

**WYROK**

**z dnia 15 września 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2022 r. przez wykonawcę **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Strzelce, ul. Leśna 1, 99-307 Strzelce**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

- 1.1. zarzutu nr 1 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie będzie wewnętrznie sprzeczny i będzie pozwalał wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty oraz będzie przedstawiał rzetelnie wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,
- 1.2. zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami,

- 1.3. zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równowagę, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych,
  - 1.4. zarzutu nr 5 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę operatorów maszyn i urządzeń, podczas gdy wymóg tak określony jest wymogiem nadmiernym, ograniczającym uczciwą konkurencję i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia,
  - 1.5. zarzutu nr 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie pozacenowego kryterium oceny ofert „Energochłonność”, podczas gdy kryterium to w żaden sposób nie umożliwia Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej biorąc pod uwagę rozwiązanie rzeczywiście korzystniejsze oraz prowadzi do nieporównywalności złożonych ofert,
  - 1.6. zarzutu nr 7 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 433 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie wzoru umowy zawierającego postanowienia umowne dotyczące kar umownych za „opóźnienie”, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie kar umownych za „zwłokę”, gdyż kary za „opóźnienie” nie wynikają z żadnych szczególnych okoliczności zakresu zamówienia.
2. Oddala odwołanie.
  3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa** i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
    - 2.2. zasądza od wykonawcy **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Gminy Strzelce, ul. Leśna 1, 99-307 Strzelce** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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**

Gmina Strzelce, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Poprawę gospodarki wodno-ściekowej w gminie Strzelce, poprzez budowę stacji uzdatniania wody zlokalizowanej w Muchnicach Nowych oraz budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Strzelce – Zadanie Nr 1 budowa przydomowych oczyszczalni ścieków”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 sierpnia 2022 r., nr 2022/BZP, poz. 00322600/01.

W dniu 1 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny,
- 2) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
- 3) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, tj. w sposób dopuszczający, pozornie, możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych,
- 4) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. w sposób niezgodny z właściwymi normami regulującymi przedmiot zamówienia,
- 5) zawarciu wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób w sposób niezgodny z przepisem art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zatrudnienie na podstawie umowy o pracę „operatorów maszyn i urządzeń”,
- 6) przygotowaniu pozacenowego kryterium oceny ofert „Energochłonność” w sposób niezgodny z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. w sposób niejednoznaczny i jednocześnie taki, który pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach,

- 7) przygotowaniu projektowanych postanowień umownych w sposób niezgodny z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w sposób, w którym wykonawca ma ponosić odpowiedzialność za opóźnienie, mimo że nie wynika to z okoliczności zamówienia oraz zakresu zamówienia,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie będzie wewnętrznie sprzeczny i będzie pozwalał wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty oraz będzie przedstawiał rzetelnie wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,
2. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami,
3. art. 99 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równowagę, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych,
4. art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do normy i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia określonych elementów dotyczących realizacji postanowień normy, podczas gdy wymogi wynikające wprost z właściwej normy są odmienne aniżeli uczynił to Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia,
5. art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę operatorów maszyn i urządzeń, podczas gdy wymóg tak określony jest wymogiem nadmiernym, ograniczającym uczciwą konkurencję i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia,
6. art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie pozacenowego kryterium oceny ofert „Energochłonność”, podczas gdy kryterium to w żaden sposób nie umożliwia Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej biorąc pod uwagę rozwiązanie rzeczywiście korzystniejsze oraz prowadzi do nieporównywalności złożonych ofert

7. art. 433 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie wzoru umowy zawierającego postanowienia umowne dotyczące kar umownych za „opóźnienie”, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie kar umownych za „zwłokę”, gdyż kary za „opóźnienie” nie wynikają z żadnych szczególnych okoliczności zakresu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania oraz 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 wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący podniósł m.in., że przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z wymogami przewidzianymi w przepisie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, tj. został sporządzony w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia. Dotyczy to:

1. Harmonogramu:

Zgodnie z treścią postanowienia § 2 ust. 4 wzoru umowy, „Najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zaakceptowania harmonogram rzeczowy realizacji mowy”. Natomiast zgodnie z treścią § 2 ust. 2 wzoru umowy, Zamawiający przekaze Wykonawcy teren budowy w terminie do 3 dni od dnia zawarcia umowy. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający może przekazać wykonawcy teren budowy w dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, istnieje możliwość, że już w dniu zawarcia umowy Wykonawca będzie zobowiązany do złożenia harmonogramu rzeczowego realizacji umowy, nie wiedząc tak naprawdę aż do momentu przekazania terenu budowy, kiedy dojdzie do takiej okoliczności.

