

Sygn. akt: KIO 2807/24

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 sierpnia 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 sierpnia 2024 roku** przez wykonawcę **M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M.G. EKODREN - NATURALNE SYSTEMY OCZYSZCZANIA** z siedzibą **w Warszawie** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Promna z siedzibą w Promnej**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M.G. EKODREN - NATURALNE SYSTEMY OCZYSZCZANIA z siedzibą w Warszawie** w następujący sposób:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

zasądza od Odwołującego – **M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M.G. EKODREN - NATURALNE SYSTEMY OCZYSZCZANIA z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego – **Gminę Promna z siedzibą w Promnej** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

.....

Sygn. akt KIO 2807/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Promna z siedzibą w Promnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 czerwca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00374524/01.

Dnia 5 sierpnia 2024 r. w prowadzonym postępowaniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, zgodnie z art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2) ustawy

z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; - dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył Wykonawca M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M.G. EKODREN - NATURALNE SYSTEMY OCZYSZCZANIA z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie wniesiono na czynność Zamawiającego z dnia 30 lipca 2024 r. polegającą na niewykonaniu oświadczenia Zamawiającego o uznaniu odwołania z 1 lipca 2024 r., pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, a następnie dokonaniu modyfikacji SWZ w dniu 30 lipca 2024 niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, w tym:

1) w zakresie zarzutu I.2 uwzględnionego odwołania polegającego na braku określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazu przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu, poprzez wprowadzenie modyfikacji do SWZ jedynie dwóch z trzech uwzględnionych żądań odwołania, co w konsekwencji dalej prowadzi do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób wewnętrznie sprzeczny pomiędzy postanowieniami SWZ a pkt. 1.1 STWiORB (str. 3) oraz w sposób niejednoznaczny, niejasny i uniemożliwiający przygotowanie oferty oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
-co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 568 pkt. 3) ustawy Pzp, w

związku z art. 562 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 106 ustawy Pzp w związku z art. 286 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp

w związku z art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 61 kodeksu cywilnego

2)w zakresie zarzutu II.2 uwzględnionego odwołania polegającego na braku opisanie treści warunków zamówienia określonych w SWZ oraz STWiORB zgodnie z żądaniami określonymi w uwzględnionym odwołaniu, pomimo wprowadzenia modyfikacji SWZ w dniu 30 lipca 2024 r.;

-co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 568 pkt. 3) ustawy Pzp, w związku z art. 562 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 2, ust. 4, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, w związku z art. 286 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 i 17 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 61 kodeksu cywilnego.

Odwołujący wnosil o:

1)dokonanie odpowiednich zmian w treści dokumentów postępowania, w takim zakresie, w jakim treść postanowień pozostałej dokumentacji postępowania będzie stała w sprzeczności z treścią SWZ, w tym z treścią STWiORB po zmianach wynikających z odwołania,

2)przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 30 lipca 2024r., tj. w dniu opublikowania przez Zamawiającego na platformie internetowej zmiany treści SWZ. Tym samym pięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp został dochowany. Odwołujący uścił wpis od odwołania we właściwej wysokości, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący, działając w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w obszarze objętym zakresem zamówienia, jest zainteresowany udziałem w postępowaniu oraz złożeniem oferty w postępowaniu. Obecne postanowienia SWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu skuteczny udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji. Pozbawia to Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia oraz jego wykonanie w warunkach uczciwej konkurencji, a tym samym możliwości osiągnięcia korzyści z tytułu wykonania zamówienia. Odwołujący może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że zgodnie z Rozdziałem III pkt. 2 SWZ zakres robót stanowiących przedmiot zamówienia obejmuje budowę 100 przydomowych oczyszczalni ścieków w miejscowościach na terenie Gminy Promna. Ilość przydomowych oczyszczalni ścieków: 1-6 RLM w ilości 89 szt., 7-8 RLM w ilości 11 szt.

Odwołujący w dniu 1 lipca 2024 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie („uwzględnione odwołanie”), w którym sformułował następujące zarzuty:

1) Zarzut polegający na ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ wraz ze Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych – stanowiącą część załącznika nr 5.2 do SWZ (dalej: „STWiORB”) stanowiący szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zgodnie z rozdziałem III Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

a)określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób wewnętrznie sprzeczny pomiędzy postanowieniami pkt. 1.2 d) Rozdziału III SWZ a pkt.1.1 STWiORB (str.5) oraz w sposób niejednoznaczny, niejasny oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz

w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców, co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 112 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp

w związku z art. 116 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 281 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp

w związku z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp,

b)określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazu przedmiotowych środków dowodowych w sposób wewnętrznie sprzeczny pomiędzy postanowieniami SWZ a pkt.1.1 STWiORB (str. 4 i str. 6) oraz w sposób niejednoznaczny, niejasny i uniemożliwiający przygotowanie oferty oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 106 ustawy Pzp w związku z art. 106 ustawy Pzp w związku z art. 107 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 281 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp;

c)określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wizji lokalnej

w sposób wewnętrznie sprzeczny pomiędzy postanowieniami Rozdziału V SWZ

a postanowieniami pkt. 1.1 STWiORB (str. 6) oraz w sposób niejednoznaczny, niejasny

i uniemożliwiający przygotowanie oferty oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 131 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 281 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp.

2) ukształtowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ wraz STWiORB stanowiący szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zgodnie z rozdziałem III SWZ w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

a) przyjęcie postanowień w STWiORB, które wskazują, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób dający możliwość zaoferowania tylko jednego urządzenia konkretnego producenta oraz przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia

w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 99 ust. 2, ust. 4 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp;

b) brak opisów kryteriów równoważności lub opisanie kryteriów równoważności

w sposób pozorny, w ramach opisu przedmiotu zamówienia w STWiORB, w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję, narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, z uwagi na to, że brak opisu kryteriów równoważności lub pozorne kryteria równoważności umożliwiają oferowanie jako produktu równoważnego wyłącznie jednego urządzenia konkretnego producenta pomimo, że istnieją także produkty, które mogą spełniać uzasadnione wymogi Zamawiającego co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 99 ust. 2, ust. 4, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp;

c) określenie parametrów wymaganego urządzenia w STWiORB, w szczególności w zakresie wielkości oczyszczalni (RLM) oraz wielkości przepływu w sposób wewnętrznie sprzeczny oraz w sposób niejednoznaczny, niejasny i uniemożliwiający przygotowanie oferty oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 2, ust. 4 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołanie uzyskało sygnaturę KIO 2315/24 ale do jego merytorycznego rozpoznania nie doszło. W dniu 18 lipca 2024 r. Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej oraz Odwołującego odpowiedź na odwołanie zawierającą oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający poinformował, iż w konsekwencji uznania odwołania dokona modyfikacji treści SWZ.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu stosuje się ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r., poz. 1360).

Zgodnie z art. 61 kodeksu cywilnego:

„§ 1. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

§ 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający w dniu 18 lipca 2024 r. przesyłając odpowiedź na odwołanie zawierającą oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu złożył ważne oświadczenie.

Postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

Następnie Zamawiający w dniu 30 lipca 2024 r. dokonał modyfikacji treści SWZ. Jednak zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem w odwołaniu z dnia 1 lipca 2024 r., a ponadto wprowadzone zmiany są pozorne. Dokonanie modyfikacji SWZ w sposób jaki uczynił to Zamawiający nie może być uznane za wykonanie ciężących na nim obowiązków.

Uwzględnienie zarzutów odwołania w całości rodzi skutki określone w art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

Przepis nakłada na zamawiającego obowiązek w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, w sposób jednoznaczny konkretne obowiązki. Tym samym Zamawiający zobowiązany był do wykonania czynności w

postępowaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zamawiający nie może dokonywać analizy dopiero po uwzględnieniu odwołania, a następnie wprowadzać zmian w SWZ, które uznaje za właściwe. Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości oznacza, że Zamawiający w pełni podzielił stanowisko prezentowane przez Odwołującego. Tym samym Zamawiający uznał wskazane w nim żądania za zgodne z ustawą Pzp i zgodne przede wszystkim z jego uzasadnionymi, obiektywnymi potrzebami.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający po wniesieniu odwołania nie był zmuszony do podejmowania działań polegających na uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania, mógł uwzględnić odwołanie w części.

Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, musi być świadomy, że złożenie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości rodzi skutki polegające na ustawowym obowiązku wykonania określonych czynności w postępowaniu zgodnych

z żądaniem wskazanym w uwzględnionym odwołaniu (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2024 r., sygn. akt KIO 1499/24)

Odwołujący wskazał, że dokonanie modyfikacji SWZ w sposób sprzeczny z żądaniami wskazanymi w odwołaniu z 1 lipca 2024 r. stanowi zmianę oświadczenia woli Zamawiającego w stosunku do oświadczenia wskazanego w piśmie procesowym z dnia 18 lipca 2024 r., co jest sprzeczne z postanowieniami ustawy Pzp.

Działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, bowiem w każdym postępowaniu Zamawiający mógłby uwzględnić odwołanie w całości, a następnie nie wykonywać czynności zgodnych z żądaniem w odwołaniu. Takie działanie prowadziłyby do braku możliwości ustalenia treści SWZ lub braku możliwości badania postanowień SWZ o zgodność z przepisami prawa, gdyż uwzględniając odwołanie Izba nie prowadzi sporu pomiędzy stronami.

Treść oświadczenia woli Zamawiającego była w pełni zrozumiała dla Odwołującego, prowadziła do uznania odwołania w całości, a więc zarówno postawionych w nich żądań, jak

i zarzutów. Odwołujący po uwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego w całości oczekiwał, że jego żądania zostaną uwzględnione w dokumentacji postępowania w całości co umożliwi mu złożenie ważnej oferty w postępowaniu, w tym celu Odwołujący wniósł odwołanie na pierwotny SWZ, zainwestował czas i pieniądze w analizę dokumentacji, a następnie wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut 1 odwołania

Zamawiający w pełni uwzględnił zarzut dotyczący warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz braku konieczności odbycia wizji lokalnej.

Odwołujący wnosil o uregulowanie przez Zamawiającego, że wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych:

1) deklaracja właściwości użytkowych,

2) pełne raporty z badań oczyszczalni wydane przez jednostkę notyfikowaną przeprowadzającą badania, potwierdzające zgodność oferowanych urządzeń z normą PN-EN 12566-3:2005+ A2:2013, w tym: raport z badania efektywności oczyszczania, wodosszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej, trwałości oraz dokumenty wynikające z ww. normy w zakresie badania reakcji na ogień,

3) DTR urządzeń wraz z rysunkami, instrukcją montażu i eksploatacji

oraz uregulowanie postanowień w Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczących skutków niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą.

