5</sub> [patrz powyżej przytoczone wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na pytanie nr 8], oznacza to maksymalny ładunek tych zanieczyszczeń na poziomie 750 mg O<sub>2</sub>/l.

Z kolei niesporne jest, że taka wartość jest niezgodna z PN-EN 12566-3:2016-10 „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 – Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu przydomowe oczyszczalnie ścieków”, która określa maksymalne stężenie BZT<sub>5</sub> w dopływających ściekach surowych na 500 mg O<sub>2</sub>/l.

W konsekwencji – aby dochować wymagane dla ścieków oczyszczonych stężenie BZT<sub>5</sub>, które nie może wg PFU przekraczać 40 mg O<sub>2</sub>/l, czyli wielkości określonej w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 roku w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. 2019 poz. 1311 ze zm.) [„Bilans jakościowy ścieków”, str. 21 PFU] – wykonawca co najmniej w zakresie oczyszczalni 50 RLM musiałby złożyć ofertę na oczyszczalnię 75 RLM, która nie jest objęta wskazaną powyżej normą i wymagałaby wykonania indywidualnego projektu technicznego, a także uzyskania pozwolenia wodnoprawnego oraz pozwolenia na budowę.

Pkt 3.2. SWZ zawiera w szczególności następujące postanowienia odnośnie rozwiązań równoważnych:

*1. W przypadkach, w których:*

*a) przedmiot zamówienia opisany jest w dokumentacji postępowania za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm. – dalej: „ustawa Pzp”)*

*b) w dokumentacji postępowania jest mowa o materiałach lub wyrobach z podaniem znaków towarowych, patentów, nazw własnych, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane od konkretnego wykonawcy – przyjmuje się że wskazaniom takim towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.*

*Oznaczenia te służą wyłącznie do opisanie minimalnych parametrów technicznych, użytkowych, funkcjonalnych które powinien spełniać przedmiot zamówienia. Zamawiający za rozwiązania równoważne będzie uznawał urządzenia, materiały (oraz inne wyposażenie obejmujące przedmiot zamówienia) o nie gorszych parametrach technicznych, użytkowych, funkcjonalnych niż wskazane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz w SWZ. Niniejszym Zamawiający potwierdza, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w dokumentacji postępowania określając jednocześnie podstawowe parametry równoważności w tabeli nr 1.*

*(...)*

*2. W przypadku, gdy zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, Wykonawca musi udowodnić w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, że proponowane rozwiązania spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.*

*3. Zamawiający w celu spełnienia warunku pkt. 2 musi złożyć wraz z ofertą :*

*- dokumenty zgodnie z ust. 6.1 pkt.1 lit. e) ppkt 1,2 SWZ [wskazano tam następujące dokumenty: 1) deklarację właściwości użytkowych oferowanych POŚ zgodną z normą PN-EN 12566-3:+A2:2013-10 (lub nowszą), wystawioną przez producenta POŚ; 2) pełne raporty z badań typu POŚ wystawione przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską (lub raporty z badań wykonane przez spółki zależne jednostek notyfikowanych i zewnętrzne laboratoria akredytowane, zgodnie z art. 45 i 46 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., według procedur określonych w normie PN-EN 12566-3:+A2:2013-10, w tym: raport z wytrzymałości konstrukcji, raport trwałości materiału,*

raport z badania efektywności oczyszczania, raport z badania wodoszczelności, raport z badania reakcji na ogień]

- karty katalogowe zaoferowanych POŚ

- schematy technologiczne zaoferowanych POŚ

(...)

Przy czym w ramach zmiany treści SWZ z 24 grudnia 2021 r. grudnia zamieszczona w pkt 3.2. Tabela nr 1 otrzymała następujące brzmienie:

<i>Tabela nr. 1</i>			
	<i>Nazwa parametru</i>	<i>Parametr projektowany</i>	<i>Parametr równoważności</i>
1.	Zgodność z normą	PN-EN 12566-3+A2:2013-10	za równoważną instalację Zamawiający uzna oczyszczalnię spełniającą postanowienia normy PN-EN 125663+A2:2013-10
2.	Technologia oczyszczania ścieków	niskoobciążony osad czynny z zanurzonym złożem biologicznym	nie dopuszcza się zmiany technologii
3.	Materiał wykonania zbiornika	Polipropylen, włókno szklane	materiał zgodny z normą PN-EN 125663+A2:2013-10
4.	Częstotliwość wywozu osadu	nie częściej niż 2 razy na 12 miesięcy	nie częściej niż 2 razy na 12 miesięcy
5.	Schemat technologiczny oczyszczalni	Oczyszczalnia z osadnikiem wstępnym	Za równoważną uzna się oczyszczalnię z osadnikiem wtórnym, która pracuje w technologii niskoobciążonego osadu czynnego z zanurzonym złożem biologicznym
6.	Skuteczność oczyszczania	Każdy pojedynczy system PO dla oczyszczonych ścieków musi legitymować się najwyższymi dopuszczalnymi wartościami wskaźników zanieczyszczeń, zgodnie z ROZPORZĄDZENIEM MINISTRA GOSPODARKI MORSKIEJ I ŻEGLUGI ŚRÓDLĄDOWEJ 1 z dnia 12 lipca 2019 r. . a) Pięciodobowe biochemiczne zapotrzebowanie tlenu (BZT <sub>5</sub> ) – 40 mg O <sub>2</sub> /l b) Chemiczne zapotrzebowanie tlenu (ChZTcr) – 150 mg O <sub>2</sub> /l c) Zawiesiny ogólne – 50 mg/l	Co najmniej na poziomie wynikającym z rozporządzenia w następującym zakresie: Każdy pojedynczy system POŚ dla oczyszczonych ścieków musi legitymować się najwyższymi dopuszczalnymi wartościami wskaźników zanieczyszczeń, zgodnie z ROZPORZĄDZENIEM MINISTRA GOSPODARKI MORSKIEJ I ŻEGLUGI ŚRÓDLĄDOWEJ 1 z dnia 12 lipca 2019 r. a) Pięciodobowe biochemiczne zapotrzebowanie tlenu (BZT <sub>5</sub> ) – 40 mg O <sub>2</sub> /l b) Chemiczne zapotrzebowanie tlenu (ChZTcr) – 150 mg O <sub>2</sub> /l c) Zawiesiny ogólne – 50 mg/l

Jednakże, na zasadzie art. 533 ust. 2 pzp, Izba uznała za okoliczności przyznane

przez Zamawiającego, że jak to wskazał Przystępujący:

- na rozprawie – wykreślone z pkt 1. tabeli normy: PN-EN 12566-1:2016-10 „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 – Część 1: Prefabrykowane osadniki gnilne”, PN-EN 12566-6:2016-10 „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 – Część 6: Prefabrykowane urządzenia do oczyszczania odpływu z osadników gnilnych” obejmują swym zakresem m.in. wymaganą przez Zamawiającego technologię niskoobciążonego osadu czynnego z zanurzonym złożem biologicznym, zarówno z osadnikiem wstępnym, jak i z osadnikiem wtórnym,
- w odwołaniu – w przypadku urządzeń zgodnych z normą PN-EN 12566-1 oraz PN-EN 12566-6 raporty badań w tylko w części pokrywają się z raportami, jakie należy złożyć w przypadku składania ofert na urządzenia zgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.

Reasumując, wprowadzone zmiany usunęły co prawda wewnętrzną sprzeczność opisu przedmiotu zamówienia co do tego, czy jako rozwiązanie równoważne dopuszczalna jest oczyszczalnia bez osadnika pierwotnego, jednakże poza parametrem pn. „Schemat technologiczny oczyszczalni” pozostałe parametry równoważności są *de facto* tożsame z parametrami projektowanymi. W konsekwencji jako środka dowodowego służącego wykazaniu równoważności Zamawiający żąda raporty z badań na zgodność z tą samą normą, do której odwołał się w ramach podstawowego opisu przedmiotu zamówienia.

Załącznik nr 7 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy {dalej: „PPU” lub „wzór umowy”} zawiera w szczególności następujące postanowienia:

*[w § 4 ust.11] Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć w ciągu 7 dni od daty podpisania umowy harmonogram rzeczowo-finansowy uwzględniający planowane wydatki finansowe z dokładnością do co najmniej dwóch miesięcy realizacji umowy oraz planowany postęp rzeczowy z dokładnością do co najmniej jednego miesiąca kalendarzowego. Zamawiający ma prawo nanieść zmiany do harmonogramu. Powyższa zmiana nie będzie traktowana jako zmiana umowy i nie będzie wymagała zawarcia aneksu do umowy. Harmonogram ma dla stron umowy jedynie pomocniczy charakter. [ostanie zdanie dodane w ramach zmian SWZ z 24 grudnia 2021 r.]*

*[w § 5 ust. 2] Inspektorzy nadzoru działają w granicach umocowania określonego przepisami ustawy Prawo budowlane. Inspektor nadzoru jest uprawniony, jeżeli jest to niezbędne dla prawidłowego oraz zgodnego z umową i dokumentacją projektową wykonania przedmiotu umowy, do wydania Wykonawcy polecenia dokonania takich zmian jakości i/lub ilości lub ich odpowiednich części, które uzna za niezbędne, a Wykonawca zobowiązuje się je wykonać.*

Zamawiający nie wprowadził zatem procedury uzgadniania zmian harmonogramu

i zmian ilości lub jakości na etapie realizacji zamówienia z wykonawcą jako drugą stronę umowy.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W art. 99 pzp uregulowane zostały przede wszystkim następujące zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia:

*1. 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.*

(...)

