

Sygn. akt: KIO 2027/22

Sygn. akt: KIO 2028/22

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 1 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, ul.

Penelopy 17, 03-642 Warszawa (sygn. akt: KIO 2027/22)

B. w dniu 1 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, ul.

Penelopy 17, 03-642 Warszawa (sygn. akt: KIO 2028/22)

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miedzna, ul. 11 Listopada 4, 07-106 Miedzna

przy udziale:

C. wykonawcy K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO

K.M., Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2028/22 po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 2027/22 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 25 lipca 2022 r.

(„Informacja o wyniku postępowania”), jak i wykonanie czynności uwzględnienia odwołania w całości z dnia 12 lipca 2022 r. w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 1848/22 i wynikających z nich zobowiązań spoczywających na Zamawiającym stosownie do wniosków Odwołującego sformułowanych w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 1848/22.

1B. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22:

a) Umarza postępowanie częściowo w zakresie następujących zarzutów z uwagi na ich uwzględnienie i brak sprzeciwu, tj.:

a-1) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny w zakresie - płatności w transzach - niedookreślona wartość pierwszej transzy,

a-2) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny w zakresie - rozbieżności w dokumentach zamówienia - sposób wykładni;

b) Umarza postępowanie częściowo w zakresie następujących zarzutów z uwagi na ich ich wycofanie, tj.:

b-1) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny w zakresie - braku określenia RLM,

b-2) sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny w zakresie - braku wykazania konieczności uzyskania pozwoleń wodnoprawnych;

c) Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje unieważnienie postępowania w trybie art. 256 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), gdyż wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze jego prowadzenie jest nieuzasadnione albowiem w wyniku uwzględnienia odwołania o sygn. akt: KIO 2027/22 trwa nadal wcześniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na tożsamy przedmiot zamówienia, a nie mogą być prowadzone u tego samego Zamawiającego równoległe dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tożsamy przedmiot zamówienia w tym samym trybie.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miedzna, ul. 11 Listopada 4, 07-106 Miedzna i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M.G.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa tytułem wpisu

od odwołań,

2.2. zasądza od Gminy Miedzna, ul. 11 Listopada 4, 07-106 Miedzna kwotę 27 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy),

w tym:

A. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

na rzecz M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren -
Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642

Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu
od odwołania oraz wydatków pełnomocnika,

B. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

na rzecz M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren -
Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642

Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu
od odwołania oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo
zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejsze wyrok - w terminie 14 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2027/22

Sygn. akt: KIO 2028/22

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa przydomowych
oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Miedzna”, zostało wszczęte ogłoszeniem
opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2022/BZP 00236094/01, data
zamieszczenia 04.07.2022 r. oraz

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa przydomowych
oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Miedzna”, zostało wszczęte ogłoszeniem
opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2022/BZP 00278778/01, data
zamieszczenia 27.07.2022 r.

przez Gmina Miedzna, ul. 11 Listopada 4, 07-106 Miedzna zwana dalej: „Zamawiającym”.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy
ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz.
1129), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP”.

W dniu 25.07.2022 r. Zamawiający (na miniportalu UZP) Zamawiający poinformował
w zakresie pierwszego postępowania wszczętego 04.07.2022 r. o unieważnieniu
postępowania na podstawie art. 256 NPzp w zw. z art. 16 NPzp w zw. z art. 522 ust. 1 NPzp.

W dniu 27.07.2022 r. zostało opublikowane ogłoszenie o wszczęciu (na miniportalu

UZP) nowego postępowania na tożsamy przedmiot zamówienia oraz postanowienia
Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 04.08.2022 r. sprawy
o sygn. akt: KIO 2027/22, sygn. akt: KIO 2028/22 zostały skierowane do łącznego
rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2027/22:

W dniu 01.08.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane

podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa zwany dalej: „M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania” albo

„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2027/22” wniósł odwołanie na

czynność Zamawiającego z 25.07.2022 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem).

Zarzucił naruszenie: 1) art. 256 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 522 ust. 1 PZP poprzez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy Zamawiający miał wszelkie informacje ku temu, ażeby doprowadzić do sytuacji, w której zarzuty i żądania odwołania zostaną uwzględnione w dokumentach zamówienia, jednocześnie publikując nowe postępowanie (na tożsamy zakres) 2 dni po unieważnieniu postępowania. W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami wnosił o: 1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) 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 unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, 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.

Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Miedzna”. Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00236094/01 z dnia 04.07.2022 r. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji. Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z 04.07.2022 r. SWZ udostępniona wykonawcom (w dokumentacji Postępowania) W dniu 11.07.2022 r. Odwołujący złożył odwołanie. W dniu 12.07.2022 r. Zamawiający zdecydował się uwzględnić odwołanie, wskazując w treści „Odpowiedzi na odwołanie”, że: „Zamawiający oświadcza, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym przez M. G. Ekodren - Naturalne