Natomiast Zamawiający dokonał zmian w dniu 30 lipca 2024 r. dodając w Rozdziale XVIII pkt. 1 ppkt. 8 o następującej treści:

„3. W rozdziale XVIII pkt. 1 SWZ Zamawiający dodaje ppkt. 8 o następującej treści:

8) przedmiotowe środki dowodowe

Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych, tj.:

a) deklaracja właściwości użytkowych oferowanych oczyszczalni

b) DTR urządzeń wraz z rysunkami, instrukcją montażu i eksploatacji

Zamawiający wskazuje, że stosownie do treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe okażą się niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.”

Powyższe nie jest zgodne z treścią żądania w uwzględnionym zarzucie. Zamawiający nie uwzględnił żądania Odwołującego, w zakresie dotyczącym konieczności przedłożenia pełnych raportów z badań oczyszczalni wydanych przez jednostkę notyfikowaną przeprowadzającą badania, potwierdzające zgodność oferowanych urządzeń z normą PN-EN 12566-3:2005+ A2:2013, w tym: raportu z badania efektywności oczyszczania, wodosszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej, trwałości oraz dokumentów wynikające z normy w zakresie badania reakcji na ogień.

Zamawiający dokonując modyfikacji w zakresie wymagania złożenia przedmiotowych środków dowodowych doprowadził do tego, że dodane postanowienia SWZ nadal są sprzeczne z postanowieniami pkt. 1.1 SWTiORB (str. 3): bowiem: „do ofert należy dołączyć Deklarację Właściwości Użytkowych CE wystawioną przez producenta na podstawie dokonanych badań przez jednostkę notyfikowaną sporządzoną zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady UE Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r., ustanawiającym zharmonizowane warunki wprowadzenia do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 389/106/EWG (Dz. U. Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2011 r. L 88/5)

i obowiązującymi przepisami krajowymi oraz raport zbiorczy wydany przez jednostkę notyfikowaną przeprowadzającą badania, zawierający wszystkie szczegółowe, wartościowe wyniki badań na zgodność z normą PN-EN 12566-3 (lub równoważną) oraz DTR urządzeń wraz z rysunkami, instrukcją montażu i eksploatacji.”

Ponadto, Zamawiający dokonując modyfikacji pkt. 1.1. STWiORB w zakresie opisu parametrów równoważności wskazał również, że w zakresie wykazania maksymalnego zużycia energii elektrycznej podczas badania efektywności oczyszczania zgodnie z normą PN-EN 125663:2005+A2:2013 musi być wykazane w raporcie z badań.

Dokonane modyfikacje SWZ w zakresie przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych, powodują, że warunek udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny, niespójny oraz przede wszystkim nadal wewnętrznie sprzeczny.

Odwołujący wnosi więc o:

• wykonanie oświadczenia woli Zamawiającego zgodnie z całością żądania z zarzutu I.2 uwzględnionego odwołania z dnia 1 lipca 2024 r. o treści:

„wnosimy o uregulowanie przez Zamawiającego, że wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych:

1) deklaracja właściwości użytkowych,

2) pełne raporty z badań oczyszczalni wydane przez jednostkę notyfikowaną przeprowadzającą badania, potwierdzające zgodność oferowanych urządzeń z normą PN-EN 12566-3:2005+ A2:2013, w tym: raport z badania efektywności oczyszczania, wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej, trwałości oraz dokumenty wynikające z ww. normy w zakresie badania reakcji na ogień,

3) DTR urządzeń wraz z rysunkami, instrukcją montażu i eksploatacji.

oraz uregulowanie postanowień w Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczących skutków niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą.”

Zarzut 2 odwołania

Zamawiający w dniu 30 lipca 2024 dokonał modyfikacji SWZ, która nie jest w całości zgodna z zakresem żądań, jakie uwzględnił Zamawiający odwołaniu z dnia 1 lipca 2024 r.

Treścią żądania uwzględnionego zarzutu II.2.1) było:

• Wnosimy o zmianę ww. treści dotyczącej wymaganej technologii oczyszczania dla urządzeń równoważnych poprzez nadania następującego brzmienia: „Technologia oczyszczania ścieków – każda technologia zgodna z normą PN-EN 12566-3:2005+ A2:2013.”

Dokonana przez Zamawiającego w dniu 30 lipca 2024 r. modyfikacja SWZ w przedstawia się następująco:

„Dopuszcza się równoważne, oczyszczalnie ścieków pracujące w technologii złóż obrotowych”.

Zdaniem Odwołującego w zakresie technologii oczyszczania urządzenia, Zamawiający nie wykonał czynności określonej w żądaniu wskazanym przez Odwołującego w uwzględnionym odwołaniu z dnia 1 lipca 2024 r.

Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Odwołującego, dokonana modyfikacja jest nieuzasadniona, a potrzeby Zamawiającego w zakresie wykonania przydomowych oczyszczalni ścieków mogą zostać zaspokojone również w przypadku dopuszczenia innych technologii oczyszczania ścieków.

Odwołujący wnosil o:

• wykonanie oświadczenia woli Zamawiającego zgodnie z całością żądania z zarzutu II.2.1) w uzasadnieniu uwzględnionego odwołania z dnia 1 lipca 2024 r. o treści:

„Wnosimy o zmianę ww. treści dotyczącej wymaganej technologii oczyszczania dla urządzeń równoważnych poprzez nadania następującego brzmienia:

„Technologia oczyszczania ścieków – każda technologia zgodna z normą PN-EN 12566-3:2005+ A2:2013.”

Zarzut II.2.2) uwzględnionego odwołania - materiału wykonania zbiornika.

