Sygn. akt: KIO 2474/22

WYROK

z dnia 4 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez

wykonawcę M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren -

Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Strzelce, ul. Leśna 1, 99-307 Strzelce,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 w zakresie dotyczącym wewnętrznej sprzeczności informacji zawartych w specyfikacji warunków zamówienia,

2. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 w zakresie dotyczącym braku udostępnienia zgłoszeń wodnoprawnych,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego: M. G. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od odwołującego: M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G.

Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, 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 tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem 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 (t.j. 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: .....

Sygn. akt KIO 2474/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Strzelce, ul. Leśna 1, 99-307 Strzelce, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków", numer referencyjny: ZP.271.6.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu

27.08.2022 r., nr 2022/BZP 00322600/01.

W dniu 19.09.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren - Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa (dalej: „odwołujący"), zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), zwanej dalej: „ustawą 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. 6 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy 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 i nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„Brak zgłoszeń wodnoprawnych

2.1.3 Zamawiający działając jako inwestor, 9 i 12 września 2022 r. dokonał zgłoszenia robót budowlanych, obejmujących łącznie budowę 65 przydomowych oczyszczalni ścieków. Starosta nie wniósł sprzeciwu wobec zgłoszeń robót.

2.1.4 Dokonanie zgłoszeń wymaganych Prawem budowlanym nie zwalnia jednak inwestora z obowiązku uzyskania zgody wodnoprawnej, wymaganej od 9 sierpnia 2022 r. ustawą z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne.

2.1.5 Zgodnie z przepisem art. 394 ust. 1 pkt 13 Prawa wodnego, dodanym ustawą z dnia 25 lipca 2022 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 1549), „zgłoszenia wodnoprawnego wymaga wykonanie urządzeń wodnych służących do wprowadzania do ziemi ścieków oczyszczonych w przydomowej oczyszczalni ścieków na potrzeby zwykłego korzystania z wód".

2.1.6 Oczyszczalnie będące przedmiotem zamówienia będą wykonane na potrzeby zwykłego korzystania z wód - w celu zaspokajania potrzeb własnego gospodarstwa domowego użytkowników, a ścieki oczyszczone w oczyszczalni będą wprowadzane do ziemi. W takiej sytuacji inwestor zobowiązany jest dokonać zgłoszenia wodnoprawnego na wykonanie urządzeń wodnych, przy czym zgłoszenia wodnoprawnego należy dokonać przed zgłoszeniem robót budowlanych (przepis art. 388 ust. 3 Prawa wodnego).

2.1.7 Z treści zmodyfikowanej SWZ z dnia 13 września 2022 r. nie wynika, czy Zamawiający takich zgłoszeń dokonał, ponieważ nie przedstawił tych dokumentów i nie zawarł żadnej informacji na temat w opisie przedmiotu zamówienia. Opis ten jest więc niepełny i nie zawiera kompletnej informacji na temat wypełnienia wszystkich obowiązków ciążących na inwestorze (Zamawiającym) wymaganych do rozpoczęcia robót budowlanych.

2.1.8 Jeżeli Zamawiający nie dokonał zgłoszeń wodnoprawnych, oznacza to, że oczekuje od wykonawcy realizacji robót budowlanych z pominięciem obowiązków określonych Prawem wodnym i wbrew przepisom tej ustawy, narażając wykonawcę robót na odpowiedzialność karną z przepisu art. 476 Prawa wodnego.

2.1.9 Jeżeli jednak dokonał zgłoszeń wodnoprawnych (co sugerowałoby zgłoszenie wykonania robót budowlanych i uzyskanie zgody przez Zamawiającego), to te zgłoszenia winny znaleźć się w dokumentach zamówienia, gdyż stanowią podstawę do dokonania opisu przedmiotu zamówienia - a dla wykonawcy, do oceny przedmiotu zamówienia i wyceny realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

2.1.13 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania opisu przedmiot zamówienia w sposób spełniający wymogi określone w przepisie art. 99 ust. 1 PZP, w szczególności wskazując na wszystkie okoliczności i wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji udostępnienie wszystkich dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia (np. zgłoszenia wodnoprawne).