Powiązanie zatem konieczności złożenia harmonogramu z przekazaniem terenu budowy stanowi o niejednoznaczności przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem Zamawiający zastrzegł sobie możliwość naliczenia kar umownych za nieprzekazanie w terminie harmonogramu (§ 13 ust. 6 wzoru umowy) to termin przekazania harmonogramu rzeczowego winien zostać oderwany od terminu przekazania terenu budowy. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowienia § 2 ust. 4 umowy w ten sposób, że zostanie wskazany realny termin złożenia harmonogramu rzeczowego realizacji inwestycji, np. o następującej treści – „Wykonawca, w terminie do 5 dni od dnia zawarcia umowy,

przedłoży Zamawiającemu do zaakceptowania harmonogram rzeczowy realizacji umowy”.

Zgodnie z treścią postanowienia § 3 ust. 2 pkt 25) wzoru umowy, do obowiązku wykonawcy należy aktualizacja harmonogramu rzeczowego na każde wezwanie Zamawiającego. Takie ukształtowanie postanowienia § 3 ust. 2 pkt 25) w sposób znaczący wpływa na sposób realizacji przedmiotu zamówienia, wprowadzając w tym zakresie znaczącą niejednoznaczność przyszłego przedmiotu zamówienia. Zwrócić bowiem należy uwagę na to, że przez powyższe postanowienie Zamawiający nabywa uprawnienie, de facto, do kształtowania sposobu realizacji przedmiotu zamówienia po upływie terminu składania ofert. Może się zdarzyć bowiem taka sytuacja, w której Zamawiający tak nakaze modyfikację harmonogramu rzeczowego, że realizacja przedmiotu zamówienia stanie się dla Wykonawcy nieopłacalna lub dużo bardziej kosztowna. Dodatkowo, może się zdarzyć taka sytuacja, w której to Zamawiający decyduje samodzielnie o realizacji przedmiotu zamówienia (realnie – przedmiotu umowy) na etapie po upływie terminu składania ofert, a nie na podstawie złożonej oferty, złożonego przez wykonawcę harmonogramu rzeczowego. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SWZ w ten sposób, że wykreślone zostanie postanowienia § 3 ust. 2 pkt 25) wzoru umowy.

Zgodnie z treścią postanowienia § 3 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy, obowiązkiem Wykonawcy jest ustalenie terminu robót budowlanych w konkretnych lokalizacjach z właścicielami nieruchomości z wyprzedzeniem 3 dni przed planowaną datą robót. Wskazać w tym miejscu należy, że postanowienie takie jest wprost sprzeczne z istotą przygotowania i złożenia harmonogramu rzeczowego realizacji inwestycji oraz prowadzi do niemożliwego do przewidzenia sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Nie jest możliwym, aby w tak krótkim czasie, było możliwe ustalenie terminu robót w konkretnych lokalizacjach. Zamawiający nie przewiduje przy tym żadnej procedury „naprawczej” lub „wyjścia” z tej sytuacji. Nie powinno bowiem stanowić problemu wyobrażenie sobie sytuacji, w której właściciela nieruchomości (a takiej osoby przecież Zamawiający wymaga) po prostu fizycznie nie będzie można zastać w określonej lokalizacji (urlop, pobyt w szpitalu, czy wręcz zupełnie prozaiczna niechęć do wyznaczenia odpowiedniego terminu). Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia § 3 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy lub zmianę postanowienia § 3 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy w ten sposób, że to Zamawiający będzie odpowiedzialny za uzyskanie informacji o terminach robót w określonych lokalizacjach.