Treścią żądania uwzględnionego zarzutu było:

„Wnosimy o zmianę załącznika w zakresie wykonania zbiornika poprzez nadanie mu następującej treści:

„Zbiornik wykonany z GRP lub innego materiału zgodnego z normą PN-EN 125663:2005+A2:2013, o konstrukcji zgodnej z ww. normą.”

Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w dniu 30 lipca 2024 r. w następujący sposób:

„Dopuszcza się równoważne, oczyszczalnie ścieków zbudowane na bazie monolitycznego zbiornika z GRP lub stali nierdzewnej”.

Wprowadzona modyfikacja nie jest zgodna z żądaniem Odwołującego. Zamawiający również w zakresie tego zarzutu nie wykonał czynności określonej w żądaniu uwzględnionego odwołania i nie dokonał zmian polegających na wprowadzeniu postanowień dotyczących materiału wykonania zbiornika.

Zamawiający ponownie dopuścił te same dwa rodzaje materiałów, z których może być wykonany zbiornik, co skutkuje nadal naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w tym nie poszerza to kręgu potencjalnych wykonawców ani oferowanych oczyszczalni, ponieważ na rynku nie ma dostępnych urządzeń w wymaganej technologii złożeń obrotowych i wykonanych ze stali nierdzewnej. Jest to więc równoważność pozorna.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt. 6.5 normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 materiał z którego może być wykonana oczyszczalnia – to m.in. polietylen, polipropylen, stal, beton.

Odwołujący wnosił o:

• wykonanie oświadczenia woli Zamawiającego zgodnie z całością żądania z zarzutu II.2.2) uwzględnionego odwołania o treści:

„Wnosimy o zmianę załącznika w zakresie wykonania zbiornika poprzez nadanie mu następującej treści:

„Zbiornik wykonany z GRP lub innego materiału zgodnego z normą PN-EN 125663:2005+A2:2013, o konstrukcji zgodnej z ww. normą.”

Zarzutu II.2.3) uwzględnionego odwołania - braku możliwości zastosowania sprężarek.

Treścią żądania uwzględnionego zarzutu było:

„Wnosimy o usunięcie postanowienia określonego na str. 5 STWiORB: „(zabrania się stosowania oczyszczalni wyposażone w sprężarki)”

Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w następujący sposób:

„Dopuszcza się jako równoważne, oczyszczalnie ścieków, które nie są wyposażone w dmuchawy napowietrzające (sprężarki).”

Zamawiający tylko pozornie dokonał czynności wykreślenia żądania Odwołującego wskazanego w uwzględnionym odwołaniu. Zamawiający pomimo deklaracji o uwzględnieniu zarzutu, nie wykonał czynności określonej w żądaniu uwzględnionego odwołania.

Zamawiający ponownie wprost wykluczył urządzenia wyposażone w sprężarki.

W ocenie Odwołującego, rozwiązanie technologiczne ma tutaj znaczenie drugorzędne, ponieważ Zamawiający powinien oczekiwać po prostu wykonania robót budowlanych polegających na budowie przydomowych oczyszczalni ścieków w miejscowościach na terenie Gminy Promna.

Odwołujący wnosił o:

wykonanie oświadczenia woli Zamawiającego zgodnie z całością żądania z zarzutu II.2.3) uwzględnionego odwołania z dnia 1 lipca 2024 r. o treści:

„Wnosimy o usunięcie postanowienia określonego na str. 5 STWiORB: „(zabrania się stosowania oczyszczalni wyposażone w sprężarki)”

Zarzut II.2.4) uwzględnionego odwołania – maksymalna mocy urządzeń.

Treścią żądania uwzględnionego zarzutu było:

„Wnosimy o zmianę postanowienia wskazanego na str. 5 STWiORB w zakresie maksymalnej mocy poprzez nadanie następującej treści:

„Maksymalne zużycie energii elektrycznej podczas badania efektywności oczyszczania zgodnie z normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 dla testowanej oczyszczalni ścieków, wykazane w raporcie z badań – 1 kW na dobę.”

Natomiast Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w następujący sposób:

„Maksymalne zużycie energii elektrycznej podczas badania efektywności oczyszczania zgodnie z normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 dla testowanej oczyszczalni ścieków, wykazane w raporcie badań – 1,5 kWh na dobę.”

Powyższe nie jest zgodne z treścią żądania w uwzględnionym odwołaniu. Zamawiający pomimo deklaracji o uwzględnieniu również tego zarzutu, nie wykonał czynności z dnia 1 lipca 2024 r. Tak wprowadzona zmiana powoduje większe zużycie energii, co nie jest ekonomicznie uzasadnione, biorąc pod uwagę użytkowanie przydomowych oczyszczalni ścieków.

Odwołujący wnosił o:

wykonanie oświadczenia woli Zamawiającego zgodnie z całością żądania z zarzutu II.2.4) uwzględnionego odwołania z dnia 1 lipca 2024 r. o treści:

„Wnosimy o zmianę postanowienia wskazanego na str. 5 STWiORB w zakresie maksymalnej mocy poprzez nadanie następującej treści:

„Maksymalne zużycie energii elektrycznej podczas badania efektywności oczyszczania zgodnie z normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 dla testowanej oczyszczalni ścieków, wykazane w raporcie z badań – 1 kWh na dobę.”

Zarzut II.2.6) uwzględnionego odwołania - parametry określone w tabeli wskazanych na str. 5 STWiORB.

Treścią żądania uwzględnionego zarzutu było:

„Wniosek Wykonawcy:

• Wnosimy o usunięcie tabeli na str. 5 STWiORB w całości oraz zobowiązanie Zamawiającego do podania wymaganego poziomu nasypu oraz poziomu wód gruntowych.”