Wewnętrzna sprzeczność informacji

Technologia:

a. SWZ

Pkt 5.4 po modyfikacjach Zamawiającego w dniu 12.09.2022

1. Zamawiający wprowadził modyfikacje w pkt 5.4. SWZ, który otrzymał brzmienie:
„Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:
a) urządzenia muszą pracować w technologii osadu czynnego,

b. SWZ

Zamawiający dokonał modyfikacji treści pkt 5.9. SWZ poprzez uzupełnienie o dokładne określenie kryteriów równoważności, które otrzymały następujące brzmienie:

Tabela równoważności pkt 1 -

Technologia oczyszczania ścieków - osad czynny

c. STWIOR

1. CHARAKTERYSTYKA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

- urządzenia muszą pracować w technologii osadu czynnego,

2.3. Oczyszczalnie ścieków

Technologia oczyszczania- Należy zastosować oczyszczalnię pracującą w oparciu o technologię osadu czynnego

d. Projekt budowlany. Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_ Projekt Cz. nr 1 (str. 1-25)

Projekt budowlano-wykonawczy przydomowej oczyszczalni ścieków - str 6, 7

Ciąg technologiczny oczyszczalni może się składać się z następujących urządzeń:

- Bezprądowej oczyszczalni ścieków w technologii złoża biologicznego

Pkt 8.1. Technologia złoża biologicznego

W tym miejscu wyjaśnić należy, że „osad czynny" nie jest tym samym, co „złoże biologiczne". Nie mogą być również uznane za synonimy.

Minimalna przepustowość oczyszczalni

a. SWZ

Pkt 5.4 po modyfikacjach Zamawiającego w dniu 12.09.2022

1. Zamawiający wprowadził modyfikacje w pkt 5.4. SWZ, który otrzymał brzmienie:

„Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

c) przepływ dobowy oczyszczalni musi wynosić minimum 0,9 m3/dobę,

b. SWZ

Zamawiający dokonał modyfikacji treści pkt 5.9. SWZ poprzez uzupełnienie o dokładne określenie kryteriów równoważności, które otrzymały następujące brzmienie:

Tabela równoważności pkt 2 -

Minimalna przepustowość oczyszczalni - 0,9m3/d

c. STWIOR

1. CHARAKTERYSTYKA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

- przepływ dobowy oczyszczalni musi wynosić minimum 0,9 m3/dobę

d. Kosztorys inwestorski - obmiar. Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_

Obmiar

Obmiar str 3

Montaż przydomowej oczyszczalni ścieków o przepustowości 0,6 m3/dobę - 45 kpl

e. Projekt budowlany. Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_ Projekt Cz. nr 1 (str. 1-25)

Projekt budowlano-wykonawczy przydomowej oczyszczalni ścieków - str. 19

K. Z., W. Z.

Dębina 18

Oczyszczalnia ścieków: 0,6 m3/d

Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_ Projekt Cz. nr 1 - na str. 4-5 - Wykaz użytkowników oczyszczalni i wyliczenie ilości ścieków - kolumna „Dobowy przepływ ścieków” - są tu wartości: 0,3 m3/d, 0,6 m3/d, 0,75 m3/d oraz 0,9 m3/d.

f. Projekt budowlany. Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_ Projekt Cz. nr 2 (str. 1-24)

na str. 4-5 - Wykaz użytkowników oczyszczalni i wyliczenie ilości ścieków - kolumna „Dobowy przepływ ścieków” - są tu wartości: 0,3 m3/d, 0,45 m3/d, 0,6 m3/d, 0,75 m3/d oraz 0,9 m3/d.