Systemy Oczyszczania ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa w postępowaniu „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Miedzna”. W związku z tym Zamawiający dokona zmiany w projekcie, SWZ oraz umowie z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.”. W dniu 19.07.2022 r. Zamawiający dokonał czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany SWZ, gdyż zdecydował się zmienić termin składania ofert (z 19.07.2022 r. na 02.08.2022 r.). W dniu 25.07.2022 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania „Informację o wyniku postępowania”, w której to informacji Zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie na podstawie przepisu art. 256 PZP. W dniu 27.07.2022 r. Zamawiający wszczął „nowe” postępowanie o udzielenie zamówienia, które jest tożsame przedmiotowo z unieważnionym postępowaniem. Zarzut naruszenia art. 256 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 522 ust. 1 PZP. Zgodnie z treścią przepisu art. 256 PZP, Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Zamawiający, w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania,

wskazał, że podstawą unieważnienia postępowania jest następujący argument - „W wyniku wniesionego odwołania zaistniała konieczność dokonania licznych zmian w projekcie budowlanym, SWZ oraz umowie z uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. (...) Jednocześnie zamawiający informuje, że po dokonaniu zmian w dokumentach zamówienia wynikających z treści wniesionego odwołania ogłosi kolejne postępowanie”. Po pierwsze, należy wskazać, że uzasadnienie unieważnienia postępowania miało stanowić (co się okazało, w związku z później podejmowanymi czynnościami przez Zamawiającego) wyłącznie o fikcyjnych okolicznościach związanych z koniecznością unieważnienia postępowania. Nie można bowiem nie dostrzec, że skoro Zamawiający już 2 dni po unieważnieniu postępowania wszczął kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia, które jest przedmiotowo tożsame, to nie spełnia się wymóg określony w przepisie art. 256 PZP. Dodatkowo należy podkreślić, że „nowe” postępowanie, w zasadzie, zawiera tożsame postanowienia jak to, które zostało unieważnione mimo uwzględnionego odwołania. Już biorąc samą tę okoliczność pod uwagę należałoby uznać, że Zamawiający nie miał podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 256 PZP. Niemniej jednak, kolejne argumenty podkreślają jeszcze mocniej, że czynność unieważnienia postępowania jest wadliwa. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu PZP: „Powyższa regulacja jest odzwierciedleniem motywu 81 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu (...) nie powinny być na tyle istotne, by umożliwić dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować

postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Taki przypadek wystąpiłby w sytuacji, gdy wprowadzane modyfikacje istotnie zmieniają charakter zamówienia (...) w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym w dokumentach zamówienia (...). W związku z powyższym za niedopuszczalną zmianę należy uznać w szczególności zwiększenie zakresu zamówienia, np. dodanie części zamówienia (tzw. pakietu), zmianę rodzaju zamówienia (np. z dostawy na usługi), zmianę charakteru zamówienia (np. z leasingu na sprzedaż)". Żadna z tych okoliczności nie zachodzi w niniejszej sprawie. Podkreślił dodatkowo, że krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców zamówieniem polegającym na budowie przydomowych oczyszczalni ścieków jest ograniczony. Istnieje niewielka grupa podmiotów, które biorą udział w takich zamówieniach. Jest to istotne z tego powodu, że dokonanie zmian w dokumentach zamówienia, po uwzględnieniu odwołania, nie doprowadzałoby do rozszerzenia kręgu potencjalnie zainteresowanych wykonawców. Krąg ten nie uległby żadnej zmianie. Samo doprecyzowanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, żeby był zgodny z obowiązującą normą czy przepisami, czy też dookreślenie postanowień umowy nie może być traktowane jako istotna zmiana charakteru zamówienia. Nie mogło dojść bowiem do takiej sytuacji, w której którykolwiek z zainteresowanych wykonawców musiałby „przerobić” oferowany przez siebie przedmiot zamówienia. Oferowane rozwiązania w zakresie przydomowych

oczyszczalni ścieków są stałe - podlegają bowiem badaniom na zgodność z właściwą normą. Oznacza to, że każdy z potencjalnie zainteresowanych wykonawców już dysponuje (posiada) lub będzie dysponował (po produkcji) produktem, który mógłby zaoferować w postępowaniu. Jak wskazuje się w doktrynie: „Ze zmianą charakteru zamówienia, o której mowa w tych przepisach, będziemy mieli do czynienia w sytuacjach, w których modyfikacja SWZ spowodowałaby zmianę charakteru całego zamówienia, np. przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub dochodzi do całkowitej zmiany rodzaju zamówienia. Jeżeli zatem w wyniku zmiany treści SWZ wykonawca miałby zrealizować coś zupełnie innego, niż miał pierwotnie wykonać, zgodnie z tym przepisem zamawiający będzie zobowiązany do unieważnienia takiego postępowania - przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo przed upływem terminu składania ofert” (R. Prusowski, Wyjaśnienia a modyfikacje treści specyfikacji warunków zamówienia, *Zamówienia Publiczne. Doradca*, 2020, nr 12). Podkreśla się także, iż „Przepis art. 256 n. p.z.p. nie może być narzędziem do 8/10 nieuzasadnionego unieważnienia postępowania” (J. E. Nowicki, *Tryb podstawowy bez negocjacji, Monitor Zamówień Publicznych*, 2021, nr 1). Biorąc powyższe pod uwagę: 1) Nie zmienia się charakter zamówienia (dalej będzie to budowa przydomowych oczyszczalni ścieków); 2) Nie zmienia się zakres zamówienia (dalej będzie to budowa przydomowych oczyszczalni ścieków w określonej liczbie); 3) Nie zmienia się krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców (krąg ten zawsze oznaczony jest przedmiotem zamówienia jako takim, w przypadku przydomowych oczyszczalni ścieków). Nie jest zasadna również argumentacja, że wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Już z samej okoliczności powtórnego wszczęcia (nowego) postępowania po zaledwie dwóch dniach od unieważnienia Postępowania należy wysnuć wniosek, że dalsze prowadzenie postępowania było i jest zasadne. Podkreślił należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest wszczynane w jakimś celu - w tym przypadku będzie to realizacja zadania publicznego. Nie jest to zatem „wymysł” Zamawiającego czy przeprowadzenie „procedury testowej”. Zamawiający wszczął postępowanie po to, aby wybrać ofertę i zawrzeć umowę, a następnie zrealizować przedmiot zamówienia. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych (wyrok SO w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 33/21) „Pamiętać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Służy on wszakże określonym celom. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie”. Również w orzecznictwie KIO podkreśla się, że: „Ponadto zauważyć należy, że przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku, gdyż celem postępowania o udzielenie zamówienia - jak wynika z definicji ustalonej w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp - jest wyłonienie wykonawcy i zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że przepisy o charakterze wyjątku od reguły podlegają wykładni restrykcyjnej” (wyrok KIO z dnia 5 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1078/22). 2.17 Mając powyższe na uwadze, Zamawiający w sposób bezzasadny unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia. Podkreślenia przy tym wymaga celowe działanie Zamawiającego, mające wprowadzić w błąd Odwołującego, że odwołanie zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości, wykona on wszelkie niezbędne działania w tym zakresie (aby doprowadzić dokumenty zamówienia do zgodności z żądaniami opisanymi w odwołaniu), przedłużyć termin składania ofert w postępowaniu, a następnie unieważnia postępowanie na podstawie przepisu art. 256 PZP, by za 2 dni wszcząć „od nowa” postępowanie na ten sam przedmiot. Powyższe działanie należy traktować jako nadużycie prawa do unieważnienia postępowania, przy jednoczesnym uwzględnieniu odwołania w całości. W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów PZP dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na

możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 02.08.2022 r. wezwał (na miniportalu UZP) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22:

W dniu 01.08.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa zwany dalej: „M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22” wniósł odwołanie na treść

ogłoszenia i postanowień SWZ z 27.07.2022 r. Kopie odwołania

Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Dokładnie: 1) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 PZP, tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny; 2) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję; 3) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 6

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 PZP w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 PZP, tj. w sposób niezgodny z właściwymi normami regulującymi przedmiot zamówienia. Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie: 1) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 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 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; 3) art. 99 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równoważność, 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 PZP w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 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. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o: 1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) 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.

Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Miedzna”. Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00278778/01 z dnia 27.07.2022 r. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji. SWZ udostępniona wykonawcom (w dokumentacji postępowania).

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP. 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. 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. 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). 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. 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. 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. 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 dążyć do staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców” (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1283/20). 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 8/25 otrzymaniem nieporównywalnych ofert” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2017/19). 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. 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. 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. 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 przepisach art. 99 ust. 1 PZP, tj. został sporządzony w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia.

Brak określenia RLM. Zamawiający w treści SWZ wskazał wyłącznie, że wymaga dostarczenia oczyszczalni o następujących właściwościach (Przedmiar robót): W tym miejscu odwołania fragmenty niniejszego przedmiaru - poz. 1.2.9, 1.2.10 oraz 1.2.11. Zamawiający określił zatem, w zasadzie, 3 typy wymaganych oczyszczalni: 1) o przepustowości 0,6 m³/dobę; 2) o przepustowości 0,9 m³/dobę; 3) o przepustowości 1,2 m³/dobę. 2.1.15 Zamawiający nie podał zatem w opisie przedmiotu zamówienia RLM dla poszczególnych oczyszczalni, to jest równoważnej liczby mieszkańców, rozumianej jako ładunek substancji organicznych biologicznie rozkładalnych wyrażonych jako wskaźnik pięciodobowego biochemicznego zapotrzebowania tlenu (BZT5) w ilości 60 g tlenu na dobę. Jest to podstawowy parametr charakteryzujący oczyszczalnię, zgodnie z przepisem art. 86 ust. 3 pkt 2 Prawa wodnego, którego brakuje w opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo też, wymóg wskazania określonej RLM dla każdej z zamawianych oczyszczalni wpływa na ocenę wymogów dotyczących skuteczności oczyszczania ścieków, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. poz. 1311), dalej jako „rozporządzenie MGMiŻS”, np. w § 2 pkt 3 tego rozporządzenia. Co prawda w treści dokumentu „Opis techniczny” pojawiają się wskazania dotyczące RLM, jednak są to wskazania nieskonkretyzowane i nieprzystające do niniejszego przedmiotu zamówienia. SWZ wskazuje na: RLM 4, RLM 6, RLM 8. Opis techniczny posiada załączniki graficzne dla RLM 1-4, RLM 5-6, RLM 7-8 i w tabeli „Typoszeręg oczyszczalni” wskazuje na RLM do 4, RLM 4-6, RLM 6-8, RLM 8-12. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnoszą o nakazanie

Zamawiającemu dokonania czynności doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że wskazana zostanie odpowiednia liczba RLM dla każdego urządzenia (wskazywanej nieruchomości) i wskazanie to będzie jednolite dla całej dokumentacji postępowania.