Zamawiający dokonując modyfikacji tylko częściowo dokonał zmian zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zamawiający co prawda usunął, w całości tabelę znajdującą się na str. 5 STWiORB, ale nie wykonał czynności w zakresie podania wymaganego poziomu nasypu oraz poziomu wód gruntowych. Tak zmieniona treść jest niezgodna z żądaniem zawartym w odwołaniu

z dnia 1 lipca 2024 r.

Konieczność podania wymaganego poziomu nasypu oraz poziomu wód gruntowych, które podaje się w deklaracji właściwości użytkowych jest niezbędna do prawidłowego sporządzenia oferty.

Odwołujący wnosil o:

wykonanie oświadczenia woli Zamawiającego zgodnie z całością żądania z zarzutu II.2.6) przez wprowadzenie postanowienia o treści:

„Wniosek Wykonawcy:

• Wnosimy o usunięcie tabeli na str. 5 STWiORB w całości oraz zobowiązanie Zamawiającego do podania wymaganego poziomu nasypu oraz poziomu wód gruntowych.”

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk pisemnych Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości.

Zamawiający zauważył, że dokonuje uwzględnienia zarzutów odwołania, a nie żądań odwołania. W doktrynie i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, iż zamawiający dokonując czynności w postępowaniu może wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych

w zarzutach odwołania, weryfikować każdą okoliczność, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwołania.

W dniu 30 lipca 2024 roku Zamawiający zmodyfikował treść dokumentów zamówienia w ten sposób, że usunął ze STWiORB (str. 5) wymagania co do warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pozostawiając wyłącznie wymagania z SWZ, czym usunął zarzucaną przez Odwołującego sprzeczność podnoszoną w zarzucie 1 uwzględnionego odwołania.

Następnie Zamawiający dokonał modyfikacji poprzez dodanie do SWZ wykazu przedmiotowych środków dowodowych wraz z regulacją art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Usunięto również sprzeczność zapisów SWZ w zakresie wizji lokalnej.

W przypadku zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie kryteriów równoważności, a także określenia parametrów wymaganego urządzenia, Zamawiający dokonał modyfikacji STWiORB, gdzie wykreślił bądź zmienił część zapisów oraz dodał kryteria równoważności. Zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania zaktualizowaną treść STWiORB po zmianach.

To, że Zamawiający dokonał modyfikacji w inny sposób niż wskazywał to Odwołujący nie powoduje automatycznego uznania, że wniesione przez Odwołującego odwołanie powinno zostać uwzględnione w chwili obecnej. Zamawiający nie jest bowiem związany żądaniemi wniesionego odwołania, a zarzutami i w tym zakresie Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania z dnia 1 lipca 2024 roku dokonał stosownych modyfikacji. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on kształtuje zapisu dokumentów zamówienia, a nie Odwołujący (KIO 2804/12, KIO 162/24, KIO 286/22).

Odwołujący musi postawić skuteczne zarzuty i twierdzenia co do aktualnych zapisów dokumentacji zamówienia, w których upatruje wadliwości. Realnie takich twierdzeń nie przytoczono, bowiem Odwołujący poprzestał na wskazywaniu, że Zamawiający nie dokonał modyfikacji SWZ tak jak żądano tego w odwołaniu z dnia 1 lipca 2024 roku, a

nie postawił żadnych zarzutów i merytorycznego uzasadnienia dlaczego dokonane modyfikacje miałyby być sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut nr 1

Co do nie ujęcia w katalogu przedmiotowych środków dowodowych „pełnych raportów z badań oczyszczalni wydanych przez jednostkę notyfikowaną przeprowadzającą badania, potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z normą PN-EN 12566-3:2005+ A2:2013, w tym: raport z badania efektywności oczyszczania, wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej, trwałości oraz dokumenty wynikające z ww. normy w zakresie badania reakcji na ogień” Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, z jakiego powodu Zamawiający miałby żądać tego typu dokumentu w postępowaniu. Zamawiający nie wymaga przedłożenia takiego dokumentu, bowiem będzie badał przedmiot zamówienia na podstawie deklaracji właściwości użytkowych oferowanych oczyszczalni oraz DTR urządzeń wraz z rysunkami, instrukcją montaż i eksploatacji. Zamawiający nie potrzebuje pełnego raportu z badań, a Odwołujący nie przedstawił nawet jednego argumentu (ani w tym odwołaniu, ani w odwołaniu z dnia 1 lipca 2024 roku), dlaczego Zamawiający miałby takiego raportu wymagać. W konsekwencji, zarzut ten podlega oddaleniu, bowiem nie został skonkretyzowany, ani uzasadniony, dlatego Zamawiający miałby żądać akurat takiego dokumentu jak wskazał Odwołujący. Zakres przedmiotowych środków dowodowych określa Zamawiający, takie prawo daje mu bowiem ustawodawca, a zatem brak jest jakichkolwiek przepisów wskazujących na to, że wykonawca może kształtować prawo co do katalogu wymaganych w SWZ dokumentów.