2. Sporządzenia kosztorysu metodą kalkulacji szczegółowej – po zawarciu umowy: Zgodnie z treścią postanowienia § 2 ust. 5 wzoru umowy, Wykonawca jest

zobowiązany do opracowania i dostarczenia Zamawiającemu nie później niż w dniu przekazania terenu budowy kosztorysu z podziałem na poszczególne elementy opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej. Zamawiający przyjął ryczałtowy sposób rozliczenia w umowie. Wobec powyższego zupełnie bezzasadne jest wymaganie sporządzenia, już po zawarciu umowy i mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia, kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej. Jest to wymaganie nadmierne i nieprzystające do przedmiotu zamówienia. Dlatego też Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na usunięciu § 2 ust. 5 wzoru umowy.

3. Informacji o przebiegu instalacji w ramach danej lokalizacji:

Zgodnie z treścią postanowienia § 3 ust. 5 wzoru umowy, to na Wykonawcy spoczywa ciężar uzyskania informacji o przebiegu instalacji w ramach danej lokalizacji. Takie postanowienie jest wprost niezgodne z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż przenosi ciężar sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (jednoznacznego) na Wykonawcę. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności usunięcia postanowienia § 3 ust. 5 wzoru umowy.

4. Wykonania dokumentacji projektowej:

Zgodnie z postanowieniem § 12 ust. 1 wzoru umowy, Wykonawca jest zobowiązany zapewnić wykonanie dokumentacji projektowej. Przedmiotem zamówienia jest przy tym budowa, a nie zaprojektowanie i budowa. Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z postanowienia § 12 ust. 1 wzoru umowy wymogu sporządzenia dokumentacji projektowej.

5. Zgłoszenia robót budowlanych:

Zamawiający nie udostępnił zgłoszeń robót budowlanych. W dokumentach zamówienia brak jest w ogóle wyraźnej informacji, że Zamawiający dokonał zgłoszeń robót i nie został wobec nich złożony sprzeciw. Istotna jest również data rozpoczęcia robót podana w zgłoszeniach. Roboty budowlane należy rozpocząć przed upływem trzech lat od określonego w zgłoszeniu terminu ich rozpoczęcia. W przeciwnym razie konieczne jest ponowne zgłoszenie (art. 30 ust. 5b Prawa budowlanego). Zgłoszenie robót w obecnym stanie prawnym musi być poprzedzone dokonaniem zgłoszenia wodnoprawnego na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1549), obowiązującej od 9 sierpnia 2022 r.). Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu umowy w terminie dwóch miesięcy, co jest możliwe tylko dla robót budowlanych i tylko przy założeniu, że nie zachodzi konieczność dokonania powtórnych zgłoszeń. Wykonawca przed



złożeniem oferty powinien uzyskać wyczerpujące informacje na temat wszystkich zgłoszeń, zgód, opinii itp. wymaganych do rozpoczęcia robót.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, Zamawiający przekaze wykonawcy zgłoszenia dopiero w dniu przekazania terenu budowy. Nie pozwala to na uznanie, że Wykonawca chcący złożyć ofertę w postępowaniu posiada wszystkie niezbędne informacje – oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób sprzeczny z wymogami art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wszystkich zgłoszeń budowlanych jako element opisu przedmiotu zamówienia, a nie dopiero na etapie po zawarciu umowy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że 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. Odwołujący wskazał, że opisu dokonano na podstawie nieobowiązujących przepisów, tj. ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne, która utraciła moc z dniem 1 stycznia 2018 r., 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, które utraciło moc z dniem 2 lipca 2019 r. Powyższe w sposób istotny wpływa na opis przedmiotu zamówienia, gdyż determinuje to nieprawidłowość jego wykonania (niezgodność z aktualnie obowiązującymi przepisami). Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w tym projektów, na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa.

W ramach tego zarzutu Odwołujący wskazał także na oznakowanie CE podnosząc, że zgodnie z treścią postanowienia § 3 ust. 2 wzoru umowy, do obowiązków wykonawcy należy w szczególności: „7) okazania na każde żądanie Zamawiającego w stosunku do wskazanych materiałów: - certyfikatu na znak bezpieczeństwa”. Obowiązujące przepisy dotyczące wyrobów budowlanych nie przewidują obecnie takiej certyfikacji. Certyfikat na znak bezpieczeństwa wydawany był na podstawie ustawy z dnia 3 kwietnia 1993 r. o badaniach i certyfikacji oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 10 marca 2000 r. w sprawie certyfikacji wyrobów. Obydwa akty prawne utraciły moc z dniem wejścia Polski do Unii Europejskiej. Obecnie obowiązująca ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych wymaga: dla wyrobów objętych normami zharmonizowanymi – znaku CE – tak jak to określił Zamawiający dla oczyszczalni ścieków, dla wyrobów nieobjętych normami