Brak wykazania konieczności uzyskania pozwoleń wodnoprawnych. Wykonanie przydomowej oczyszczalni ścieków do 5 m³/d bez pozwolenia możliwe jest tylko w ramach zwykłego korzystania z wód, czyli w celu zaspokojenia potrzeb własnego gospodarstwa domowego lub własnego gospodarstwa rolnego. Dla przykładu, budynki zakwaterowania turystycznego nie mieszczą się w zwykłym korzystaniu z wód, lecz są prowadzeniem działalności gospodarczej. W takim przypadku wymagane jest pozwolenie wodnoprawne, nawet jeśli przepustowość dobową nie przekracza 5 m³/d (art. 33, art. 34 pkt 13, art. 389 pkt 2, art. 395 pkt 7 Prawa wodnego). Jest to o tyle istotne, że do uzyskania pozwolenia wodnoprawnego konieczne jest m.in. sporządzenie operatu wodnoprawnego. Powoduje to znacznie wyższe koszty na etapie projektowym, ponieważ zwiększa liczbę pracowni koniecznych do wykonania i pozwoleń do uzyskania. Koszty dokumentacji dla różnych oczyszczalni (np. 5 RLM i 45 RLM) będą diametralnie różne. Do ustalenia kosztu wykonania dokumentacji projektowej dla każdej oczyszczalni konieczne są ww. informacje, których Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie podał. 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. Z taką sytuacją mamy do czynienia właśnie w niniejszym postępowaniu, gdzie poprzez niewykazanie, na których nieruchomościach konieczne będzie uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego, nie jest dokładnie wiadomym, jaki jest przedmiot zamówienia. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób nieprawidłowy (niejasny lub niepełny), doprowadza nie tylko do niezgodności dokonanego opisu przedmiotu zamówienia z wymogami określonymi w przepisach art. 99 ust. 1 PZP, ale przez to również prowadzi do sytuacji, w której będziemy mieli do czynienia z nieporównywalnością złożonych ofert. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że wykonawcy chcący złożyć ofertę w postępowaniu mogą wziąć do kalkulacji ceny ofertowej i zakresu zamówienia różne możliwości: 1) Cały zakres zamówienia jest objęty koniecznością uzyskania pozwoleń wodnoprawnych; 2) Wykonawca nie musi uzyskiwać pozwoleń wodnoprawnych (przedmiot zamówienia nie przewiduje

realizacji zamówienia w takich sytuacjach, w których byłoby to konieczne); 3) Wykonawca musi uzyskać pozwolenia wodnoprawne dla części wykonywanych robót (jakiej części - też z opisu przedmiotu zamówienia to nie wynika Naruszenie w tym zakresie, poprzez brak wskazania nieruchomości wymagających uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 31 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3631/21. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że wskazane zostaną nieruchomości objęte przedmiotem zamówienia oraz nieruchomości, dla których niezbędne będzie uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego lub poprzez określenie, że uzyskanie takiego pozwolenia (cała procedura) jest wyłączone z przedmiotu zamówienia.

Płatność w transzach - niedookreślona wartość pierwszej transzy. Zgodnie z treścią postanowienia § 9 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy, „I transza nie mniej niż 5% w ciągu 14 dni od dnia podpisania umowy”. Zamawiający, nie określając, ile dokładnie ma wynosić pierwsza transza płatności może prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert. Zwrócić bowiem należy uwagę na to, że jeden wykonawca może przyjąć 6%, a drugi 90%. W takiej sytuacji, poprzez niedokładne opisanie warunków zapłaty pierwszej transzy, Zamawiający doprowadza do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia i nieporównywalności złożonych ofert. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokładnego wskazania w postanowieniu § 9 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy, jaką wartość procentową ma mieć pierwsza transza płatności za realizację przedmiotu zamówienia.

Rozbieżność w dokumentach zamówienia - sposób wykładni. Zgodnie z treścią postanowień § 2 ust. 6 i 7 wzoru umowy: 6. Strony umowy ustalają, iż w razie jakichkolwiek rozbieżności lub niezgodności między: postanowieniami niniejszej umowy, dokumentacją techniczną przyjmuje się pierwszeństwo w ich stosowaniu w następującym porządku: a) umowa wraz ze zmianami (bez załączników); b) dokumentacja techniczna i jej zmiany; c) specyfikacja warunków zamówienia (z wyłączeniem dokumentacji technicznej) wraz z jej wyjaśnieniami; d) pozostałe dokumenty związane z realizacją przedmiotu umowy. Dokumentacja Projektowa, Specyfikacje Techniczne i wszystkie dodatkowe dokumenty przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego, stanowią część Umowy, a wymagania wyszczególnione w choćby jednym z nich są obowiązujące, tak jakby zawarte były w całej dokumentacji. 7. Zamawiający w przypadku, o którym mowa w ust. 6, będzie udzielał wiążących dla Wykonawcy wyjaśnień rozbieżności lub niezgodności w terminie nie dłuższym niż 7 dni od powzięcia informacji. Zamawiający przypisał sobie rolę „arbitra” w zakresie spornych okoliczności związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Jest to o tyle niewskazane, że to Zamawiający winien ponosić konsekwencje nieprawidłowo przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia (jako jego twórca), a nie wykonawca. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności opisanie sposobu wykładni rozbieżności w dokumentach stanowiących opis przedmiotu zamówienia w ten sposób, że zostanie ustalona hierarchia dokumentów, bez ingerencji i wydawania dyspozycji przez Zamawiającego w tym zakresie.

