

WYROK
z dnia 10 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wojciechowice w Wojciechowicach**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.1.9 – 2.1.22 i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie w PFU wymogu wykonania oczyszczalni z określonego materiału i w określony sposób poprzez wskazanie, że oczyszczalnie mają posiadać deklarację zgodności z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2.1.5 – 2.1.8, 2.1.23 – 2.1.33, 2.1.46 - 2.1.49, 2.1.50 – 2.1.54 oraz 2.1.55-2.1.60.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (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 Wojciechowice w Wojciechowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji prowadzonego pod nazwą „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Wojciechowice - etap II” – znak sprawy: RGR.271.1.2.2023.DCM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00036395/01 z dnia 17 stycznia 2023 r.

W dniu 23 stycznia 2023 r. wykonawca **M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie** wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 PZP, tj. w sposób niepełny i niewskazujący na pełny zakres przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP:

1) art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 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;

2) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który nie opisuje pewnych wymogów dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, **podczas gdy** obowiązkiem Zamawiającego było opisanie przedmiotu w ten sposób, że wskazane zostaną w nim wszystkie wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że:

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP

Zagadnienia ogólne

2.1.1 Zgodnie z treścią art. 99 ust. 4 PZP, 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.

2.1.2 W niniejszym Postępowaniu, Zamawiający nie sporządził opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP.

2.1.3 Przypomnieć należy, że podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a w tym konkretnym Postępowaniu również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w przepisie art. 16 PZP mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy Zamawiający przedstawia opis przedmiotu zamówienia w sposób, który jest całkowicie zbędny czy też w sposób nieuzasadniony.

2.1.4 Dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama

potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu (por. wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r., sygn. akt KIO 2130/21).

Wymaganie wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie nieobowiązujących przepisów

2.1.5 Zamawiający wymaga, aby zaoferowane przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniały wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego – rozporządzenie to utraciło moc z dniem 2 lipca 2019 r.

2.1.6 W sposób istotny wpływa to na opis przedmiotu zamówienia, gdyż determinuje to nieprawidłowość jego wykonania (niezgodność z aktualnie obowiązującymi przepisami).

2.1.7 Dla przykładu, taka informacja pojawia się w:

1) SWZ rozdział III ust. 1 – „Oczyszczalnia po wykonaniu rozruchu musi oczyszczać ściek do parametrów określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 18.11.2014 (Dz.U. z dnia 16.12.2014;poz 1800) w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego”;

2) PFU rozdział I ust. 1 – „Oczyszczalnia po wykonaniu rozruchu musi oczyszczać ściek do parametrów określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 18.11.2014 (Dz.U. z dnia 16.12.2014; poz. 1800) w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego”;

3) PFU rozdział I ust. 1.3 – „Zastosowane bioreaktory PBOŚ muszą gwarantować stopień oczyszczania ścieków zgodny z wymogami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 18.11.2014 (Dz.U. z dnia 16.12.2014; poz. 1800) w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego”;

4) PFU rozdział II ust. 2.2 – „Stopień oczyszczania ścieków w zaproponowanej oczyszczalni musi spełniać warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska (Dz.U. z dnia 16.12.2014; poz. 1800) w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków

do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego”.

2.1.8 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w tym projektów, na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa.

Wymóg wykonania oczyszczalni z określonych materiałów i określoną techniką

2.1.9 Sam Zamawiający w treści dokumentów zamówienia wskazał na cele przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, tj.:

- 1) „Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane projektowane przez Wykonawcę polegające na zaprojektowaniu, dostawie, montażu i rozruchu przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków (PBOŚ) legitymujących się zgodnością z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 na terenie gminy Wojciechowice w ilości 50 sztuk” – PFU rozdział I ust. 1 oraz SWZ rozdział III ust. 1;
- 2) „Celem przedsięwzięcia jest zapewnienie oczyszczenia ścieków na 50 posesjach na terenie gminy Wojciechowice w stopniu wymaganym obowiązującymi przepisami” – PFU rozdział I ust. 1.1;
- 3) „Podstawowym celem budowy PBOŚ jest zapewnienie oczyszczania ścieków zgodnie z wymaganiami aktualnych przepisów prawa polskiego, dotyczących jakości ścieków oczyszczonych odprowadzanych do ziemi” – PFU rozdział I ust. 1.3.