zharmonizowanymi i dla których nie została wydana europejska ocena techniczna – znaku budowlanego. Jednocześnie, jeśli wyrób budowlany został legalnie wprowadzony do obrotu w jednym państwie członkowskim, może być udostępniany także w innych państwach (na całym rynku krajowym). Zamawiający nie może więc żądać przedstawienia certyfikatu na znak bezpieczeństwa, który nie jest obecnie objęty obowiązkową procedurą na terenie Polski. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcie wymogu z dokumentów zamówienia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że kwestie związane z rozwiązaniami równoważnymi zostały przez Zamawiającego opisane w rozdziale 5 ust. 5.9 SWZ. Co prawda, czysto teoretycznie, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Jednakże, jest to równoważność pozorna.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści rozdziału IV ust. 4.4. SWZ poprzez dokładne określenie kryteriów równoważności.

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisu art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe do ukrycia, że przedmiot zamówienia w sposób jasny musi korespondować z warunkami określonymi przez normę PN-EN 12566-3+A2:2013. Sam Zamawiający też próbuje nawiązać do tej normy. Robi to jednak w sposób nieprawidłowy. Z jednej strony jednak, Zamawiający wymaga zgodności urządzeń z normą PN EN 12566-3+A2:2013, z drugiej zaś strony, wprowadza wymagania niezgodne z tą normą. Wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych są sprzeczne ze sobą. Z jednej strony Zamawiający wymaga, aby oferowane oczyszczalnie były zgodne z normą 12566- 3+A2:2013, a z drugiej strony wprowadza wymagania odmienne niż przewiduje to norma. Ma to szczególne znaczenie zwłaszcza w odniesieniu do materiału, z jakiego mają być wykonane oczyszczalnie. W pkt 5.4. SWZ Zamawiający sformułował następujące parametry techniczne oczyszczalni. Analogicznie wymagania podano w pkt 1 STWiORB. Opisane powyżej wymagania Zamawiającego są niezgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, gdyż norma w pkt 6.5 Durability w sposób szczegółowy określa przy użyciu jakich technologii i jakich materiałów mogą być wykonane zbiorniki oczyszczalni. Norma nie wyklucza urządzeń pracujących w technologiach SBR i 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. Wymaganie takie zatem jest wprost niezgodne z normą. Również opis równoważności w tym zakresie nie spełnia wymogów 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 narusza wprost postanowienia tej normy. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normą, tj. poprzez wykreślenie wymogu wykonania oczyszczalni z określonego materiału, w określony sposób i z określonymi podziałami.

Nie istnieje powszechnie obowiązująca procedura, w której laboratorium „potwierdzałoby” schematy oczyszczalni. Norma PN-EN 12566-3+A2:2013 nie wymaga, aby w raporcie z badań, czy innym dokumencie laboratorium potwierdzało schematy urządzeń. Wobec powyższego wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia wymogu przedstawienia „schematów proponowanych oczyszczalni potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane”.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 95 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę operatorów maszyn oraz urządzeń jest nadmierny i nieprzystający do rzeczywistości gospodarczej. Osoby te, najczęściej wykonują czynności w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. Taka forma współpracy (B2B, umowa zlecenia) jest najczęściej praktykowaną w ramach realizacji tychże czynności w robotach budowlanych. Stawianie zatem wymogu, aby osoby te były zatrudnione na podstawie umowy o pracę jest wymogiem nadmiernym i ograniczającym uczciwą konkurencję. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający nie stawia wymogu posiadania określonego sprzętu czy urządzeń – w takiej sytuacji zatem, Zamawiający nie może wymagać, aby czynności wykonywane przy użyciu maszyn lub urządzeń były wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentów zamówienia w ten sposób, że usunięty z nich zostanie wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób obsługujących maszyny oraz urządzenia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że istotą kryteriów oceny ofert, co podkreśla się w motywie 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, jest umożliwienie oceny porównawczej poziomu wykonania zaoferowanego w każdej z ofert przedmiotu zamówienia. Sposób, w jaki Zamawiający określił przedmiotowe kryterium wskazuje, że punkty zostaną przyznane ofercie wtedy, gdy wykonawca zadeklaruje energochłonność oferowanej oczyszczalni. Nie wiadomo jednak, o jaką oczyszczalnię chodzi, z uwagi na fakt, że w zależności od liczby użytkowników (RLM) będzie inna energochłonność danej oczyszczalni. W prostych słowach, oczyszczalnia dla 2 RLM będzie pobierała mniej energii (prądu) niż oczyszczalnia dla 10 RLM. A to Wykonawca ma wskazać jedną wartość w formularzu oferty. Zgodnie z wymaganą przez Zamawiającego normą PN-EN 12566-3+A2:2013 badanie zużycia energii (energochłonności) oczyszczalni przeprowadza się w trakcie badania efektywności oczyszczalni, trwającego 38 tygodni,