Stopień redukcji. Zgodnie z treścią rozdziału 5 Opisu technicznego: „Badania projektowanych oczyszczalni w laboratorium notyfikowanym, wykazały następujące efekty oczyszczania ścieków przez oczyszczalnię. Przy przepływie dobowym nominalnym, średnio : BZT5 - % redukcji 96 CHZT - % redukcji 94 Zawiesina - % redukcji 96 Jakość ścieków na wylocie z oczyszczalni przy nominalnym przepływie dobowym, średnio : BZT5 - 8 mg/l O2 CHZT - 33 mg/l O2 Zawiesina - 9 mg/l.” 2.1.32 Stopień redukcji ścieków podano niezgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1311). Zgodnie z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia, dla RLM oczyszczalni poniżej 2000, wartości BZT5, ChZT, Z, B, P określa się jako najwyższe dopuszczalne wartości substancji zanieczyszczających w mg/l, a nie jako minimalny stopień redukcji. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Brak udostępnienia załączników do Opisu technicznego. W dokumencie „Opis techniczny” Zamawiający powołuje się na szereg załączników. Nie zostały one jednak dołączone do dokumentów zamówienia i nie zostały opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, że opublikowane zostaną wszelkie załączniki, na które powołuje się Zamawiający w dokumentach zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP. 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. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie sporządził opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP. Przypomniat, 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 konkutowanie 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. W szczególności, Zamawiający narusza przepis art. 99 ust. 4 PZP w sytuacji, gdy, de facto, opisuje przedmiot zamówienia w sposób właściwy jednemu wykonawcy (oferowanemu przez niego rozwiązaniu), a właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Co może wzbudzać dodatkowe podejrzenia dotyczące prawidłowości dokonania czynności opisu przedmiotu zamówienia to fakt, iż w samej treści opisu przedmiotu zamówienia pojawiają się wskazania „z nazwy” podmiotu, który dokonywał opisu przedmiotu zamówienia, a którego oczyszczalnie idealnie pasują do przekazanego opisu przedmiotu zamówienia. Pozostali wykonawcy, którzy mogliby zaoferować przedmiot zamówienia nie są w stanie spełnić tak postawionych wymogów, określonych indywidualnie dla oferowanego przez ten podmiot rozwiązania. Opis dokonany na podstawie urządzenia podmiotu EMKAN-PRO Wskazał, że opis przedmiotu zamówienia stanowi wprost przeniesienie informacji z Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) oferowanego przez EMKAN-PRO rozwiązania. Dowód - Dokumentacja Techniczno-Ruchowa oczyszczalni oferowanej przez EMKAN-PRO Do tego stopnia Zamawiający przepisał rozwiązania charakterystyczne dla oczyszczalni oferowanej przez EMKAN-PRO, że nawet rysunki również zostały praktycznie skopiowane. Zgodnie z Tabelą na stronie 5 „Opisu technicznego”, oferowane oczyszczalnie mają mieć takie same parametry jak te, które EMKANPRO wskazuje na stronie 4 Dokumentacji Techniczno-Ruchowej. Już samo takie określenie determinuje nieprawidłowość sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i jego naruszanie uczciwej konkurencji. Nie ma bowiem wątpliwości, że tylko urządzenia oferowane przez EMKAN-PRO będą spełniały wymagania określone w „Opisie technicznym” (a de facto - w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej). Nawet gdyby Zamawiający w „Opisie technicznym” nie zostawił informacji, kto jest autorem opracowania, to i tak z uwagi na cechy charakterystyczne wskazane w tabeli na stronie 5 tego dokumentu (np. bardzo dokładne wymiary oczyszczalni, minimalna objętość osadnika wstępnego, minimalna objętość komory osadu czynnego) wymogi mogłyby zostać spełnione tylko przez urządzenia oferowane przez EMKAN-PRO. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że opis ten nie będzie stanowił przepisanej Dokumentacji Techniczno-Ruchowej EMKAN-PRO oraz że będzie sporządzony w sposób zgodny z wymogami normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013. Z uwagi na szeroki zakres możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący nie determinuje, jak dokładnie ma zostać sporządzony opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie - byle by nie naruszał uczciwej konkurencji i był zgodny z wymogami określonymi w ww. normie. 19/25 Wybór preferowanego urządzenia Na stronie 7 Opisu technicznego Zamawiający zawarł następującą informację: „Badania projektowanych oczyszczalni w laboratorium notyfikowanym wykazały następujące efekty oczyszczania ścieków przez oczyszczalnię (...)”. Takie sformułowanie oznacza, że Zamawiający już wie, jakie urządzenia zaoferuje wykonawcy (a w zasadzie jeden konkretny wykonawca) i jaką redukcję ścieków zapewniają te urządzenia. Stanowi to wprost o naruszeniu przepisu art. 99 ust. 4 PZP, gdyż Zamawiający preferuje jedno rozwiązanie. Ma to o tyle większe znaczenie, że w treści SWZ Zamawiający wskazuje, że „jakość ścieków oczyszczonych w zakresie BZT 5, CHZT, zawiesiny ogólnej powinna być nie gorsza niż w oczyszczalni referencyjnej opisanej w dokumentacji projektowej”. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że opis ten nie będzie faworyzował jednego rozwiązania i będzie zgodny z wymogami normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013.

Zarzut naruszenia przepisu art. 99 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 PZP 2.1.50 Kwestie

związane z rozwiązaniami równoważnymi zostały przez Zamawiającego opisane w rozdziale

IV ust. 4.4 SWZ. Co prawda, czysto teoretycznie, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Jednakże, jest to równoważność pozorna. Wskazał bowiem, że równoważność pozorna charakteryzuje się właśnie takim opisem, jaki sporządził Zamawiający w rozdziale IV ust. 4.4. SWZ. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Zamawiający dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału

w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia" (wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1414/20). W innym wyroku KIO podkreśliła, że „precyzyjne określenie granic równoważności (dopuszczalnych wartości odstępstw od parametrów produktu wzorcowego) ma istotny wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę, który zobowiązany jest wykazać, że oferowane rozwiązanie mieszczą się we wskazanych widelkach równoważności, a nie udowadniać równoważności w ogólnym, niesprecyzowanym zakresie. Przyjęcie takiej koncepcji nie zabezpieczałoby niczyjego interesu - zamawiający mógłby bowiem zachować się arbitralnie, wypaczając istotę postępowania o udzielenie zamówienia, którą jest wybór najkorzystniejszej oferty realizującej jego potrzeby, a wykonawca mógłby próbować sam ustalić sobie co w jego ocenie jest, a co nie jest równoważne i przez pryzmat jakich parametrów chciałby to wykazywać. Brak jednoznacznego uszczegółowienia co zamawiający rozumie przez "typ towaru o nie gorszych normach, parametrach i standardach techniczno-jakościowych i funkcjonalnych", przy wymaganiu od wykonawcy "wykazania w złożonej ofercie, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego", powoduje, że złożenie oferty równoważnej nie ma w postępowaniu charakteru rzeczywistego, lecz pozorny. W istocie bowiem ani zamawiający, ani wykonawca, nie wiedzą co kryje się pod tym pojemnym i nader ogólnym sformułowaniem, i brak jest jakichkolwiek obiektywnych kryteriów pozwalających na weryfikację, czy oferowany produkt w istocie jest, czy nie jest równoważny" (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2125/19). Mając

powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści rozdziału IV ust. 4.4. SWZ poprzez dokładne określenie kryteriów równoważności.