2.1.10 Dodatkowo, Zamawiający wskazał, w jaki sposób ten cel ma zostać osiągnięty – „Wymaga się, aby przedmiot zamówienia tzn. PBOŚ odpowiadał normie PN-EN 12566-3+A2:2013. Niezależnie od ww. wymogu wszystkie urządzenia zastosowane do oczyszczania ścieków muszą spełniać obowiązujące w Polsce przepisy i normy” – PFU rozdział II ust. 2.2.

2.1.11 Należy ocenić, że Zamawiający bardzo jasno zakomunikował, co jest jego uzasadnioną potrzebą (celem) oraz w jaki sposób tę potrzebę należy zaspokoić.

2.1.12 Tym bardziej należy podkreślić, że Zamawiający poprzez sformułowany przez siebie opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję – bezzasadnie uniemożliwia złożenie oferty obejmującej rozwiązanie, które spełnią wszystkie wymogi jakościowe Zamawiającego. Tylko dlatego, że są wykonane z innego materiału czy inną techniką – tak samo dopuszczalną i właściwą na gruncie normy PN-EN 12566-3+A2:2013.

2.1.13 Z jednej strony zatem Zamawiający wymaga, aby oferowane oczyszczalnie były zgodne z normą 12566-3+A2:2013, a z drugiej strony wprowadza znaczące ograniczenia dotyczące możliwości zaoferowania rozwiązania zgodnego z wymaganiami przedmiotowej normy. Ma to szczególne znaczenie zwłaszcza w odniesieniu do materiału, z jakiego mają być wykonane oczyszczalnie.

2.1.14 W rozdziale II ust. 2.2. PFU Zamawiający sformułował następujące parametry techniczne oczyszczalni:

Zbiorniki oczyszczalni ścieków mogą być wykonane z GRP lub PEHD metodą rozdmuchu lub rotomouldingu. Z uwagi na możliwość niekontrolowanego rozszczelnienia w gruncie nie dopuszcza się zastosowania zbiorników spawanych, zgrzewanych lub skręcanych śrubami.

Dalej, w parametrach równoważności Zamawiający wskazał na następującą możliwość:

Zbiornik jednobryłowy, całkowicie monolityczny (bez połączeń spawanych, zgrzewanych, śrubowych, klejonych i.t.p.), z GRP, betonu, polietylenu z ożebrowaniem, wytwarzany metodą rotomuldingu lub rozdmuchu, w jednym procesie technologicznym

2.1.15 Opisane powyżej wymagania Zamawiającego znacznie ograniczają możliwości oferowania oczyszczalni ścieków zgodnych 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.

2.1.16 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-U

polietylen PE

tworzywo sztuczne wzmocnione włóknem szklanym (GRP)

polipropylen PP

2.1.17 Norma nie określa, czy zbiorniki mają być lub nie być skręcane, zgrzewane czy też monolityczne. Mają natomiast być wodoszczelne oraz posiadać deklarowaną przez producenta wytrzymałość konstrukcji – i w tym zakresie są badane w laboratorium notyfikowanym zgodnie z zapisami normy PN-EN 12566-3+A2:2013.

2.1.18 Wymaganie takie zatem jest wprost ograniczające uczciwą konkurencję, gdyż w sposób bezzasadny ogranicza możliwości oferowania oczyszczalni zgodnych z normą. Również opis równoważności w tym zakresie nie wypełnia możliwości normy. Norma dopuszcza wiele innych materiałów np. polipropylen, beton, stal oraz inne metody produkcyjne – np. wtrysk, nie wskazując przy tym, która jest „właściwa”. Ograniczenie zatem możliwości zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymogami normy utrudnia w sposób oczywisty uczciwą konkurencję.

2.1.19 Zamawiający, jako uzasadnienie dla ograniczenia uczciwej konkurencji podał następujący argument – „Z uwagi na możliwość niekontrolowanego rozszczelnienia w gruncie nie dopuszcza się zastosowania zbiorników spawanych, zgrzewanych lub skręcanych śrubami”. Dla profesjonalistów zajmujących się rynkiem przydomowych oczyszczalni ścieków jest to oczywista nieprawda.

2.1.20 Sam Odwołujący może być tego przykładem – zamontował przeszło 5.000 sztuk przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Polski, które nie mogłyby zostać zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu. A żadna z tych zamontowanych sztuk, nawet wiele lat po montażu, nie uległa „niekontrolowanemu rozszczelnieniu”. Wynika to z faktu, że takie oczyszczalnie pomyślnie przeszły badania na wytrzymałość konstrukcji w laboratorium notyfikowanym.