Rodzaje komór oczyszczalni

a. SWZ

Pkt 5.4 po modyfikacjach Zamawiającego w dniu 12.09.2022

1. Zamawiający wprowadził modyfikacje w pkt 5.4. SWZ, który otrzymał brzmienie: „Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

b) oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,

b. SWZ

Zamawiający dokonał modyfikacji treści pkt 5.9. SWZ poprzez uzupełnienie o dokładne określenie kryteriów równoważności, które otrzymały następujące brzmienie:

Tabela równoważności pkt 4 -

Rodzaje komór oczyszczalni - oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,

c. STWIOR

1. CHARAKTERYSTYKA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

- oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,

Pkt 2.2.1. Równoważność urządzeń

Parametry równoważności:

Oczyszczalnia ścieków wyposażona jest w osadnik wstępny, bioreaktor, osadnik wtórny, którego wielkość pozwoli na zmaksymalizowanie procesu klarowania się oczyszczonych ścieków.

d. Kosztorys inwestorski - obmiar. Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_

Obmiar

Obmiar str 3

Montaż osadnika wstępnego, reaktora, przepompowni ścieków surowych i oczyszczonych

e. Projekt budowlany. Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_ Projekt Cz. nr 1 (str. 1-25)

Projekt budowlano-wykonawczy przydomowej oczyszczalni ścieków - str 7

Pkt 9.2 Osadnik wstępny, reaktor biologiczny (złoże biologiczne)

Posadowienie zbiornika

a. SWZ

Pkt 5.4 po modyfikacjach Zamawiającego w dniu 12.09.2022

1. Zamawiający wprowadził modyfikacje w pkt 5.4. SWZ, który otrzymał brzmienie: „Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

d) oczyszczalnie muszą posiadać naziom nie mniejszy niż 1,4 m (potwierdzony w raporcie z badań),

b. SWZ

Zamawiający dokonał modyfikacji treści pkt 5.9. SWZ poprzez uzupełnienie o dokładne określenie kryteriów równoważności, które otrzymały następujące brzmienie:

Tabela równoważności pkt 5 -

Posadowienie zbiornika - naziom zbiornika nie mniejszy niż 1,4 m p.p.t. bez konieczności dodatkowego zabezpieczenia korpusu oraz bez potrzeby stosowania przepompowni ścieków surowych przed przydomową oczyszczalnią ścieków, potwierdzony w raporcie z badań

c. STWIOR

1. CHARAKTERYSTYKA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

- oczyszczalnie muszą posiadać naziom nie mniejszy niż 1,5 m (potwierdzony w raporcie z badań)

Sterowanie cyklem napowietrzania

a. SWZ

Pkt 5.4 po modyfikacjach Zamawiającego w dniu 12.09.2022

1. Zamawiający wprowadził modyfikacje w pkt 5.4. SWZ, który otrzymał brzmienie: „Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

b) oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,

b. SWZ

Zamawiający dokonał modyfikacji treści pkt 5.9. SWZ poprzez uzupełnienie o dokładne określenie kryteriów równoważności, które otrzymały następujące brzmienie:

Tabela równoważności pkt 6 -

Sterowanie cyklem napowietrzania - proces wymuszony, ciągły, możliwe sterowanie manualne bez automatycznego sterowania,

- dyfuzor w kształcie dysku

c. STWIOR

1. CHARAKTERYSTYKA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni:

- oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,

d. Projekt budowlany. Plik: 01_zal_nr_1_do_SWZ_ Projekt Cz. nr 1 (str. 1-25)

Projekt budowlano-wykonawczy przydomowej oczyszczalni ścieków - str. 6, 7

Pkt 9.2 Osadnik wstępny, reaktor biologiczny (złoże biologiczne)

Ciąg technologiczny oczyszczalni może się składać się z następujących urządzeń:

- Bezprądowej oczyszczalni ścieków w technologii złoża biologicznego

Pkt 8.1. Technologia złoża biologicznego

Pkt 9.2 Osadnik wstępny, reaktor biologiczny (złoże biologiczne)

Zużycie energii elektrycznej wynosi 0,00 kWh

2.1.15 Biorąc pod uwagę powyższe, nie wiadomo co dokładnie jest przedmiotem

zamówienia i jakie warunki ma spełniać. Nawet sam Zamawiający, gdyby chciał ocenić oferty złożone w postępowaniu, to musiałby je za każdym razem odrzucać, z uwagi na to, że oferowana oczyszczalnia spełniałaby wymogi określone w SWZ, ale nie spełniałaby wymogów określonych w STWiOR czy Projekcie budowlanym. W takiej sytuacji, każda oferta podlegać winna odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, tylko z tego powodu, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny (niespójny).