zgodnie z pkt B.5 normy. Oznacza to, że do badań na efektywność oczyszczania (w tym zużycia energii) producenci przekazują przydomowe oczyszczalnie o różnej wielkości/przepustowości od 3 do 8 RLM, które różnią się zasadniczo zużyciem energii (energochłonnością) z powodu różnej wielkości. Nie można porównywać zużycia energii oczyszczalni dla np. 4 RLM oraz oczyszczalni dla 8 RLM – analogicznie, jak nie da się porównywać zużycia paliwa przez samochód osobowy i samochód ciężarowy. Oczywistym jest, że zużycie to będzie większe dla oczyszczalni 8 RLM, tak jak większe będzie zużycie paliwa przez samochód ciężarowy o znacznie większej pojemności silnika. Kryterium energochłonności sformułowane przez Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest to bowiem kryterium obiektywne. Faworyzuje ono wykonawców oferujących urządzenia, których producenci przekazali do badań oczyszczalnie o najmniejszej wielkości. 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. Kryterium energochłonności jest zupełnie bezzasadne i w żaden sposób nie pozwala na wybranie oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, gdyż zaprojektowane i tak są przepompownie, które zużywają energię (prąd). Jednak tego już Zamawiający nie bierze pod uwagę przy ocenie energochłonności, choć de facto w sposób znaczący wpływa na zużytą energię (prąd) jako całość systemu przydomowej oczyszczalni ścieków. Wobec powyższego Odwołujący wnioskował o nakazanie Zamawiającemu usunięcia tego kryterium oceny ofert.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 433 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że zgodnie z treścią postanowień § 13 ust. 2, 3, 5, 6 i 7 wzoru umowy, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za „opóźnienie”. Co do zasady jednak, przepis art. 433 pkt 1) ustawy Pzp wyklucza taką możliwość, umożliwiając nakładanie kar umownych na wykonawcę za „zwłokę”. W przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki, które miałyby skutkować odstąpieniem od zasady wyrażonej w przepisie art. 433 pkt 1) ustawy Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wnioskował o nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 13 ust. 2, 3, 5, 6 i 7 wzoru umowy w ten sposób, że usunięte zostaną kary umowne za „opóźnienie”, a zastąpione zostaną karami umownymi za „zwłokę”.

W dniu 7 września 2022 r. Zamawiający, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej za pomocą platformy <https://miniportal.uzp.gov.pl>, na stronie prowadzonego postępowania zamieścił informację o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 12 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7 odwołania i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu nr 4 odwołania i wnosi o jego oddalenie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7 odwołania zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, tj. zarzut dotyczący sporządzenia opisu**

**przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do normy i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia określonych elementów dotyczących realizacji postanowień normy, podczas gdy wymogi wynikające wprost z właściwej normy są odmienne aniżeli uczynił to Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale V SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 5.1. podał, że „Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac w zakresie robót budowlanych z elementami dostawy i montażu oraz uruchomieniu: 65 sztuk Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków (PBOŚ – określane także dalej w SWZ jako „instalacje”) spełniających wymogi zharmonizowanej normy: PN-EN 12566-3+A2:2013 (oznakowane znakiem CE) - o rozmiarze i lokalizacji wskazanej w dokumentacji projektowej (projekt budowlany, obmiar robót, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych), stanowiącej Załącznik Nr 1 do SWZ.”.