2.1.21 Z punktu widzenia normy PN-EN 12566-3+A2:2013, laboratorium notyfikowanego oraz samego użytkownika nie ma znaczenia, czy zbiornik będzie „monolityczny” czy „spawany, zgrzewany lub skręcany śrubami”. Ma przejść odpowiednie badania na wytrzymałość konstrukcji – jeśli je przejdzie, dopiero wtedy jest dopuszczony do użytku.

2.1.22 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normą, tj. poprzez wykreślenie wymogu wykonania oczyszczalni z określonego materiału i w określony sposób

– wystarczającym jest, aby oferowane oczyszczalnie spełniały wymogi normy PN-EN 12566-3+A2:2013.

Zużycie energii elektrycznej

2.1.23 Na stronie 15 PFU, w pkt 6, pojawił się następujący wymóg: „Urządzenia oczyszczalni muszą się charakteryzować prostotą obsługi i niezawodnością oraz minimalnym zużyciem energii elektrycznej (na 1RLM maksymalne zużycie energii elektrycznej 0,12 kWh/d). Dla oczyszczalni do 4 osób zużycie energii nie większe niż 0,48 kWh/dobę (bardzo ważne ze względu na późniejsze koszty eksploatacji)”. Co ciekawe, wymóg ten znajduje się w części „Parametry równoważności oczyszczalni”. Niemniej jednak, wydaje się, że lokalizacja jest omyłkowa, bowiem w żadnym innym miejscu PFU nie znajduje się informacja dotycząca zużycia energii elektrycznej.

2.1.24 Zwrócić należy jednak uwagę, że 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.

2.1.25 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.

2.1.26 Jest to o tyle istotne, że Zamawiający w ten sposób określając przedmiot zamówienia, doprowadza do nieporównywalności złożonych ofert i utrudnienia uczciwej konkurencji.

2.1.27 Zwrócić bowiem uwagę należy na fakt, 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.

2.1.28 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).

2.1.29 Podkreślić dodatkowo należy, 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.

2.1.30 Do badań efektywności oczyszczania (w tym zużycia 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).

2.1.31 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.

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.

2.1.32 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania w zakresie energochłonności poprzez wykreślenie takiego wymogu z dokumentacji postępowania.

2.1.33 W niniejszym Postępowaniu, Zamawiający nie sporządził opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP

Zagadnienia ogólne

2.1.34 Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 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.

2.1.35 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.

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

Należy podkreślić, że zawarte w cytowanym przepisie sformułowanie „jednoznaczny” należy rozumieć jako takie, które nie pozwala na ich dowolną interpretację. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element SWZ, która jest przygotowana przez Zamawiającego. Wobec tego nie może być on ogólny, szacunkowy czy też niedookreślony albo niespójny i przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i podanie wszystkich okoliczności, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oferty”* (wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3531/20).

2.1.37 Powyższe oznacza, że Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco

opisać przedmiot zamówienia na tyle, jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.

2.1.38 Czynność ta zatem, z jednej strony, stanowi obowiązek Zamawiającego, a z drugiej strony stanowi jego uprawnienie, bowiem powinna odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.

2.1.39 Istota wskazanego wyżej przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Zatem, naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 PZP następuje co do zasady w sytuacjach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia (w szerokim znaczeniu – a więc również np. warunków realizacji umowy) w sposób niekompletny, niedokładny, niezrozumiały czy wewnętrznie sprzeczny.

2.1.40 Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców”* (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1283/20).

2.1.41 W innym wyroku KIO wskazała, że *„obciążenie ryzykiem wykonawców wynikającym z wszelkich niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, także takich, jakie nie są możliwe do wykrycia przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych przed złożeniem oferty, wskazuje na ograniczenie konkurencji do podmiotów dysponujących nie tylko niezbędnymi siłami do wykonania robót budowlanych, ale także personelem (pracownią architektoniczną), który wykonuje usługi projektowe i jest w stanie*

przed złożeniem oferty wykryć wszelkie ww. ewentualne wady dokumentacji budowlanej i wszelkie ryzyka z tym związane uwzględnić w cenie oferty. Może się to przekładać na pozyskanie ograniczonej liczby ofert i podwyższeniem cen, jak również z otrzymaniem nieporównywalnych ofert” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19).