2.1.16 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że wszystkie pojawiające się w nim informacje będą spójne i jednoznaczne.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 6 PZP w zw. z art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP

2.1.17 Kwestie związane z rozwiązaniami równoważnymi zostały przez Zamawiającego opisane w rozdziale 5 ust. 5.9 SWZ.

2.1.18 Co prawda, czysto teoretycznie, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Jednakże, jest to równoważność pozorna. Zamawiający, de facto, uniemożliwia zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

L..p.	Nazwa parametru	Parametr referencyjny	Parametr równoważny
1	Technologia oczyszczania ścieków	osad czynny	nie dopuszcza się zmiany technologii
4	Rodzaje komór oczyszczalni	oczyszczalnia musi posiadać osadnik wstępny, bioreaktor (komora napowietrzania), osadnik wtórny,	- osadnik wstępny - bioreaktor - recyrkulacja osadu nadmiernego do osadnika wstępnego
6	Sterowanie cyklem napowietrzania	- proces wymuszony, ciągły, możliwe sterowanie manualne bez automatycznego sterowania, - dyfuzor w kształcie dysku	- nie dopuszcza się zmiany procesu - dopuszcza się zastosowanie dyfuzorów rurowych
7	Konstrukcja zbiornika	wyklucza się urządzenia, w którym proces oczyszczania ścieków odbywa się w jednym zbiorniku podzielonym grodziami, skręcanymi, zgrzewanymi, spawanymi (urządzenie musi być monolityczne),	Urządzenie musi być monolityczne bez wspawanych czy skręcanych przegród

2.1.19 Podkreślić w tym miejscu należy, że poza dopuszczeniem w ramach równoważności dyfuzorów rurowych zamiast dyfuzorów w kształcie dysku, Zamawiający nie dopuszcza żadnych innych rozwiązań równoważnych. Parametry referencyjne i parametry równoważne zostały określone w ten sam sposób (technologia osadu czynnego, wymuszony ciągły proces sterowania cyklem napowietrzania, urządzenie monolityczne). Zamawiający de facto nie dopuścił rozwiązań równoważnych, a kryteria równoważności mają charakter czysto pozorny.

2.1.20 Z jednej strony zatem Zamawiający wymaga, aby oferowana oczyszczalnia ścieków spełniała wymogi normy PN-EN 12566-3+A2:2013, a z drugiej strony poprzez bardzo

dokładne opisanie rozwiązania referencyjnego przy, w zasadzie, braku możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego - z sobie tylko znanego powodu nie pozwala na zaoferowanie oczyszczalni, która spełnia wszystkie wymogi normy PN-EN 12566-3+A2:2013.

2.1.21 Norma PN-EN 12566-3+A2:2013 w żadnym punkcie nie określa, czy zbiorniki mają być lub nie być skręcane, zgrzewane czy też monolityczne. Nie wyklucza „urządzeń w którym proces oczyszczania ścieków odbywa się w jednym zbiorniku podzielonym grodziami, skręcanymi, zgrzewanymi, spawanymi". Dopuszcza oczyszczalnie, w których proces oczyszczania odbywa się zarówno w jednym czy też w kilku zbiornikach.

2.1.22 Nie stawia również żadnych wymagań dotyczących m.in:

- technologii oczyszczania ścieków,
- rodzaju, liczby wielkości komór,
- rodzaju/typu napowietrzania ścieków lub też jego braku
- rodzaju sterowania - automatyczne/manualne
- kształtu dyfuzorów (kształt dysku, kształt rurowy)
- kształtu jakichkolwiek innych podzespołów oczyszczalni.