Odwołujący zarzucał także, że dokonując modyfikacji w zakresie wymagania złożenia przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający doprowadził do tego, że dodane postanowienia SWZ są sprzeczne z postanowieniami pkt. 1.1 SWTiORB (str. 3) oraz, że Zamawiający dokonując modyfikacji pkt. 1.1. STWiORB w zakresie opisanego parametrów równoważności wskazał również, że w zakresie wykazania maksymalnego zużycia energii elektrycznej podczas badania efektywności oczyszczania zgodnie z normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 musi być wykazane w raporcie z badań

W odniesieniu do tego zarzutu Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2024 roku dokonał zmiany treści SWZ w ten sposób, że usunął sprzeczność pomiędzy treścią SWZ a treścią STWiORB w następujący sposób, że usunął z załącznika 5.3. SWZ – SWTiORB z pkt. 1.1 odpowiednie postanowienia o konieczności dołączenia do oferty Deklaracji Właściwości Użytkowych CE.

W konsekwencji jedynymi żądanymi przedmiotowymi środkami dowodowymi są te wymienione w Rozdziale XVIII pkt 1 ppkt 8 SWZ.

Zarzut nr 2

W zakresie części zarzutu odnoszącego się do technologii oczyszczania, Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, dlaczego Zamawiający miałby dopuścić inną technologię wykonania zamówienia, niż opisana w dokumentacji technologia zębów obrotowych. To na Odwołującym leży obowiązek udowodnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący zaś nie podjął nawet próby wykazania, że technologia, której dopuszczenia oczekuje jest technologią lepszą od tej wymaganej, czy też jakie argumenty mają przemawiać za „zmuszeniem” Zamawiającego do zmiany wymaganej technologii.

Odwołujący wnioskuje o dopuszczenie do postępowania każdej technologii zgodnej z normą – nie wskazując nawet jaką technologią dysponuje sam Odwołujący. Zamawiający nie wie zatem nawet jakie konkretnie rozwiązanie miałoby być dopuszczone, bowiem Odwołujący nigdzie tego nie skonkretyzował i nie wykazał, że technologia, którą chce zaoferować nie może zostać zaoferowana w tym postępowaniu.

Zamawiający nie ma obowiązku dopuszczania każdej technologii zgodnej z normą. Zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonał szczegółowej analizy potrzeb dotyczących przedmiotu zamówienia i wybrał takie rozwiązanie, które jest najefektywniejsze. Nie każda technologia zgodna z normą ma te same właściwości i jest tak samo dobra.

W ramach wszystkich dopuszczonych technologii są technologie lepsze i gorsze –

a Zamawiający zdecydował się na tę lepszą. Opis przedmiotu zamówienia w szczególności

w zakresie technologii oczyszczania jest wynikiem analizy i odpowiada potrzebom zarówno Zamawiającego, jak i przede wszystkim użytkowników, dla których przedmiotowe oczyszczalnie będą zainstalowane.

Zamawiający podejmując decyzję o wyborze technologii złoza obrotowego kierował przede wszystkim następującymi kryteriami: awaryjność oczyszczalni, budowa

(ze szczególnym zwróceniem uwagi na prostotę budowy, co znacznie zminimalizuje ryzyko powstawania awarii oraz będzie miało przełożenie na zasady konserwacji oraz utrzymania oczyszczalni przez użytkowników końcowych), energochłonność (co ma przełożenie na koszty eksploatacji), zasady użytkowania i konserwacji. Decydując się wybór technologii złoza obrotowego Zamawiający kierował się tym, że uzyskał informację od specjalistów oraz użytkowników różnego typu rozwiązań o ich cechach, awaryjności i tym podobne.

Zamawiający zdecydował że nie chce dopuścić rozwiązania pracującego w technologii niskoobciążonego osadu czynnego wspomaganego złożem biologicznym, gdzie proces oczyszczania zachodzi przy użyciu sprężonego powietrza podawanego do układu przez dmuchawy/sprężarki. Jest to bowiem rozwiązanie, w którym zanotowano częste awarie, głównie jeśli chodzi właśnie o awarie sprężarek czy silników.

W odróżnieniu od zdecydowanej większości rozwiązań na polskim rynku, oczyszczalnie ze złożami obrotowymi nie są wyposażone w takie elementy jak: sprężarki, dyfuzory, elektrozawory, filtry itd. W rzeczywistości jedynym elementem elektrycznym

w oczyszczalni jest prosty silnik elektryczny o niewielkiej mocy. Dodatkowo, z uwagi, iż oczyszczalnie dedykowane są użytkownikom będącymi mieszkańcami gminy, istotne są takie parametry jak energochłonność (zużycie energii), zasady eksploatacji oraz serwisowania zainstalowanych urządzeń.

Na rynku istnieje co najmniej kilku producentów oczyszczalni pracujących w referencyjnej technologii. W odwołaniu z dnia 1 lipca 2024 roku Odwołujący zarzucał jakoby opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konkretnego producenta oczyszczalni, tj. Bioset. Nie jest to jednak prawda, bowiem Zamawiający wskazuje również na następujących producentów, których produkty mogą być zaoferowane w tym postępowaniu to co najmniej również Kingspan i Halson.

W zakresie materiału wykonania zbiornika Zamawiający również w tym aspekcie wskazał na zbiornik o najlepszych parametrach jakościowych, wytrzymałościowych i gwarancyjnych. Odwołujący nie przedstawił ani jednego argumentu wskazującego na zasadność zmiany SWZ, tj. wykazującego że inne materiały są równie dobre czy chociaż równoważne do tych opisanych przez Zamawiającego.

Zamawiający dokonując wyboru materiału kierował się informacjami o właściwościach użytkowych różnego typu materiałów. To, że producent danego rozwiązania preferuje zbiornik betonowy, nie może stanowić argumentu za zmianą SWZ, bowiem nie może stanowić przesłanki do zmiany SWZ żądanie obniżenia jakości przez Zamawiającego i dostosowanie wymagań do oczekiwań Wykonawcy.