2.1.42 Dlatego też, opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element specyfikacji warunków zamówienia, która jest przygotowana przez Zamawiającego. Wobec tego nie może być on ogólny, szacunkowy czy też niedookreślony albo niespójny i przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi zarówno uprawnienie jak i obowiązek Zamawiającego, który powinien dokonać ww. opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

2.1.43 Dostrzeżenia wymaga, że zasady wyrażone w art. 16 PZP wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami Zamawiającego i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Postanowienia SWZ powinny być tak skonstruowane, aby granice przedmiotu zamówienia zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawca nie był obciążony nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.

2.1.44 Mając na uwadze również ryczałtowy sposób rozliczania realizacji przedmiotu zamówienia, podkreślić należy, że Zamawiający nie może wywodzić swojego uprawnienia do zaniechania zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty z okoliczności ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia za realizację usługi. Obowiązki w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia nie ulegają zmniejszeniu z racji zastosowanego wynagrodzenia ryczałtowego. Wręcz przeciwnie, jeżeli bowiem wynagrodzenie ryczałtowe ma obejmować cały zakres zamówienia i nie może ono podlegać zmianie (z wyjątkiem nadzwyczajnych sytuacji), to tym bardziej wykonawca powinien posiadać niezbędny zestaw informacji pozwalający mu na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i w konsekwencji oferowaną cenę. Nie można zaakceptować sytuacji, w której zamawiający będzie wymagał zaoferowania przez wykonawców niepodlegającej zmianie (poza nadzwyczajnymi sytuacjami) kwoty wynagrodzenia za realizację przedmiotu, który może podlegać nieograniczonym zmianom.

2.1.45 Biorąc powyższe pod uwagę, wskazać należy, że Zamawiający nie sprostął temu wymogowi, a przygotowany przez niego opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z wymogami przewidzianymi w przepisie art. 99 ust. 1 PZP, tj. został sporządzony w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie wodnoprawne

2.1.46 W opisie przedmiotu zamówienia brak jest informacji, czy Zamawiający posiada zgłoszenia wodnoprawne (art. 394 ust. 1 pkt 13 Prawa wodnego) konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

2.1.47 Co istotne, 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.

2.1.48 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.

2.1.49 Dlatego też, mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie wszystkich zgłoszeń wodnoprawnych, jako element opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający nie posiada zgłoszeń, to Odwołujący wnosi 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.

Pompownie

2.1.50 W opisie przedmiotu zamówienia brak jest informacji, ile pompowni ma zostać zaprojektowanych oraz zainstalowanych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Cały ciężar w tym zakresie został przerzucony na wykonawcę (pkt 2.3 PFU).

2.1.51 Jest to o tyle istotne, że każda pompownia „kosztuje”. Nie jest to koszt pomijalny, bowiem każda pompownia warta jest (łącznie z wymaganymi robotami i oprzyrządowaniem) ok. kilku tysięcy złotych.

2.1.52 Taka konstrukcja, jak przyjął Zamawiający, wymaga dokonania pewnego hipotetycznego założenia przez wykonawcę chcącego złożyć ofertę – ile tych pompowni ma być, aby prawidłowo skalkulować cenę oferty.

2.1.53 Oznacza to, że Zamawiający może doprowadzić do nieporównywalności złożonych ofert. Nie wiadomo bowiem, jakie dane należy przyjąć do złożenia oferty. Może zatem wystąpić taka sytuacja, w której wykonawca A doliczy zaprojektowanie i wykonanie 1 pompowni, wykonawca B doliczy zaprojektowanie i wykonanie 15 pompowni, a wykonawca C doliczy zaprojektowanie i wykonanie 50 pompowni. W żaden sposób nie można uznać, że takie oferty byłyby porównywalne w ramach jednego przedmiotu zamówienia.

2.1.54 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany dokumentacji postępowania przez:

- 1) określenie dokładnej liczby pompowni, które wykonawca ma zaprojektować i wykonać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, lub
- 2) określenie minimalnej liczby pompowni, które wykonawca ma zaprojektować i wykonać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, lub
- 3) wyodrębnienie z formularza oferty ceny za zaprojektowanie i wykonanie 1 sztuki pompowni i wprowadzenie do umowy postanowień określających sposób zapłaty za zaprojektowanie i wykonanie pompowni, jako oddzielnej płatności (oddzielnego wynagrodzenia).