Nadto Zamawiający w punkcie 5.4. wyspecyfikował „Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

- a) urządzenia muszą pracować w technologii osadu czynnego,
- b) oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,
- c) przepływ dobowy oczyszczalni musi wynosić minimum 0,9 m<sup>3</sup>/dobę,
- d) oczyszczalnie muszą posiadać naziom nie mniejszy niż 1,4 m (potwierdzony w raporcie z badań),
- e) wyklucza się urządzenia, w którym proces oczyszczania ścieków odbywa się w jednym zbiorniku podzielonym grodziami, skręcanyymi, zgrzewanyymi, spawanymi (urządzenie musi być monolityczne),
- f) wyklucza się urządzenia pracujące w technologiach SBR (sekwencyjny bioreaktor),
- g) konstrukcja oczyszczalni powinna być wykonana z polietylenu metodą rotacyjną, GRP, stal, beton,
- h) schematy proponowanych oczyszczalni muszą być potwierdzone przez notyfikowane laboratorium wykonujące dane badanie typu,
- i) Zamawiający zastrzega sobie możliwość zażądania dostarczenie przez oferenta proponowanego urządzenia do siedziby Zamawiającego celem jego oględzin”.

Zamawiający w piśmie z dnia 12 września 2022 r. (odpowiedź na odwołanie) oświadczył, że uwzględnił powyższy zarzut w części dotyczącej wymogu przedstawienia przez wykonawcę w ramach przedmiotowych środków dowodowych schematów proponowanych oczyszczalni potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane, rezygnując z tego wymogu i, informując jednocześnie, że w punkcie 5.4. SWZ wprowadził następujące modyfikacje:

„Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

- a) urządzenia muszą pracować w technologii osadu czynnego,
- b) oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,
- c) przepływ dobowy oczyszczalni musi wynosić minimum 0,9 m<sup>3</sup>/dobę,
- d) oczyszczalnie muszą posiadać naziom nie mniejszy niż 1,4 m (potwierdzony w raporcie z badań),
- e) wyklucza się urządzenia, w którym proces oczyszczania ścieków odbywa się w jednym zbiorniku podzielonym grodziami, skręcanymi, zgrzewanymi, spawanymi (urządzenie musi być monolityczne),
- f) wyklucza się urządzenia pracujące w technologiach SBR (sekwencyjny bioreaktor),
- g) konstrukcja oczyszczalni powinna być wykonana z polietylenu ~~metodą rotacyjną~~, GRP, stal, beton,
- ~~h) schematy proponowanych oczyszczalni muszą być potwierdzone przez notyfikowane laboratorium wykonujące dane badanie typu,~~
- i) Zamawiający zastrzega sobie możliwość zażądania dostarczenie przez oferenta proponowanego urządzenia do siedziby Zamawiającego celem jego oględzin”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Bezspornym jest, że Zamawiający wskazał w SWZ, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac w zakresie robót budowlanych z elementami dostawy i montażu oraz uruchomieniu przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków spełniających wymogi zharmonizowanej normy: PN-EN 12566-3+A2:2013 (oznakowane znakiem CE) o rozmiarze i lokalizacji wskazanej w dokumentacji projektowej. Bezspornym jest także, że Zamawiający podał także jakie są jego oczekiwania w odniesieniu do wyspecyfikowanych w SWZ parametrów a więc materiału z jakiego ma być wykonana oczyszczalnia, jej budowy, jak i zastosowanej technologii. Przydomowe oczyszczalnie ścieków mogą być bowiem wykonane z uwzględnieniem wielu rozwiązań technologicznych oraz technicznych oczyszczających ścieki do wymaganej jakości. Oznacza to, że mogą być zastosowane różne układy technologiczne, jak np. kontenerowa oczyszczalnia z osadem czynnym, kontenerowa oczyszczalnia ze złożem biologicznym, hydrofitowe oczyszczalnie ścieków itp.