*4. Przedmiotu 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.*

(...)

*5. 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”.*

*6. 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.*

Według art. 101 ust 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp jednym z dopuszczalnych sposobów opisanie przedmiotu zamówienia jest odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz Polskich Norm przenoszących normy europejskie. Przy czym m.in. w takim przypadku art. 102 ust. 1 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu określenie w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, odpowiadających przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego, które mogą dotyczyć w szczególności: 1) określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat; 2) wymagań w zakresie dostępności

dla osób niepełnosprawnych; 3) określonej wydajności, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości; 4) określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania; 5) określonego opakowania i oznakowania; 6) określonej etykiety; 7) instrukcji użytkowania; 8) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych; 9) dodatkowych badań i testów przeprowadzanych przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2021 r. poz. 514); 10) określonych zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania; 11) warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych; 12) metod i technik budowy; 13) wszelkich pozostałych warunków technicznych.

Jednocześnie art. 101 ust. 4 ustawy pzp stanowi, że opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, o których mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

Z kolei z art. 101 ust. 5 ustawy pzp wynika, że przy takim sposobie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104–107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Według art. 105 ust 1 ustawy pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Przy czym z art. 105 ust. 4 ustawy pzp wynika, że zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r.

– Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp z 2004 r.} analogiczne uregulowania zostały zawarte odpowiednio w art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 oraz art. 30 ust. 1 lit. a, ust. 4 i 5, co oznacza, że w pełni zachowuje aktualność dorobek orzecznictwa i doktryny wypracowany przy interpretacji tych przepisów.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem nie tylko zakres warunków udziału w postępowaniu czy inne elementy związane z realizacją zamówienia, ale również determinuje pierwotny krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców danym zamówieniem.

Zamawiający, mając na uwadze konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie, uprawniony jest do opisu parametrów technicznych w taki sposób, aby nabywane roboty, produkt lub usługa odpowiadał zarówno jego uzasadnionym potrzebom, jak i możliwościom finansowym, nie naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji i możliwości złożenia ofert przez wykonawców będących w stanie podołać wymaganiom zamawiającego, w sposób nienaruszający równowagi pomiędzy interesem zamawiającego a wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia na dany rodzaj przedmiotu zamówienia.

O ile nie ulega wątpliwości, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego, który decyduje, co chce nabyć, o tyle przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym opisanie przedmiotu zamówienia musi się odbyć na zasadach określonych w ustawie pzp.

Po pierwsze, opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, dzięki użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględnieniu wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Innymi słowy z art. 101 ust. 1 pzp (odpowiednika art. 29 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r.) wynika, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, aby opis zamówienia był kompletny, jasny i zrozumiały dla potencjalnych wykonawców (por. uzasadnienie wyroku Izby z 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1283/20).

Po drugie, zamawiający nie może więc określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z tego opisu wszelkich sformułowań, które bezpośrednio lub pośrednio mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę czy produkt, bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców czy produkty, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany

od pozostałych.

Po trzecie, zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez odniesienie się, czy *de facto* do konkretnych produktów, czy do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi oraz Polskich Norm przenoszących normy europejskie, zobowiązany jest dopuścić rozwiązania równoważne do opisanych przez siebie, co ma polegać nie tylko na dodaniu sformułowania „lub równoważne”, ale na określeniu, czy to kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, czy to przedmiotowych środków dowodowych, które służyć będą wykazaniu tej równoważności.

Po czwarte, zamawiający nie jest uprawniony do zastrzegania w umowie na swoją rzecz uprawnienia do jednostronnego wprowadzania zmian na etapie realizacji zamówienia w stosunku do oferty lub innego dokumentu opracowanego po zawarciu umowy przez wykonawcę, bez co najmniej konsultacji z wykonawcą, gdyż sprzeciwiają się temu zasady wyrażone w art. 16 ustawy pzp.

Stąd w ustalonych powyżej okolicznościach należało uznać, że w zakresie odzwierciedlonym w pkt 3. sentencji orzeczenia potwierdziły się zarzuty z pkt 1.-3. listy zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a, ust. 4 w zw. z art. 105 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz c ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się: uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł (potwierdzone złożoną do zamknięcia rozprawy fakturą VAT), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.