Liczba oczyszczalni

2.1.55 Zgodnie z pkt 1.2 PFU, „Ogólna ilość oczyszczalni w podziale na typoszereg może ulec zmianie po wizji lokalnej wykonanej przez jednostkę projektową na poszczególnych działkach”. Oznacza to, że składając ofertę w postępowaniu, wykonawca nie wie, jaką cenę

ma zaoferować. Wynika to z braku pewności co do liczby oczyszczalni w podziale na typoszereg.

2.1.56 Najprościej rzecz ujmując – im oczyszczalnia ma obsłużyć większą liczbę RLM, tym jej koszt jest większy. Tak samo, im oczyszczalnia ma obsłużyć mniejszą liczbę RLM, tym jej koszt będzie mniejszy.

2.1.57 Zamawiający, wprowadzając w zasadzie dowolną możliwość zmiany wielkości oczyszczalni (nie zostało bowiem wskazane, że nie ma możliwości dokonania zmiany wielkości na takie, które mają obsłużyć 10 RLM) doprowadza do sytuacji, w której wykonawca nie wie, jak ma skonstruować cenę.

2.1.58 Czy ma się to odbyć w oparciu o dane przekazane przez Zamawiającego, przy założeniu, że nic się w tym zakresie nie zmieni?

Czy może jednak powinien wycenić realizację jak dla największych wymaganych oczyszczalni, skoro istnieje taka możliwość? Czy może jest jeszcze inny sposób przyjęcia założeń do sporządzenia oferty?

2.1.59 Takie pytania i wątpliwości oznaczają, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niepełny, a zatem nie jest zgodny z przepisem art. 99 ust. 1 PZP.

2.1.60 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) wskazania dokładnej liczby oczyszczalni w podziale na wielkość (liczbę RLM) przy zaznaczeniu, że jest to liczba niezmienna, lub

2) wskazania dokładnej liczby oczyszczalni w podziale na wielkość (liczbę RLM) przy zaznaczeniu, że istnieje możliwość dokonania zmiany liczny wymaganych oczyszczalni w ten sposób, że zmianie ulegnie nie więcej niż 10% wszystkich oczyszczalni.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 lutego 2023 r. (pismo z dnia 31 stycznia 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał:

AD I. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP

Odwołujący w pkt od 2.1.1 do 2.1.8 wyjaśnia jak powinno opisywać się przedmiot zamówienia wskazując przy tym, że nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub

pochodzenia, przywołuje przy tym wyrok KIO i jednocześnie nie wskazuje na konkretne naruszenie ustawy Pzp w niniejszej sprawie. W tym zakresie w ocenie Zamawiającego Odwołanie nie zawiera uzasadnionych zarzutów i winno podlegać oddaleniu.

W dalszej części Odwołujący zarzuca przywołanie nieobowiązującego Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego zamiast Rozporządzenie 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 wskazując że w sposób istotny wpływa to na opis przedmiotu zamówienia, gdyż determinuje to nieprawidłowość jego wykonania.

Należy się zgodzić z Odwołującym w kwestii przywołania błędnej podstawy prawnej i w tym zakresie Zamawiający wskazuje iż w wyniku modyfikacji sprostował błędną podstawę prawną. W związku z tym, iż zarzut ten został już uwzględniony w toku czynności Zamawiającego to w tym zakresie odwołanie jest nieuzasadnione i winno podlegać oddaleniu.

Na marginesie należy zaznaczyć że w obu rozporządzeniach (zarówno, w tym z 2014 r. i w tym obowiązującym z 2019 r.) bliźniacze są tabele dotyczące, najwyższych dopuszczalnych wartości wskaźników zanieczyszczeń albo minimalnych procentów redukcji zanieczyszczeń dla ścieków bytowych lub komunalnych wprowadzanych do wód lub do ziemi. Omyłka w zakresie powołania nieobowiązującego rozporządzenia zatem nie ma miała żadnego znaczenia w kwestii do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia i nie determinowała w nieprawidłowość jego wykonania niemniej jednak w wyniku modyfikacji w całości poprawiono kwestionowane zapisy w PFU.

Wymóg zaoferowania oczyszczalni o określonych parametrach

Kolejno odnosząc się do pkt.2.1.9 do 2.1.22 Odwołania (wymagania wykonania oczyszczalni z określonych materiałów i określona technika) Zamawiający podtrzymuje zapisy z II rozdziału ust. 2.2. PFU oraz zapisy zawarte w parametrach równoważności.