Zarzut naruszenia przepisu art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3

PZP w zw. z art. 16 PZP. 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. Opisane powyżej 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. Zamawiający w treści „Opisu technicznego” (strona 7) wskazuje, że „Oczyszczalnie SBR są zblokowanymi urządzeniami kompaktowymi. Wszystkie procesy i operacje zachodzą w szczelnych monolitycznych zbiornikach wykonanych z PE i podzielonym przegrodami z płyt PE na przestrzenie technologiczne”. Wymaganie takie jest 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. Dodatkowo, Opis jest niezgodny z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, gdyż norma w pkt 6.5 Durability w sposób szczegółowy określa przy użyciu jakich technologii i jakich materiałów mogą być wykonane zbiorniki oczyszczalni. Są to m.in. następujące technologie: 1) formowanie rotacyjne 2) formowanie metodą rozdmuchu 3) wytłaczanie 4) formowanie wtryskowe 5) formowanie wtryskowe ze spienianiem oraz m.in. następujące materiały: 1) beton 2) stal 3) Polichlorek winylu PVC-U 4) Polietylen PE 5) Tworzywo sztuczne wzmocnione włóknem szklanym (GRP) 6) Polipropylen PP. Natomiast 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:

1) Annex A (normative) Watertightness test 2) Annex C (normative) Calculation and test methods for structural behaviour Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil 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. Zgodnie z treścią pkt 4.7 SWZ „zbiornik oczyszczalni musi być monolityczny, wykonany z polietylenu dowolną metodą zgodną z normą PN EN 12566-3”. Jest to oczywista niezgodność z ww. normą, o czym zostało już wspomniane powyżej. Dlatego też, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normą, tj. poprzez wykreślenie wymogu wykonania zbiornika z określonego materiału Zgodnie z treścią rozdziału 3 ust. 1 Opisu technicznego, reaktor biologiczny „wykonany

w formie walca ze szczelnym dnem, jako zbiornik monolityczny z polietylenu, wykonany metodą formowania obrotowego odśrodkowego”. Powyższe również stanowi o naruszeniu

ww. normy. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normą, tj. poprzez wykreślenie wymogu wykonania zbiornika z określonego materiału i w określony sposób. W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów Pzp dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na możliwość złożenia oferty przez Odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 02.08.2022 r. wezwał (na miniportalu UZP) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.08.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcy K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: EMKAN-PRO K.M., Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów zwany dalej: „EMKAN-PRO K.M.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: EMKAN-PRO K.M. Stwierdził co następuje: „Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny. 1.1 Zdaniem Odwołującego Zamawiający w dokumentach przetargowych nie wskazał parametru RLM dla poszczególnych oczyszczalni. Zarzut ten jest zupełnie nietrafny ponieważ na dokumentację przetargową składają się następujące dokumenty SWZ, dokumentacja projektowa, przedmiar robót, STWiOR. Wskazywany parametr RLM został uwidoczniiony w dokumentacji projektowej na stronie 5 w tabeli „TYPOSZERE

OCZYSZCZALNI” gdzie dla poszczególnych typów oczyszczalni przyporządkowano ilość RLM, natomiast w przedmiarze robót Zamawiający określił ile oczyszczalni każdego typu przewiduje do zabudowania. Zamawiający posiada dokumentację projektową dla każdej z lokalizacji, dokumentacja ta określa który typ (wielkość oczyszczalni) przewidziany jest w każdej z 80 lokalizacji. 1.2 Pozwolenia wodno-prawne. Zarzut chybiony ponieważ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych a nie wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwoleń na budowę. 1.3 Płatność w transzach jest zarzutem nietrafnym ponieważ Zamawiający nie przewiduje płatności zaliczek na poczet realizacji robót, a w związku z tym Zamawiający określił jedynie minimalny próg płatności częściowej nie określając jej górnej granicy. Sytuacja taka jest bardzo komfortowa dla wykonawcy ponieważ może on liczyć na bieżące finansowanie zamówienia w miarę postępu prac. 1.4 Rozbieżność w dokumentach - sposób wykładni. Zarzut chybiony, jak wskazuje Odwołujący hierarchia dokumentów została czytelnie wskazana we wzorze umowy, natomiast procedura wyjaśniania ewentualnych rozbieżności jest określeniem technicznym sposobu ich wyjaśniania a nie „arbitrażowym” podejściem Zamawiającego. Należy tu wskazać że Odwołujący po wnikliwym zapoznaniu się z dokumentacją przetargową nie wskazał żadnych rozbieżności, nie wniósł też żadnego pytania w celu ich ewentualnego wyjaśnienia. 1.5 Stopień redukcji - zarzut chybiony. Wskazany stopień redukcji jaki i parametry ścieków oczyszczonych dotyczą oczyszczalni referencyjnej co wprost wynika z przywołanego w treści odwołania opisu. W dokumentacji projektowej na str 9 w tabeli nr 4 Zamawiający wskazał wymagane parametry w sposób zgodny z przywołanym Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej. 1.6 Brak załączenia dokumentów wskazanych jako załączniki w opisie technicznym - zarzut chybiony, jako przedwczesny. Odwołujący nie wskazał jakich to załączników potrzebuje do prawidłowego sporządzenia oferty a jednocześnie nie skorzystał z przysługującego mu prawa o poproszenie Zamawiającego w kwestii ewentualnych brakujących załączników. 2. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 Pzp. 2.1 Opis na podstawie urządzenia Emakn-pro. Zarzut chybiony, należy tu wskazać że w dokumentach przetargowych Zamawiający nie wskazuje żadnych znaków towarowych, podane parametry stanowią minimalne wymagania Zamawiającego w stosunku do zaproponowanych maszyn czy urządzeń. Zamawiający dopuszcza zastosowanie urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych niż oczyszczalnia referencyjna co potwierdzają zapisy SWZ pkt IV ppkt 4.4 2.2 Wybór preferowanego urządzenia. Zarzut chybiony, należy tu wskazać że w dokumentach przetargowych Zamawiający wskazuje iż oczekuje urządzenia zgodnego z normą PN-EN 12566-3 o nie gorszych parametrach niż urządzenie referencyjne. Warunki takie jak określone zostały w dokumentacji przetargowej spełniają urządzenia wielu polskich i europejskich firm np. JFC Polska, AQT WATER, Europlast, Graf

Polska, Centroplast i wielu innych. 3. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 Pzp. Zarzut chybiony ponieważ

Zamawiający wskazał precyzyjnie w SWZ pkt. IV ppkt 4.7 w zakresie jakich parametrów

należy wykazać równoważność zaproponowanych oczyszczalni. 4. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 101 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp w związku z art. 101 ust. 1 pkt. 3 oraz z art. 16 Pzp. Zarzut chybiony gdyż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w pkt. IV ppkt. 4.6 wskazał precyzyjnie z jaką normą muszą być zgodne oczyszczalnie tj. PN EN 13566-3 + A2 : 2013-10 lub nowszą oczekując jednocześnie od oferentów potwierdzenia zgodności oferowanych oczyszczalni z w/w normą. Naszym zdaniem Odwołujący mylnie interpretuje zapisy SWZ ponieważ niezbędnym warunkiem do wprowadzenia wyrobu do obrotu jest właściwe oznakowanie znakiem bezpieczeństwa CE wprowadzanego wyrobu wraz z dostarczeniem Deklaracji Właściwości Użytkowych dla tego wyrobu. Producent wystawia Deklarację WU na podstawie własnej dokumentacji technicznej wyrobu, przeprowadzonych przez Laboratorium Notyfikowane badań w zakresie opisanym w normie oraz Zakładowej Kontroli Produkcji na własną odpowiedzialność. W żadnym ze stosowanych wymagań Zamawiający nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zawartymi w

w/w normie, co więcej Zamawiający precyzyjnie określił wymagania co do przedmiotu zamówienia określając jednocześnie minimalne parametry dla zaproponowanych urządzeń.”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2027/22, sygn. akt: KIO 2028/22:

W dniu 08.08.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający odnośnie odwołania o sygn. akt: KIO 2028/22 uwzględnił odwołanie częściowo w zakresie zarzutu I c) i I d).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej w sprawie sygn. akt: KIO 2027/22 oraz KIO 2028/22.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22 załączony przez Odwołującego do odwołania:

- Dokumentacja Techniczno-Ruchowa oczyszczalni oferowanej przez K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO K.M., Pstrągi Gniewoty 6,18-300 Zambrów.

Dodatkowo w poczet materiału dowodowego w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22 Izba zaliczyła także złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Opis techniczny oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej gminy Kolno,
 - 2) Opis techniczny oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej gminy Liw,
 - 3) Opis techniczny oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej gminy Rybczewice Drugie,
- na okoliczność tego, że każdorazowo mamy do czynienia z tym samym opisem technicznym tożsamym jak w tym postępowaniu i zawsze wybierana była firma EMKAN-PRO;
- 4) Deklarację Właściwości Użytkowych wszystkich wykonawców wskazanych w przystąpieniu na okoliczność tego, że wbrew twierdzeniom Przystępującego firmy te nie będą w stanie złożyć skutecznie oferty w tym postępowaniu;
 - 5) Fragment normy EN 12566-3:2005+A2:2013 (E) odnośnie zarzutu niezgodności z normą na okoliczność materiałów, co do sposobu wykonania określając, że norma ta określa, z jakiego materiału mają być wykonane oczyszczalnie, jaką metodą i z czego ma się składać.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22 załączone przez Przystępującego na rozprawie:

- wydruki ze strony internetowej różnych producentów m.in. firmy GRAF na okoliczność wykonania z polietylenu

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie o sygn. akt: KIO 2027/2, odwołanie o sygn. akt: KIO 2028/22, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 2028/22, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 2027/22, jak i KIO 2228/22 zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2027/22 - M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania:

M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 256 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 522 ust. 1 PZP poprzez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy Zamawiający miał wszelkie informacje ku temu, ażeby doprowadzić do sytuacji, w której zarzuty i żądania odwołania zostaną uwzględnione w dokumentach zamówienia, jednocześnie publikując nowe postępowanie (na tożsamy zakres) 2 dni po unieważnieniu postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania.

Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Miedzna”. Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00236094/01 z dnia 04.07.2022 r. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji. Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z 04.07.2022 r. SWZ udostępniona wykonawcom (w dokumentacji Postępowania) W dniu 11.07.2022 r. Odwołujący złożył odwołanie. W dniu 12.07.2022 r. Zamawiający zdecydował się uwzględnić odwołanie, wskazując w treści „Odpowiedzi na odwołanie”, że: „Zamawiający oświadcza, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym przez M. G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa w postępowaniu „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Miedzna”. W związku z tym Zamawiający dokona zmiany w projekcie, SWZ oraz umowie z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.”. W dniu 19.07.2022 r. Zamawiający dokonał czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany SWZ, gdyż zdecydował się zmienić termin składania ofert (z 19.07.2022 r. na 02.08.2022 r.). W dniu 25.07.2022 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania „Informację o wyniku postępowania”, w której to informacji Zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie na podstawie przepisu art. 256 PZP. W dniu 27.07.2022 r. Zamawiający wszczął „nowe” postępowanie o udzielenie zamówienia, które jest tożsame przedmiotowo z unieważnionym postępowaniem.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba uwzględniła odwołanie, a tym samym zarzut sformułowany przez Odwołującego w odwołaniu. Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 25.07.2022 r. uznając, że zasadnie podnosił Odwołujący zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 256 NPzp w zw. z art. 16 NPzp w zw. z art. 522 ust. 1 NPzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający wszczął nowe postępowanie na tożsamy przedmiot zamówienia już dwa dni po unieważnieniu postępowania, tj. w dniu 27.07.2022 r. Niniejsze w całości przeczy uzasadnieniu przedstawionym w unieważnieniu z 25.07.2022 r., gdzie stwierdza się, że: „W wyniku wniesionego odwołania zaistniała konieczność dokonania licznych zmian w projekcie budowlanym, SWZ oraz umowie z uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (...) zamawiający informuje, że po dokonaniu zmian w dokumentach zamówienia wynikających z treści wniesionego odwołania ogłosi kolejne postępowanie.”. Zamawiający bowiem ogłosił nowe postępowanie na tożsamy przedmiot zamówienia (okoliczność bezsporna) już po dwa dni później. Nie dokonał zapowiadanych zmian, nie zmienił się charakter zamówienia, jego zakres pozostał bez zmian, nie uległ zmianie również krąg potencjalnych zainteresowanych Wykonawców. Inaczej mówiąc wbrew stwierdzeniom Zamawiającego dalsze prowadzenie poprzedniego postępowania było i nadal jest zasadne.

Przy czym, Izba uwzględniając odwołanie oprócz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 25.07.2022 r. nakazuje także Zamawiającemu wykonanie wcześniejszego uwzględnienia odwołania w całości w sprawie odwołania o sygn. akt: KIO 1848/22 i wynikających z nich zobowiązań spoczywających na Zamawiającym. W konsekwencji Zamawiający ma zastosować się do swoich zobowiązań i dokonać stosownych zmian wynikających z wniosków Odwołującego sformułowanych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1844/22. Izba także podkreśla, że wbrew stanowisku Zamawiającego z rozprawy Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia i nie zmienia tego wszczęcie nowego postępowania z 27.07.2022 r., kolejnego zamówienia na tożsamy przedmiot zamówienia. Zamawiający poprzez swoje działanie i brak odczekania ustawowego terminu na wniesienie ewentualnego odwołania na czynność unieważnienia postępowania z dnia 25.07.2022 r. i wszczęcie postępowania po dwóch dniach doprowadził do stanu faktycznego, że mamy dwa odwołania na oba postępowania poprzednie oraz nowe co skutkuje też tym, że istnieje konieczność zmierzenia się z implikacjami z tego wynikającymi.

Uznanie argumentacji Zamawiającego i przyznanie, że z chwilą ogłoszenia nowego postępowania (po dwóch dniach) utracił Odwołujący interes w uzyskaniu zamówienia skutkowałoby ograniczeniem prawa Odwołującego do wnoszenia środków ochrony prawnej. Oznaczałoby to bowiem, że Zamawiający może skutecznie pozbawić Odwołującego przez brak odczekania terminu na składanie odwołania prawa do jego wnoszenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 2027/22 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22 - M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania:

M.G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 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 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;
- 3) art. 99 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 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 PZP w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 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.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów - sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny w zakresie - płatności w transzach - niedookreślona wartość pierwszej transzy, rozbieżności w dokumentach zamówienia - sposób wykładni; z uwagi na ich uwzględnienie i brak sprzeciwu. Dodatkowo Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów - sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny w zakresie - braku określenia RLM oraz braku wykazania konieczności uzyskania pozwoleń wodnoprawnych; z uwagi na ich wycofanie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba dokonała uwzględnienie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów, które nie zostały uwzględnione ani wycofane i nakazała unieważnienie postępowania Zamawiającemu w trybie art. 256 NPzp.

Przy takiej treści sentencji utwierdziła Izbę sytuacja która miała miejsce w przedmiotowej sprawie omawiana już na kanwie orzeczenia o sygn. akt: KIO 2027/22. Dalsze prowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zbędne, gdyż w wyniku unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z 25.07.2022 r. nakazanego wyrokiem o sygn. akt: KIO 2027/22 trwa nadal postępowanie wszczęte 04.07.2022 r., czyli wcześniejsze, poprzednie postępowanie na tożsamy przedmiot zamówienia, a nie mogą być prowadzone u tego samego Zamawiającego równoległe dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tożsamy przedmiot zamówienia w tym samym trybie. Naturalnie w tym stanie faktycznym chodzi o to, że nie może być prowadzone w tej sytuacji jak została opisana powyżej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte 27.07.2022 r. (Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2022/BZP 00278778/01).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 2028/22 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2027/22, sygn. akt: KIO 2028/22 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2027/22 o zasądzenie kosztów wydatki pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba analogicznie uznała także wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2028/22 o zasądzenie kosztów wydatki pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