2.1.23 Urządzenia mają natomiast być wodoszczelne, posiadać deklarowaną przez producenta wytrzymałość konstrukcji, zgodną z wymaganiami normy trwałość, zgodną z normą reakcję na ogień, określoną skuteczności oczyszczania oraz energochłonność - i w tym zakresie są badane w laboratorium notyfikowanym zgodnie z m.in. następującymi zapisami normy PN-EN 12566-3+A2:2013 -

Pkt 6.5 Durability (Trwałość)

Pkt 6.6 Reaction to fire (Reakcja na ogień)

Pkt 8.2 Initial type test (Wstępne badania typu)

Annex A (normative) Watertightness test (Badanie wodoszczelności)

Annex B (normative) Treatment efficiency test procedure (Procedura badania skuteczności oczyszczania)

Annex C (normative) Calculation and test methods for structural behaviour (Obliczanie i metody badań wytrzymałości konstrukcji)

2.1.24 Wielokrotne, całkowicie nieuzasadnione wymagania Zamawiającego ograniczające możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, nie mają absolutnie żadnego wpływu na funkcjonalność oczyszczalni, jak również nie mają żadnego wpływu na najważniejsze parametry oczyszczalni, takie jak skuteczność oczyszczania, wodoszczelność, wytrzymałość konstrukcji, trwałość, reakcja na ogień, czyli kluczowe z punktu widzenia użytkownika oczyszczalni parametry techniczne, które zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 muszą być poddane badaniom w laboratorium notyfikowanym.

2.1.25 Przypomnieć przy tym należy, że istota rozwiązania równoważnego sprowadza się do zaoferowania produktu spełniającego funkcjonalności określone przez Zamawiającego.

2.1.26 Dlatego też, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie rozwiązań równoważnych stanowi również o utrudnieniu uczciwej konkurencji.

2.1.27 Aktualnie obowiązująca tzw. Dyrektywa klasyczna akcentuje w sposób szczególny obowiązki podmiotu zamawiającego w aspekcie zagwarantowania konkurencyjności - vide motyw 74 Preambuły Dyrektywy 2014/24, wskazujący: (...)

2.1.36 Przedmiot zamówienia został opisany poprzez odniesienie do europejskiej normy zharmonizowanej w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylające dyrektywę Rady 89/106/EWG, tak jak to przewiduje art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP. (...)

2.1.40 Jeżeli więc zamawiający wymaga zgodności oczyszczalni z normą PNEN 12566-3+A2:2013, to nie może wprowadzać dodatkowych wymagań odnoszących się np. do budowy zbiornika, sterowania, technologii oczyszczania ścieków, ponieważ norma takich

wymagań nie przewiduje. Wprowadzając takie wymagania w niniejszym postępowaniu zamawiający z góry eliminuje wykonawców oferujących urządzenia, które spełniają wymagania normy i posiadają oznakowanie CE, ale mają np. inną liczbę komór niż określone w projekcie i SWZ, albo posiadają sterowanie automatyczne, czyli inne niż określona w SWZ. (...)

2.1.46 Tym większy należy wskazać absurd wymogów określonych przez Zamawiającego, jeżeli weźmiemy pod uwagę, iż zgodnie z życzeniem Zamawiającego oferowana oczyszczalna ma być „bezprądowa" i z określonym systemem napowietrzania. Już same te okoliczności są ze sobą sprzeczne, skoro do napowietrzania niezbędny jest dyfuzor (co sam Zamawiający wskazuje). Dyfuzor nie jest urządzeniem „bezprądowym", wymaga podłączenia do prądu i konsumuje energię elektryczną. Nie ma zatem możliwości zaoferowania oczyszczalni bezprądowej, gdyż sama w sobie musi posiadać dyfuzor. To samo z kompresorem, który ma działać bez przerw (!). Jednocześnie Zamawiający nie dopuszcza, aby jakakolwiek automatyka lub sterowniki zostały zainstalowane, co realnie mogłoby zaoszczędzić prąd (wszakże, skoro referencyjna oczyszczalnia ma pracować bez przerw, to w ciągu doby zużyje więcej prądu niż oczyszczalnia ze sterownikiem, który w sposób efektywny będzie pobierał prąd, np. w nocy w ogóle lub w znikomych ilościach).