Wyjaśniam iż z uwagi na ciężkie warunki gruntowe panujące na terenie gminy Wojciechowice, Zamawiający oczekuje zaoferowania oczyszczalni ścieków, o wysokich parametrach wytrzymałościowych zbiorników. Postawienie wymagań, co do minimalnych parametrów, jakie

mają spełniać produkty, jest zatem dopuszczalne i nie stoi w sprzeczności z przywołaną normą w PFU. Wskazując na wymagane parametry Zamawiający określa swoje wymagania co do jakości produktu który ma być zastosowany, wykluczając przy tym ryzyko rozszczelnienia przez rozkręcenie czy też rozklejenie zbiorników. Opierając się na doświadczeniu Zamawiającego i Projektanta należy zaznaczyć, że produkty klejone, skręcane i spawane, które spełniały wymagane normy są podatne na niekontrolowane rozszczelnienia z uwagi na ich konstrukcję zaś takie przypadki nie występują w zbiornikach których wymaga Zamawiający. Z tego powodu dopuszczenie wszelkich rozwiązań zgodnych tylko z Normą bez stawiania parametrów jakościowych jest niewystarczające, gdyż nie gwarantuje przy występujących warunkach gruntowych w miejscu montażu oczyszczalni osiągnięcia zakładanego celu jakościowego i trwałości.

Wymóg zaferowania oczyszczalni o niskim zużyciu energii elektrycznej

W pkt.2.1.23 do 2.1.33 Odwołanie kwestionuje wymóg żądania oczyszczalni niskoemisyjnych.

Zamawiający w dobie kryzysu energetycznego i obowiązku dbania o środowisko ma prawo i obowiązek wymagać, aby zaoferowane przydomowe oczyszczalnie ścieków, były tanie w eksploatacji co będzie również przekładało się na ochronę środowiska. Odwołujący mija się z prawdą, twierdząc, że w pkt.2.1.25 odwołania, nie ma oczyszczalni dla 4RLM. Większość typoszeregów przydomowych oczyszczalni ścieków, produkowanych na terenie UE, zaczyna się od takiej przepustowości nominalnej, dlatego też, producenci do badań efektywności oczyszczania przekazują, w znacznej większości te oczyszczalnie (przepustowość nominalna 0,6m³/d).

W trakcie tych badań jest ustalane zużycie dobowe energii elektrycznej dla badanej oczyszczalni ścieków. Jest wiele przydomowych oczyszczalni ścieków, które charakteryzują się zużyciem dobowym energii elektrycznej równym lub mniejszym od 0,48 kWh. W żadnej mierze, wymaganie zużycia energii elektrycznej na tym poziomie, nie stanowi, nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Parametr zużycia energii elektrycznej na 1RLM, został użyty, tylko dla możliwości matematycznego porównania ofert, w przypadku gdyby, któryś z oferentów zaproponował typoszereg oczyszczalni, zaczynający się od oczyszczalni, o przepustowości nominalnej większej niż 4RLM przy 0,6m³/d.

Wywody Odwołującego, wskazujące na przeliczenia energochłonności są nietrafione, gdyż wskazują na zaoferowanie oczyszczalni niezgodnych z PFU. Należy zaznaczyć, że

przepustowości nominalne, dla każdego typu oczyszczalni, zostały opisane w PFU oraz SWZ, przy określeniu ilości przydomowych oczyszczalni ścieków, w podziale na ich przepustowość nominalną.

Zgłoszenie wodnoprawne.

W odniesieniu do pkt. 2.1.46 do 2.1.49 Odwołania wskazuję iż Zamawiający nie posiada zgłoszeń wodnoprawnych.

Wyjaśniam również iż 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, 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. Zgłoszenia wodnoprawne, będą realizowane, przez wybranego Wykonawcę, na podstawie udzielonych mu pełnomocnictw, na etapie projektowania i zgłaszania do budowy poszczególnych przydomowych oczyszczalni ścieków.

W PFU wskazano, że:

"1.2.1. Projektowanie

Wykonawca uzyska wszelkie uzgodnienia, opinie i decyzje administracyjne, wymagane zgodnie z prawem polskim oraz prawem miejscowym niezbędne dla zaprojektowania, wybudowania, uruchomienia i przekazania PBOŚ do rozruchu i następnie eksploatacji."

Pompownie.