Dla niewykonania żądania braku możliwości zastosowania sprężarek Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, dlaczego Zamawiający miałby dopuścić inne rozwiązania niż te które opisał w dokumentacji zamówienia – podczas gdy to na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń.

Zamawiający zna inne rozwiązania, jak np. te pracujące w technologii niskoobciążonego osadu czynnego wspomaganego złożem biologicznym, gdzie proces oczyszczania zachodzi przy użyciu sprężonego powietrza podawanego do układu przez dmuchawy/sprężarki i posiada wiedzę, że jest to rozwiązanie, w którym notuje się awarie, głównie właśnie, jeśli chodzi sprężarki. Mając zatem na uwadze obawy związane z awariami, Zamawiający przeanalizował jakość oczyszczalni pod względem awaryjności w innych gminach, gdzie zauważalne są liczne usterki sprężarki i wyeliminował to rozwiązanie z postępowania.

W przypadku maksymalnej mocy urządzeń podano, że zmianą z dnia 14 sierpnia 2024 roku Zamawiający zmienił treść dokumentacji zamówienia w następujący sposób:

„2. Zamawiający usuwa z treści załącznika nr 5.3 do SWZ – STWiORB z pkt 1.1. z części Parametry równoważność, postanowienie zgodnie z którym maksymalne zużycie energii elektrycznej ma być wykazane w raporcie z badań”.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że maksymalna moc wynosi 1,5 kWh na dobę, z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający dopuszcza oczyszczalnie o mniejszym zużyciu energii, czy Zamawiający poszerza konkurencyjność niniejszego postępowania”.

Zamawiający wskazał zatem, że dopuszcza maksymalną moc zarówno na poziomie wnioskowanym przez Odwołującego, tj. 1 kWh na dobę, jak i wyższą, tj. maksymalnie 1,5 kWh na dobę. Odwołujący nie wskazał w czym upatruje rzekomego naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie tego zapisu, przez co Zamawiającemu trudno jest odnieść się do tego zarzutu, skoro parametr wnioskowany przez Odwołującego jest dopuszczony.

Odnosnie do zarzutu podania wymaganego poziomu nasypu oraz poziomu wód gruntowych, Zamawiający wskazał, że w dniu 14 sierpnia 2024 roku wypełnił żądanie odwołania w tym zakresie bowiem doprecyzował wymagania w następujący sposób:

Podsumowując, zdaniem Zamawiającego we wniesionym odwołaniu brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów. Stosownie do treści art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w odwołaniu powinno znaleźć się wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W sprawie poza formalnym postawieniem zarzutów nie znalazło się żadne uzasadnienie w czym i dlaczego Odwołujący upatruje naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący zdaje się twierdzić, że samo wskazanie, że jakieś postanowienie narusza konkurencyjność postępowania wystarczy – podczas gdy to na Odwołującym leży ciężar wykazania, że tak faktycznie jest. Uzasadnienie odwołania nie daje nam żadnych informacji w czym upatrywane są naruszenia, jakie rozwiązania nie zostały dopuszczone, jakie rozwiązanie chciałby zaoferować

Odwołujący i czy jest ono tak samo dobre, bądź lepsze niż to opisane przez Zamawiającego, a także czy przy jego użyciu możliwe jest spełnienie celu niniejszego postępowania. Brak takich informacji we wniesionym odwołaniu powoduje, że odwołanie jest czysto blankietowe i nie może zostać uwzględnione. W tym zakresie należy wskazać, że jakakolwiek argumentacja przedstawiona po wniesieniu odwołania czy na rozprawie będzie spóźniona.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie wiernie przytoczono zapisy dokumentów z postępowania, nie zachodzi potrzeba ich przywoływania ponownie.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie w całości podlega oddaleniu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że modyfikacja przez Zamawiającego dokumentów postępowania w sposób nieco odmienny niż wynikało to z żądań uprzednio uwzględnionego odwołania, nie powoduje automatycznie konieczności uwzględnienia obecnie złożonego środka ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 522 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak celnie podkreślono w odpowiedzi na odwołanie uwzględnienie przez Zamawiającego odnosi się do zarzutów. Obowiązek wykonania żądań odwołania musi zatem być postrzegany w odniesieniu do podniesionych w konkretnym odwołaniu zarzutów. Zamawiający ma prawo przeanalizować, czy żądania odwołania są zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, czy nie naruszają innych ustawowych obowiązków nałożonych na zamawiającego, wreszcie czy zrealizowany zostanie cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą.

Samo uwzględnienie zarzutów ma charakter czynności formalnej. Na tym etapie postępowania odwoławczego nie dochodzi do sporu merytorycznego. Postępowanie kończy wydanie postanowienia o jego umorzeniu.

Skutkiem podjęcia przez zamawiającego decyzji o uwzględnieniu zarzutów odwołania jest wykonanie czynności, do których te zarzuty się odnoszą. Jednocześnie Wykonawca ma prawo ponownego zaskarżenia czynności, jeśli w jego ocenie ich wykonanie nie odpowiada żądaniom, które ujęto w uwzględnionym odwołaniu lub uważa, że czynności tych w ogóle nie wykonano. Wykonawca nie jest więc pozbawiony ochrony prawnej. Ewentualne zaniechanie zamawiającego w tym zakresie daje wykonawcom możliwość ponownego wniesienia odwołania i ponownego zakwestionowania określonych czynności zamawiającego,

a odwołanie w tym zakresie podlega merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę. Wówczas następuje moment, w którym Strony zaprezentować powinny merytoryczne stanowisko, a Izba dokonać powinna wyboru, które z tych stanowisk uważa za prawidłowe.

Dostrzeżenia i podkreślenia jednak wymaga, iż nowe odwołanie powinno podnosić zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy, w rozpoznawanym przypadku odnoszące się do kształtowanej treści SWZ i OPZ. Kwestia prawidłowości tych czynności może podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś tylko art. 522 ustawy Pzp. Tego zaś Odwołujący zaniechał w przedmiotowej sprawie, ograniczając się do zwięzłego przytoczenia zarzutów z uprzednio uwzględnionego odwołania i żądania, by Zamawiający wprowadził do dokumentów postępowania zapisy wprost odpowiadające żądanym w poprzednim odwołaniu. Praktycznie żaden z zarzutów nie zawiera merytorycznego uzasadnienia, dlatego zdaniem Odwołującego zapisy SWZ, w tym OPZ naruszają przepisy ustawy Pzp i zasady prowadzenia postępowania. Odwołujący nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji, nie złożył materiału dowodowego, z którego wynikałoby, że opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z art. 99 ustawy Pzp, narusza zasadę uczciwej konkurencji, preferuje jakiś jeden podmiot, bądź też uniemożliwia złożenie oferty Odwołującemu. Choć Odwołujący w podstawie prawnej przywołał merytoryczne przepisy związane z wymaganiem przedmiotowych środków dowodowych, czy też odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, to w uzasadnieniu tych zarzutów skoncentrowano się jedynie na treści żądań uwzględnionego odwołania i treści czynności wykonanej przez Zamawiającego. Odwołujący nie odnosi się w zarzutach do merytorycznego zakresu wykonanych czynności, nie objaśnia w czym upatruje ich niezgodności z przepisami ustawy Pzp i zasadami prowadzenia postępowania, a skupia się na formalnym brzmieniu SWZ. W tym kontekście przypomnienia wymaga, iż złożenie odwołania na nieprawidłowe wykonanie czynności bądź ich niewykonanie w wyniku uprzedniego uwzględnienia wcześniejszego odwołania, jest momentem zaistnienia merytorycznego sporu przed Izbą.

W opozycji do stanowiska Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szczegółowo uzasadnił

podjęte decyzje w przypadku każdego z zarzutów. Zamawiający przedstawił potrzeby mieszkańców, którymi się kierował, nawiązał do przeprowadzonej przed ogłoszeniem postępowania analizy dostępnych na rynku urządzeń, cech tych urządzeń, ich awaryjności. Wskazał również, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej, przez podmiot również wyłoniony w trybie postępowania ustawy Pzp.

Zamawiający uwzględniając odwołanie uprawniony jest do wzięcia pod uwagę innych okoliczności, które dotychczas pominął. Zamawiający wyjaśnił, że podstawą uwzględnienia odwołania była w jego ocenie konieczność uporządkowania zapisów SWZ, w tym w części

w zakresie poruszonym w złożonym wówczas odwołaniu. Przykładem tak dokonanych zmian jest zmiana w rozdziale XVIII pkt 1 ppkt 8 SWEZ i dostosowanie treści załącznika nr 5.3 STWiORB. Wykonane czynności ujednoliciły wymagania Zamawiającego co do katalogu podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący niczym nie uzasadnił, że w zakresie wyznaczonego katalogu, konieczne jest również złożenie „pełnego raporty z badań oczyszczalni wydanej przez jednostkę notyfikowaną przeprowadzającą badania, potwierdzające zgodność oferowanych urządzeń z normą PN-EN 12566-3:2005+ A2:2013, w tym: raportu z badania efektywności oczyszczania, wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej, trwałości oraz dokumenty wynikające z ww. normy w zakresie badania reakcji na ogień”

W zakresie pozostałych żądanych zmian Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego uważa, że dopuszczone powinno być zaoferowanie każdej technologii zgodnej z normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013, nie wskazał, jaką technologię chce sam zaoferować i dlaczego wobec zapisów SWZ jest to niemożliwe. Ponadto w żądaniu odnoszącym się do zmiany maksymalnej mocy urządzeń, Odwołujący wnosił o zmianę, która de facto jest niekorzystna dla wykonawców. Wprowadzone przez Zamawiającego zapisy, że moc ta może wynosić 1,5 kWh na dobę są korzystniejsze dla wykonawców. Tymczasem Odwołujący żądał obniżenia progu do 1 kWh na dobę.

Reasumując, ponownego podkreślenie wymaga, że jak wynika z ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa, art. 522 ust. 1 ustawy Pzp nie może być samodzielną podstawą zarzutów odwołania, a skierowanie zarzutów wobec niewykonania żądań uwzględnionego odwołania wymaga ich merytorycznego uzasadnienia. Izba podziela

i przyjmuje za własne poglądy wyrażone w wyroku KIO z dnia 7 lutego 2024 roku (KIO 162/24), wyroku KIO z dnia 26 marca 2023 roku (KIO 781/24), wyroku z dnia 4 lutego 2022 roku (KIO 121/22), wyroku z dnia 31 sierpnia 2022 roku (KIO 2128/22), czy też wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2020 roku (KIO 2628/19). Natomiast przywołane przez Odwołującego stanowisko wyrażone w orzeczeniu Izby z dnia 24 maja 2024 roku (KIO 1499/24), prezentuje ciekawy, aczkolwiek pogląd odosobniony.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....