2.1.47 Nawet gdyby przyjąć, że wskazywana oczyszczalnia byłaby bez kompresora i bez dyfuzora (co jest technicznie niemożliwe), co spełniałoby wymóg tego, aby oczyszczalnia była „bezprądowa", to taka oczyszczalnia i tak musi posiadać pompownię „na wlocie" i „na wylocie". Jak wiadomo, pompownie takie działają na prąd. Stąd też, nie ma możliwości, aby zaoferowane rozwiązanie było „bezprądowe". Przeniesienie miejsca poboru energii elektrycznej z jednego punktu do innego nie spowoduje, że się jej nie pobiera. Efektem tego i tak jest sytuacja, w której właściciel nieruchomości na której zainstalowana jest oczyszczalnia ścieków, i tak musi ponosić koszty energii elektrycznej (nawet, gdyby miała to być oczyszczalnia „bezprądowa").

2.1.48 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który rzeczywiście będzie umożliwiał złożenie oferty przy wskazaniu rozwiązań równoważnych, nie ograniczając przy tym możliwości zaoferowania oczyszczalni zgodnej z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 (oznakowanej CE), z odmiennymi elementami niż oczyszczalnia referencyjna, byleby spełniała wymogi ww. normy."

Pismem z dnia 29.09.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 oraz o oddalenie go w zakresie zarzutu nr 2.

W trakcie posiedzenia odwołujący cofnął zarzut nr 1 w zakresie dotyczącym wewnętrznej sprzeczności informacji zawartych w specyfikacji warunków zamówienia. Postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

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.

Podstawowe parametry techniczne oczyszczalni (po modyfikacji swz):

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^3/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,

h) Zamawiający zastrzega sobie możliwość zażądania dostarczenie przez oferenta proponowanego urządzenia do siedziby Zamawiającego celem jego oględzin.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu nr 2 nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w odniesieniu do zarzutu nr 1 w zakresie dotyczącym braku udostępnienia przez zamawiającego zgłoszeń wodnoprawnych, zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania. Po pierwsze, należy zauważyć, że zgłoszenia wodnoprawne nie były udostępnione wykonawcom od dnia opublikowania specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz"), tj. od 28.08.2022 r., zatem odwołujący posiadał wiedzę w tym zakresie od tego dnia. Po drugie, jeżeli w dniu 09.08.2022 r. weszła w życie nowelizacja ustawy Prawo wodne dotycząca zgłoszeń wodnoprawnych, to tym bardziej odwołujący powinien był zwrócić uwagę na ich brak od razu po opublikowaniu swz i w przewidzianym terminie wnieść odwołanie. Po trzecie, nie można zgodzić się z argumentacją odwołującego, zgodnie z którą zarzut w tym zakresie był już podniesiony w odwołaniu z dnia 01.09.2022 r., zamawiający go uwzględnił, a następnie nie udostępnił ww. zgłoszeń. W ww. odwołaniu w pkt 2.1.34 pojawiła się wprawdzie wzmianka o zgłoszeniu wodnoprawnym, ale sam zarzut i sformułowane do niego żądanie dotyczyło wyłącznie zgłoszeń robót budowlanych. Tym samym zamawiający nie mógł uwzględnić zarzutu dotyczącego braku zgłoszeń wodnoprawnych, bo zarzut taki nie został postawiony i w efekcie nie był zobowiązany do udostępnienia tychże zgłoszeń, bo żądanie zawarte w odwołaniu ich nie dotyczyło. W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego braku udostępnienia zgłoszeń wodnoprawnych, podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przechodząc do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie przez zamawiającego rozwiązań równoważnych w sposób iluzoryczny, należy w pierwszej kolejności przytoczyć treść art. 99 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

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

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

Z przytoczonego wyżej art. 99 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek wskazać kryteria stosowane w celu oceny równoważności wyłącznie w przypadku, gdy opisał przedmiot zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp. W tymże art. 99 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca wskazał na opis przy użyciu: znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. W niniejszej sprawie zamawiający wymienił m.in. takie cechy oczyszczalni, jak: technologia osadu czynnego, posiadanie osadnika wstępnego, bioreaktora i osadnika wtórnego, brak technologii SBR, budowla monolityczna. Należy zauważyć, że są to cechy spotykane w oczyszczalniach różnych producentów i nie stanowią one ani znaku towarowego, ani patentu lub pochodzenia, ani źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Tym samym zamawiający nie miał obowiązku dopuszczać rozwiązania równoważne i opisywać kryteria równoważności. Już ten fakt wynikający z treści przytoczonych przepisów i treści swz powoduje, że nie można stwierdzić naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i że odwołanie podlega oddaleniu.