Zarzut w zakresie ilości pompowni (pkt.2.1.50 do 2.1.54 Odwołania), Zamawiający uznaje za zasadny i w tej części wskazuje iż dokonał modyfikacji treści SWZ przez wskazanie, że do wyceny należy przyjąć 25 szt. pompowni ścieków oczyszczonych oraz 2 szt. ścieków surowych. Faktyczna ilość pompowni będzie rozliczona w oparciu o faktyczną ilość zainstalowanych, przyjmując ceny jednostkowe pompowni wskazane w kalkulacji o której mowa w rozdz. XXI SWZ. W związku z tym, iż zarzut ten został już uwzględniony w toku czynności Zamawiającego to w tym zakresie odwołanie jest nieuzasadnione i winno podlegać oddaleniu.

Liczba oczyszczalni.

Odnosząc się do pkt.2.1.55 do 2.1.60 Odwołania wskazuję iż liczba oczyszczalni w podziale na ich przepustowość, jest podana w PFU, pkt.1.2 „Zakres zamówienia”.

Dodatkowo wskazuję iż Odwołujący wniósł odwołanie na tożsame zapisy związane z opisem przedmiotu zamówienia opracowane przez projektanta w sąsiedniej gminie, które to odwołanie zostało oddalone (sygn. akt. KIO 3173/22).

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00036395/01 z dnia 17 stycznia 2023 r.

W dniu 23 stycznia 2023 r. wykonawca **M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie** wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 PZP, tj. w sposób niepełny i niewskazujący na pełny zakres przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP:

1) art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 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;

2) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który nie opisuje pewnych wymogów dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, **podczas gdy** obowiązkiem Zamawiającego było opisanie przedmiotu w ten sposób, że wskazane zostaną w nim wszystkie wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę **M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie**, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp:

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.

Zgodnie z art. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy

PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 2.1.9 – 2.1.22 znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez określenie przez Zamawiającego wymogu wykonania oczyszczalni z określonych materiałów i określoną techniką, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem III ust. 1 SWZ oraz rozdziałem I ust. 1 PFU, przedmiotem zamówienia są roboty budowlane projektowane przez Wykonawcę polegające na zaprojektowaniu, dostawie, montażu i rozruchu przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków (PBOŚ) legitymujących się zgodnością PN-EN 12566-3+A2:2013 na terenie gminy Wojciechowice w ilości 50 sztuk.

Izba zważa, że w rozdziale II ust. 2.2. PFU, Zamawiający wskazał, że: *„Zbiorniki oczyszczalni ścieków mogą być wykonane z GRP lub PEHD metodą rozdmuchu lub rotomouldingu. Z uwagi na możliwość niekontrolowanego rozszczelnienia w gruncie nie dopuszcza się zastosowania zbiorników spawanych, zgrzewanych lub skręcanych śrubami”*, natomiast w parametrach równoważności oczyszczalni w pkt 1 PFU Zamawiający wymagał: *„Zbiornik jednobryłowy, całkowicie monolityczny (bez połączeń spawanych, zgrzewanych, śrubowych, klejonych i.t.p.), z GRP, betonu, polietylenu z ozebrowaniem, wytwarzany metodą rotomuldingu lub rozdmuchu, w jednym procesie technologicznym”*.

Biorąc powyższe pod uwagę należy przede wszystkim wskazać, iż argumentacja Odwołującego opiera się na założeniu, że Zamawiający powinien dopuścić wszelkie możliwe

rozwiązania (w tym materiały i technologie), które posiadają deklarację zgodności z normą PN-EN 12566-3+A2:2013. W ocenie Izby Zamawiający jest w pełni uprawniony, aby oczekiwać dostarczenia produktów zgodnych z normą i posiadających dodatkowo pewne konkretne parametry poprzez wskazanie jedynie części technologii czy materiałów wynikających z normy, jednakże, co chciałaby w tym miejscu podkreślić Izba, muszą być one uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, tj. udowodnił, że tak skonstruowany wymóg przez Zamawiającego jest nieuzasadniony, a potrzeby Zamawiającego w zakresie zapobiegania rozszczelnieniu mogą zostać zaspokojone również w przypadku dopuszczenia zbiorników niemonolitycznych.