Faktem jest, że przydomowe biologiczne oczyszczalnie ścieków (PBOŚ) muszą spełniać wymogi zharmonizowanej normy PN-EN 12566-3+A2:2013. Norma potwierdza zgodność przydomowej oczyszczalni ścieków z deklarowanymi właściwościami użytkowymi. Dopuszcza ona wiele rozwiązań. Także Odwołujący we wniesionym odwołaniu wskazał, iż norma „w sposób szczegółowy określa przy użyciu jakich technologii i jakich materiałów mogą być wykonane zbiorniki”.

Przedmiot zamówienia opisuje Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający jest także zobowiązany, opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia każdorazowo wskazywać przy tym, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Opis przedmiotu zamówienia to uprawnienie i obowiązek Zamawiającego.

Zamawiający wskazał rozwiązanie czy też technologię, które ma być wykorzystana przy realizacji przedmiotu zamówienia. Wykazał przy tym, że jest to uzasadnione jego potrzebami. Wyjaśnił bowiem z jakich powodów oczekuje dostarczenia oczyszczalni opartej na określonej technologii, która – jak konsekwentnie podkreślał - odpowiada jego uzasadnionym potrzebom. Przede wszystkim podał, iż decydując się na konkretne rozwiązanie, technologię i budowę, brał pod uwagę możliwość niekontrolowanego rozszczelnienia się zbiorników (grodzi), co może zdarzyć się przy serwisowaniu urządzenia. Istotne było dla niego także aby „sterowanie cyklem napowietrzania następowało w sposób wymuszony, ciągły, bez możliwości ręcznego lub automatycznego sterowania”, gdyż „działanie oczyszczalni przy użyciu sterownika automatycznego powoduje większą awaryjność urządzenia, komplikuje jego eksploatację, podnosi koszty serwisowe oraz zwiększa koszty wymiany w przypadku awarii”. Powyższe podyktowane było jego dotychczasowym doświadczeniem wynikającym z eksploatacji już użytkowanych oczyszczalni. Wskazał także, iż na rynku funkcjonuje co najmniej kilku wykonawców mogących zrealizować tak opisane zamówienie. Tak więc okoliczność, iż odwołujący się wykonawca nie jest w stanie dostarczyć urządzenia spełniającego wymogi Zamawiającego nie oznacza, że doszło do naruszenia konkurencji. Norma dopuszcza bowiem urządzenia, z różnych materiałów i działających z zastosowaniem różnych technologii. To jednak Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, opierając się na własnych potrzebach, biorąc pod uwagę cechy i funkcjonalność zamawianego urządzenia. Zamawiający oczekuje określonego rodzaju oczyszczalni, oczyszczalni posiadającej właściwości użytkowe określone we normie.

Zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wydania wyroku jest stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wydanie wyroku musi być bowiem oparte na całokształcie okoliczności faktycznych i prawnych ustalonych w toku całego postępowania, tj. do momentu zamknięcia rozprawy. Z powyższego więc wynika konieczność uwzględniania przy wyrokowaniu czynności Zamawiającego podjętych już po wszczęciu postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba zobligowana była uwzględnić dokonane przez Zamawiającego zmiany a tym samym dokonać modyfikację



SWZ (pkt 5.4., litera g) i h)), na które Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 września 2022 r. Zamawiający wykreślił bowiem wymóg przedstawienia przez wykonawcę schematów proponowanych oczyszczalni potwierdzonych przez notyfikowane laboratorium wykonujące dane badanie typu (lit. h), jak również zmodyfikował punkt dotyczący materiału, z którego ma być wykonana oczyszczalnia oraz technologii, w której ma być zrealizowana (li. g). Dokonał także zmian wskazujących na dopuszczalność rozwiązań równoważnych. Tak więc na dzień wyrokowania stan faktyczny nie odpowiada już stanowi z chwili wnoszenia odwołania (treść postanowień SWZ z uwagi na wprowadzone modyfikacje) uległa zmianie. Tymczasem to na pierwotnej treści kwestionowanych postanowień był budowany zarzut i argumentacja dotycząca tego zarzutu. Dlatego też w zakresie części zarzutu odwołanie, z uwagi na wprowadzone modyfikacje, nie może być rozpoznane.

Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego uwzględnienia zarzutu. Kwestii tej nie rozstrzyga także rozporządzenie w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Wobec powyższego Izba nie rozpoznawała odwołania w zakresie dotyczącym zmodyfikowanych i przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie *de facto* nowych postanowień SWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....