Niezależnie od powyższego należy zgodzić się z odwołującym, że niewłaściwy opis kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, tj. opis ograniczający możliwość zaoferowania urządzeń z rozwiązaniami równoważnymi, może wpłynąć na mniejszą ilość ofert składanych w postępowaniu. Potwierdzają to zresztą dowody złożone przez odwołującego na rozprawie w postaci dokumentów pochodzących z postępowań prowadzonych w różnych miejscach w Polsce. Niemniej jednak, jak wskazano już wyżej, w przedmiotowej sprawie, nie ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, które w ogóle obligowałyby zamawiającego do opisywania kryteriów równoważności.

Ponadto ma rację zamawiający, że opis przedmiotu zamówienia nie musi być sporządzony w sposób umożliwiający złożenie ofert wszystkim wykonawcom na rynku. Opis ten musi bowiem uwzględniać potrzeby konkretnego zamawiającego i jeżeli potrzeby te są zasadne, przedmiot zamówienia może być opisany w sposób ograniczający konkurencję. Zatem od tego, czy opis przedmiotu zamówienia wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, zależy, czy jego ewentualny ograniczający konkurencję charakter, jest dopuszczalny czy nie. W niniejszej sprawie zamawiający powołał się na fakt, że mieszkańcy gminy Strzelce nie będą w stanie podołać zbyt dla nich trudnym wymogom konserwacji oczyszczalni, a także zbyt wysokim kosztom eksploatacji i napraw tych urządzeń. Dlatego też zamawiający zdecydował się na taki opis oczyszczalni, który pozwoli ograniczyć konieczne obowiązki i koszty w tym zakresie. Izba uznała te argumenty za racjonalne, a w konsekwencji uznała, że opis przedmiotu zamówienia wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego działającego na rzecz mieszkańców gminy.

Powyższe zostało już stwierdzone w poprzednim orzeczeniu Izby zapadłym w przedmiotowej sprawie, tj. w wyroku z dnia 15.09.2022 r. o sygn. akt KIO 2290/22, w którym wskazano: „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’. Zatem również w ww. wyroku Izba oceniła potrzeby zamawiającego jako uzasadnione.

Z powyższego wynika, że niezależnie od braku naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 6 ustawy Pzp z przyczyn wyżej wskazanych, nie można też przyjąć, że ewentualna niemożność złożenia ofert przez wszystkich wykonawców na rynku, dowodzi w tym przypadku, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Izba nie rozpoznała ponadto zarzutu podniesionego przez odwołującego dopiero na rozprawie, tj. zarzutu dotyczącego tego, że sposób opisania oczyszczalni przez zamawiającego, zwłaszcza w zakresie wymaganego naziomu min. 1,4 m, skutkuje tym, że tylko jedna oczyszczalnia na rynku spełnia wymagania referencyjne i równoważne opisane w swz i że jest to oczyszczalnia Biotech. Należy bowiem zauważyć, że zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczył iluzorycznego opisania rozwiązań równoważnych, co może ograniczać konkurencję, ale nie jest tożsame z całkowitym wyłączeniem tej konkurencji z powodu możliwości zaoferowania wyłącznie jednego urządzenia konkretnego producenta. Zatem okoliczność opisania przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczalni w sposób wskazujący na jeden produkt jednego producenta z powodu wymaganego naziomu nie została wskazana w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu zarzutów na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesiony przez odwołującego na rozprawie nowy zarzut dotyczący opisania oczyszczalni w sposób wskazujący wyłącznie na oczyszczalnię Biotech.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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 .....