Na dowód powyższego Odwołujący złożył dowody na posiedzeniu (pismo z Gminy Bystra – Sidzina z dnia 19 grudnia 2022 r. o zamontowaniu oczyszczalni w latach 2021-2022 r., pismo z Gminy Tuchów z dnia 19 grudnia 2022 r. o zamontowaniu oczyszczalni w latach 2021-2022 r., pismo z Gminy Szczurowa z 21 grudnia 2022 r. o zamontowaniu oczyszczalni w 2021 r., pismo z Gminy Rzepiennik Strzyżewski z dnia 19 grudnia 2022 r. o zamontowaniu oczyszczalni w 2018 r., pisma z Gminy Ciężkowice z dnia 19 grudnia 2022 r. o zamontowaniu oczyszczalni w 2015 r. oraz w latach 2018-2019), na podstawie których wynika jednoznacznie, że w stosunku do zbiorników o konstrukcji niemonolitycznej „nie odnotowano przypadków niekontrolowanego rozszczelnienia, odkształcenia ani innych awarii zbiorników oczyszczalni”, a które zostały zamontowane w trudnych warunkach gruntowych (grunt kamienisto-gliniasty, wysoki poziom wód gruntowych).

Niezależnie od powyższego, Izba zważyła, że z dowodów Odwołującego w postaci pisma Gminy Pietrowice Wielkie z dnia 30 stycznia 2023 r. oraz pisma Urzędu Miasta i Gminy Wieliczka z dnia 30 stycznia 2023 r., jak również dowodów w postaci zdjęć, broszur wynika, że również zbiorniki monolityczne instalowane, np. przez producenta PPUH EURO-PLAST czy KESSEL Sp. z o.o. ulegają awariom.

Tym samym konfrontując ww. dowody z stwierdzeniem Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że: „Opierając się na doświadczeniu Zamawiającego i Projektanta...produkty klejone, skręcane i spawane....są podatne na niekontrolowane rozszczelnienia z uwagi na ich konstrukcję, zaś takie przypadki nie występują w zbiornikach których wymaga Zamawiający”, jak również na rozprawie „Na zbiornikach, które nie były monolityczne częściej były narażone na czynniki zewnętrzne np. na zgniatania, działanie gruntu czy wody” są w ocenie Izby stwierdzeniami gołosłownymi i niewiarygodnymi.

Izba wskazuje, że 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*, a których to dowodów na poparcie swoich twierdzeń Zamawiający nie złożył do zamknięcia rozprawy.

Podobnie, zdaniem Izby, nie potwierdziło się stwierdzenie Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że ze względu na: „ciężkie warunki gruntowe panujące na terenie gminy Wojciechowice, Zamawiający oczekuje zaoferowania oczyszczalni ścieków, o wysokich parametrach wytrzymałościowych zbiorników”, po pierwsze dlatego, iż z dowodów Odwołującego wynika, że zbiorniki niemonolityczne zamontowane były w trudnych warunkach gruntowych (grunt kamienisto-gliniasty, wysoki poziom wód gruntowych) w stosunku do których „nie odnotowano przypadków niekontrolowanego rozszczelnienia, odkształcenia ani innych awarii zbiorników oczyszczalni”, a po drugie, jak słusznie zauważył Odwołujący, zbiorniki mają być wodoszczelne oraz posiadać deklarowaną przez producenta wytrzymałość konstrukcji i w tym zakresie są badane w laboratorium notyfikowanym zgodnie z zapisami normy PN-EN 12566-3+A2:2013 (nie było to kwestionowane przez Zamawiającego na rozprawie). Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył dowody w postaci deklaracji właściwości użytkowych AQUATECH S.A, GRAF Polska Sp. z o.o., PPHU EURO-PLAST R. W., z których wynika, że w przypadku wodoszczelności i wytrzymałości na zgniatanie mamy do czynienia z wynikiem pozytywnym, co w ocenie Izby spełnia oczekiwania Zamawiającego w postaci „wysokich parametrach wytrzymałościowych zbiorników”.

Konkludując, Izba doszła do przekonania, że w realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z naruszeniem przepisów art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy PZP przez Zamawiającego w postaci ograniczenia konkurencji, które nie znajduje racjonalnego i obiektywnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2.1.5 – 2.1.8 i 2.1.50 – 2.1.54 odnoszących się odpowiednio do wymagań wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie nieobowiązujących przepisów oraz pompowni, ze względu na uwzględnienie ww. zarzutów przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Nadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2.1.23 – 2.1.33, 2.1.46 - 2.1.49 i 2.1.55-2.1.60 odnoszących się odpowiednio do zużycia energii elektrycznej, zgłoszenia wodnoprawnego oraz liczby oczyszczalni, ze względu na cofnięcie

tych zarzutów przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: