Sygn. akt: KIO 590/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 lutego 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Centroplast" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mazurach pod numerem 51 (97-400 Bełchatów) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubomierz z siedzibą w Lubomierzu przy Placu Wolności 1 (59-623 Lubomierz)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy K.Ć. i Z.Ć. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Hydrauliczno Budowlanych Z.Ć., K.Ć. s. c. z siedzibą w Biszczy pod numerem 292B (23-425 Biszcza)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2 . Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Centroplast" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mazurach i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 590/24

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

Gmina Lubomierz zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji, pn.: *Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie wiejskim w Gminie Lubomierz i budowa z przebudową odcinka sieci wodociągowej wraz z przyłączami w miejscowości Oleszna Podgórska* o numerze referencyjnym: RT.271.15.2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00087535.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 22 lutego 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Centroplast" Sp. z o.o. z siedzibą w Mazurach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie w jakim w wyniku wyjaśnień do treści SWZ udzielonych przez zamawiającego w odpowiedziach na zadanie pytania do SWZ opublikowanych w dniu 20 lutego 2024 r. w odpowiedzi na pytanie nr 23, 24 i 25 opis przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie wymogu w zakresie wysokości monolitycznej nadbudowy (nie mniej niż 50 cm od góry wlotowej) wskazuje na jednego producenta przydomowych oczyszczalni ścieków, a w konsekwencji na jednego wykonawcę który współpracuje z tym producentem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści dokumentów zamówienia poprzez usunięcie wymagania wprowadzonego w odpowiedzi na pytanie nr 23, 24 i 25 (odpowiedzi na zadane pytania do SWZ z dnia 20 lutego 2024 r.), tj. usunięcia wymagania, że monolityczna nadbudowa (nadbudowy) mają mieć wysokość nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania. Ponadto wskazał, że

w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i ograniczających uczciwą konkurencję wymagań. Ponadto wyjaśnił, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez niego – polegającej na uniemożliwieniu mu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z Pzp ww. czynności zamawiającego
w sposób negatywny oddziałują na możliwości jego udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że Wymóg, iż zbiornik Przydomowej Oczyszczalni Ścieków (POŚ) musi być monolityczny z nadbudową (nadbudowami)
o wysokości nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej został sformułowany przez zamawiającego po raz pierwszy w odpowiedziach na zadane pytania do SWZ opublikowanych na stronie prowadzonego postępowania w dniu 20 lutego 2024 r. We wcześniej udzielonych odpowiedziach tj. w odpowiedzi na pytanie nr 14 zamieszczonej
w odpowiedzi na zadane pytania do SWZ opublikowanej w dniu 13 lutego 2024 r. Zamawiający wskazał: „Należy zastosować zbiorniki monolityczne w całości wraz
z nadbudową monolityczną. Zamawiający dopuszcza zbiorniki monolityczne w całości wraz
z nadbudową monolityczną nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej.” Tym samym wprowadził wymóg stosowania przez wykonawców zbiorników monolitycznych wraz
z nadbudową monolityczną, ale nie wprowadził żadnych wymagań co do wysokości nadbudowy. Wysokość nadbudowy pojawiała się jedynie we fragmencie, w którym zamawiający wskazał jakie oczyszczalnie również uznaje za dopuszczalne do stosowania przez wykonawców w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.
W ocenie odwołującego w połączeniu z innymi wymaganiami technicznymi sformułowanymi przez zamawiającego w odniesieniu do POŚ wymóg, że nadbudowa ma mieć konkretną wysokość (nie mniejszą niż 50 cm od góry wlotowej) powoduje, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na jednego producenta oczyszczalni tj. R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.R. (zwanego dalej jako: „RAPIT”) oraz współpracującego z nim wykonawcę Z.Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrualiczno -Budowlanych Z.Ć. (zwanego dalej jako: „ZUHB Z.Ć.”). Z informacji posiadanych przez odwołującego miało wynikać, że tylko ten producent posiada w ofercie oczyszczalnię wyposażoną w zbiornik POŚ monolityczny z nadbudową (nadbudowami) o wysokości nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej.
Odwołujący wskazał, że wymóg w zakresie konkretnej wysokości nadbudowy (nie mniej niż 50 cm) nie znajduje uzasadnienia technicznego, nie wynika z obowiązujących w Polsce przepisów i norm, w tym nie został one określone w normie PN-EN 12566- 3+A2:2013, której powinien odpowiadać przedmiot zamówienia. Nie występują również uzasadnione potrzeby zamawiającego, które mogłoby przemawiać za jego wprowadzeniem. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego przyjął wysokości nie mniejszą niż 50 cm, a nie np. 35 lub 40 cm od góry rury wlotowej. Wieloletnie doświadczenie odwołującego, który jest producentem oczyszczalni oraz realizuje roboty budowlane związane z ich montażem miało pokazywać, że przyłącza kanalizacyjne w miejscu połączenia z oczyszczalnią posadowione są na różnej głębokości poniżej powierzchni terenu. W opinii odwołującego prowadzone przez zamawiającego ograniczenie może doprowadzić do sytuacji, w której w przypadku płytkiego posadowienia zbiornika nie będzie możliwości dostosowania (zlicowania) pokrywy zbiornika z gruntem wokół posadowionego zbiornika, gdyż nadstawka będzie wystawała ponad grunt – wbrew twierdzeniom zamawiającego jako element stanowiący ze zbiornikiem jeden monolit nie będzie możliwości dostosowania jej wysokości poprzez jej skrócenie – jest to szczególnie istotne w przypadku nadbudów zakończonych gwintem, którego nie można skrócić, gdyż będzie to powodowało brak możliwości zamknięcia pokrywy.
W tym miejscu odwołujący podkreślił, że jest postępowanie o tym przedmiocie jest prowadzone przez zamawiającego po raz trzeci. W poprzednio prowadzonych postępowaniach zamawiający nie stawiał wymagań w zakresie monolityczności zbiornika
i nadbudowy. Wręcz przeciwnie w odpowiedziach na pytania dotyczących dopuszczenia
w postępowaniu wyłącznie oczyszczalni, które mają zbiorniki monolityczne z nadbudową monolityczną (nie spawaną, zgrzewaną) nie mniejszą niż 50 cm od rury wlotowej Zamawiający dotychczas udzielał odpowiedzi, że dopuszcza żeby nadbudowa i zbiornik były monolityczne jako całość lub monolityczny zbiornik i monolityczna nadbudowa były ze sobą zespawane. Jednocześnie zamawiający nie stawiał żadnych wymagań co do wysokości nadbudowy. Taki wymóg pojawił się dopiero w tym postępowaniu (trzecim z kolei), co również pośrednio wskazuje, że kwestionowanie wymaganie nie znajduje uzasadnienia

w obiektywnych potrzebach zamawiającego, gdyż w przeciwnym wypadku zostałoby wprowadzone w poprzednio ogłoszonych postępowaniach lub w pierwotnej wersji dokumentów zamówienia opublikowanej w tym postępowaniu.
Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że kwestionowany wymóg był już przedmiotem orzekania Izby w wyroku z dnia 27 lipca 2023 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1985/23, w którym Izba uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję za zasadny, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu – Gminie Milejczyce modyfikację treści warunków zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca K.Ć. i Z.Ć. prowadzący działalność gospodarczą w
formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Hydrauliczno Budowlanych Z.Ć., K.Ć. s.c. z siedzibą w Biszczy.

W dniu 12 marca 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

W dniu 13 marca 2024 r. również wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe wraz z załącznikami, w którym zawarł stanowisko dla wniosku o odrzucenie względnie oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę K.Ć. i Z.Ć. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Hydrauliczno Budowlanych Z.Ć., K.Ć. s.c. z siedzibą
w Biszczy (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp jako wniesionego po terminie, ponieważ wbrew treści odwołania, kwestionowane
w odwołaniu wymaganie specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej jako: „SWZ", znajduje się w wyjaśnieniach treści SWZ opublikowanych w dniu 13 lutego 2024 roku (odpowiedź na pytanie 14), a nie dopiero w dniu 20 lutego 2024 roku (odpowiedź na pytania nr 23, 24 i 25). Zdaniem przystępującego w udzielonej odpowiedzi na pytanie 14 zamawiający jasno wymagał zastosowania zbiorników monolitycznych w całości wraz
z nadbudową monolityczną (zdanie pierwsze), a w zdaniu drugim jedynie doprecyzował to wymaganie, tj. aby nadbudowa spełniająca wymóg ze zdania pierwszego była nie mniejsza niż 50 cm od góry rury wlotowej. O tym, że tak właśnie należało interpretować zdanie drugie miała świadczyć także treść zapytania nr 24 i 25. Przystępujący stwierdził, że odwołujący nie zaskarżył zmiany opisu przedmiotu zamówienia wynikającej z odpowiedzi na pytanie nr 14
w wyjaśnieniach z 13 lutego 2024 roku, pomimo że mógł i powinien to zrobić, jeżeli wymagania wynikające z odpowiedzi na pytanie nr 14 oceniał jako naruszające przepisy Pzp (czemu przystępujący zaprzeczył). W ocenie przystępującego odpowiedzi na pytania nr 23, 24, 25 z dnia 20 lutego 2024 r. w żaden sposób nie zmieniły wymagań wprowadzonych do opisu przedmiotu zamówienia w odpowiedzi na pytanie nr 14 z 13 lutego 2024 r. Jedynie wymagania te potwierdzały. Pytania nr 23, 24 i 25 stanowiły więc wyłącznie polemikę
z treścią wymagań zmienionych w dniu 13 lutego 2024 r., nie wprowadzając nowych wymagań względem tych, które wynikają z odpowiedzi na pytanie nr 14 z 13 lutego 2024 r.

Jak ustaliła Izba treść pytania nr 14 i udzielonej na nie odpowiedzi w dniu 13 lutego była następująca:
Pytanie14: Czy zamawiający w trosce o wieloletnią bezawaryjną eksploatacje dopuści jedynie oczyszczalnie które mają zbiorniki monolityczne z nadbudową monolityczną (nie spawana, zgrzewaną) nie mniejszą niż 50cm od rury wlotowej.
Odpowiedź: Należy zastosować zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną. Zamawiający dopuszcza zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej.
Ponadto w zbiorczej odpowiedzi na pytania nr 23, 24 i 25 opublikowanej w dniu 20 lutego 2024 r. odwołujący wskazał m. in., że *Zamawiający wymaga, aby zbiornik POŚ był monolityczny z nadbudową (nadbudowami) o wysokości nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej*.

Izba stwierdziła, że powyżej przedstawiona chronologia zdarzeń odnośnie publikowania odpowiedzi na pytania w kontekście odnoszącym się do zakresu odwołania prowadziła do przyjęcia, że w odpowiedzi na pytanie nr 14 z dnia 13 lutego 2024 r. zamawiający określił ostatecznie wymóg w zakresie monolityczności zbiornika w całości wraz nadbudową (zdanie pierwsze ww. odpowiedzi), natomiast jeśli chodziło o wymóg odnoszący się do wysokości nadbudowy, to został on dopuszczony przez zamawiającego (zdanie drugie ww. odpowiedzi). Zwrot „dopuszcza" użyty przez zamawiającego w treści zdania drugiego
w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało interpretować jako uznanie przez zamawiającego, że taki rodzaj asortymentu tj. o wysokości nadbudowy nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej, również został uznany za zgodny z SWZ. Zamawiający dopiero
w odpowiedzi opublikowanej w dniu 20 lutego 2024 r. wprowadził kategoryczne wymaganie, aby zbiornik posiadał nadbudowę nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej. Ponadto odwołujący na posiedzeniu niejawnym wskazał, że odwołanie dotyczyło wyłącznie wymogu wysokości nadbudowy, a nie wymogu monolityczności zbiornika wraz z nadbudową.
Tym samym Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w terminie i nie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od dnia 20 lutego 2024 r., co oznaczało, że odwołanie z dnia 22 lutego 2024 r. zostało wniesione w terminie określonym
w art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp. Ponadto w celu wyeliminowania wszelkich wątpliwości co do ram rozstrzygnięcia Izba skierowała na rozprawę odwołanie w zakresie odnoszącym się wyłącznie do wymogu wysokości nadbudowy. Zasadność wymogu dotyczącego monolityczności zbiornika wraz z nadbudową nie była przedmiotem rozstrzygnięcia.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła stanowiska przystępującego
w zakresie braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania. Przystępujący wyjaśnił, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania ani nie może ponieść szkody, ponieważ spełnia kwestionowane przez siebie wymaganie, tj. posiada w ofercie przydomowe oczyszczalnie ścieków, w których nadbudowa ma wysokość nie mniejszą niż 50 cm od rury wlotowej. Wymaganie to spełnia np. przydomowa oczyszczalnia ścieków Bioekocent 3300 produkowana przez odwołującego. W ocenie przystępującego na ogólnodostępnym schemacie z wymiarami oczyszczalni Bioekocent 3300 przedstawione zostały następujące wymiary: 1420mm-1280mm=140mm jest to wymiar od końca zbiornika do połowy średnicy rury wlotowej, która wynosi 160mm. Od 140mm należy odjąć połowę średnicy rury wlotowej, czyli 80mm, co daje następujące działanie: 140mm-80mm=60 mm. Następnie należy dodać wysokość nadbudowy, tj. 480mm oraz 60 mm, co daje wynik 540mm, czyli 54 cm. Nadbudowa ma zatem wysokość ponad 50 cm od rury wlotowej, zgodny z wymaganiem zamawiającego. Ponadto także na zdjęciach zrobionych przy oczyszczalni Bioekocent 3300 jednoznacznie uwidoczniono, że wymiar od końca nadbudowy do górnej powierzchni rury wlotowej wynosi 545 mm (54,5 cm), co potwierdza spełnienie wymagania minimum 50 cm. Zdaniem przystępującego, odwołujący upatrywał swojego interesu we wniesieniu odwołania w tym, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się
o udzielenie zamówienia, ponieważ wymaganie, aby wysokość nadbudowy była nie niższa niż 50 cm od rury wlotowej uniemożliwia mu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. Tymczasem okoliczność ta nie jest zgodna ze stanem rzeczywistym. Jak wskazał przystępujący, odwołujący posiada w produkowanym przez siebie asortymencie przydomowe oczyszczalnie ścieków, gdzie nadbudowa jest wyższa niż 50 cm od rury wlotowej (wysokość ta wynosi 54-54,5 cm). Wymaganie minimalnej wysokości nadbudowy
w żaden sposób nie ograniczało zatem odwołującemu możliwości złożenia oferty. Według przystępującego jak wynika z orzecznictwa, sytuacja gdy wykonawca składający ofertę spełnia wymaganie, które kwestionuje, nie wpisuje się w spełnienie przesłanki do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 Pzp. W ocenie przystępującego, odwołujący nie posiadał zatem legitymacji do wniesienia odwołania w tym zakresie, ponieważ jego interes nie został zagrożony.

W ocenie składu orzekającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było uznać, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia. W związku tym, że brak interesu nie jest podstawą odrzucenia odwołania, ponieważ jak wynika z treści art. 528 Pzp okoliczność ta nie została wymieniona wśród przesłanek odrzucenia odwołania, które ponadto należy interpretować zawężająco, badanie przez Izbę posiadania interesu we wniesieniu odwołania należy uznać za punkt wyjścia w ramach merytorycznego rozstrzygnięcia. Ustalenia w zakresie interesu mają swoje konsekwencje, ponieważ uznanie, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, skutkuje oddaleniem odwołania, bez konieczności rozstrzygania postawionych zarzutów. Tymczasem w ocenie składu orzekającego wniosek przystępującego odnosił się do materii, którą należało zbadać

w powiązaniu z kwestionowanym przez odwołującego wymogiem, co wymagało analizy całości argumentacji odwołującego oraz *de facto* sformułowania rozstrzygnięcia w zakresie podniesionego zarzutu. Tym samym okoliczności wskazane przez przystępującego wiązały się z koniecznością merytorycznego rozpoznania zarzutu z uwzględnieniem argumentacji stron i uczestnika oraz stanowiły właściwie argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania. W związku z tym nie można była uznać, że odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania szczególnie, że w odwołaniu kwestia interesu została inaczej opisana przez odwołującego niż przedstawił to przystępujący w swoim wniosku. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania, natomiast powyżej przedstawione argumenty przystępującego Izba potraktowała jako poparcie stanowiska dla wniosku o oddalenie odwołania i miały ona znaczenie dla rozstrzygnięcia, co znalazło swoje odzwierciedlenie w dalszej części uzasadnienia.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 marca 2024 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ");
- wyjaśnienia treści SWZ opublikowane w dniu 13 lutego 2024 oraz 20 lutego 2024 r.;
- oferty złożone w postępowaniu w ramach części 1, 2 i 3 zamówienia;

2)dokumenty złożone przez przystępującego wraz z pismem procesowym:
- schemat biologicznej oczyszczalni Bioekocent 3300;
- 4 zdjęcia oczyszczalni obrazujące pomiary wysokości nadbudowy ponad rurę wylotową;

3)dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego:
- odwołanie z dnia 24 lipca 2023 r., wniesione przez Z.Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrauliczno Budowlanych Z.Ć. z siedzibą w Biszczy w związku z postępowaniem prowadzonym prze Gminę Rudnik;
- wyciąg prezentujący z pytania i odpowiedzi z różnych postępowań przetargowych obejmujących budowę przydomowych oczyszczalni ścieków;
- wydruki ze stron internetowych producentów przydomowych oczyszczalni;

4)dokumenty złożone na rozprawie przez przystępującego:
- wydruki informacji ze stron internetowych producentów oczyszczalni: Euro-plast, HABA, GRAF oraz oświadczenie z dnia 26 lipca 2023 r. złożone przedstawiciela BamarTech Sp. j. B. Czub, M. Wolnik;
- 4 zdjęcia mające dotyczyć oczyszczalni Bioekocent 3300;
- opinię projektanta wskazująca na zasadność stosowania nadstawki o wysokości 50 cm;

-fragment wytycznych montażu i eksploatacji oczyszczalni Bioekocent 3300 (str. 6).

Izba ustaliła co następuje

Przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu było zaprojektowanie i wykonanie dwóch zadań polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy miejsko wiejskiej Lubomierz (1, 2 i 3 część zamówienia) oraz zaprojektowaniu i budowie z przebudową sieci wodociągowej i przyłączy wodociągowych w miejscowości Oleszna Podgórska (4 część zamówienia).

Treść pytania nr 14 i udzielonej na nie odpowiedzi w dniu 13 lutego była następująca:

Pytanie14: Czy zamawiający w trosce o wieloletnią bezawaryjną eksploatacje dopuści jedynie oczyszczalnie które mają zbiorniki monolityczne z nadbudową monolityczną (nie spawana, zgrzewaną) nie mniejszą niż 50cm od rury wlotowej.

Odpowiedź: Należy zastosować zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną. Zamawiający dopuszcza zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej.

Ponadto w zbiorczej odpowiedzi na pytania nr 23, 24 i 25 opublikowanej w dniu 20 lutego 2024 r. odwołujący wskazał m. in., że *Zamawiający wymaga, aby zbiornik POŚ był monolityczny z nadbudową (nadbudowami) o wysokości nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej.*

W dniu 20 lutego 2024 r. zamawiający opublikował odpowiedź na pytania nr 23, 24 i 24. Treść pytań i odpowiedzi była następująca:

Pytanie 23:

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie dotyczące monolityczności zbiornika i nadbudowy: „Należy zastosować zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną. Zamawiający dopuszcza zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej." Tak postawiony wymóg sprawia, że zostanie dopuszczona oczyszczalnia, która składa się ze zbiornika zintegrowanego z nadbudową o absurdalnej wysokości np. 1 cm, kiedy wiemy, że stosuje się nadbudowy o wiele wyższe. W efekcie wszyscy

użytkownicy będą mieli oczyszczalnie, które wymagają dodatkowej nadbudowy już nie zintegrowanej ze zbiornikiem czyli np. skręcone, na uszczelkę (niczym niezabezpieczone). Co więcej nawet ta monolityczna nadbudowa wymaga dołożenia dodatkowej nadbudowy na etapie prac montażowych z uwagi na ukształtowanie terenu oraz umiejscowienie głębokości przyłącza kanalizacyjnego.

(…)

Reasumujący, czy Zamawiający dopuszcza, żeby nadbudowa i zbiornik były monolityczne jako całość lub monolityczny zbiornik i monolityczna nadbudowa były ze sobą zespawane?

Pytanie 24: *Mając na uwadze to, że głębokości przykanailków będą umiejscowione na różnych głębokościach w poszczególnych lokalizacjach a w związku z tym oczyszczalnie montowane będą na różnych głębokościach i wymagać będą różnych długości nadbudów celem zlicowania włazów oczyszczalni z gruntem, czy Zamawiający może określić jakiej wysokości nadbudowy będzie trzeba dodatkowo dołożyć do każdej z montowanych oczyszczalni? Jeśli nie jest możliwe określenie na obecnym etapie wysokości nadbudów*

w poszczególnych lokalizacjach, jaki jest cel Zamawiającego, który wymaga: „Należy zastosować zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną. Zamawiający dopuszcza zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej". Czy w przypadku braku możliwości określenia wysokości nadbudowy włazów oczyszczalni, Zamawiający nie będzie stawiał żadnych dodatkowych wymagań dotyczących nadbudów dla oczyszczalni ścieków spełniających wymogi normy PN-EN 12566-3+A1:2009?

Pytanie 25: *Na jakich głębokościach znajdują się rury doprowadzające ściek surowy*

w przewidywanych lokalizacjach przydomowych oczyszczalniach ścieków? Teren inwestycji znajduje się w I strefie przemarzania, gdzie głębokość przemarzania hz = 0,8m. Zatem rura wlotowa oczyszczalni powinna znajdować się na głębokości minimum 1m p.p.t. Z kolei zgodnie z odpowiedzią na zadane w sposób tendencyjny i ukierunkowujący na określonego producenta oczyszczalni, pytanie dotyczące monolityczności zbiornika i nadbudowy: „Czy zamawiający w trosce o wieloletnią bezawaryjną eksploatacje dopuści jedynie oczyszczalnie które mają zbiorniki monolityczne z nadbudową monolityczną (nie spawana, zgrzewaną) nie mniejszą niż 50cm od rury wlotowej.", Zamawiający stwierdził: „Należy zastosować zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną. Zamawiający dopuszcza zbiorniki monolityczne w całości wraz z nadbudową monolityczną nie mniejszą niż 50 cm od góry rury wlotowej". W związku z powyższym jest oczywistym, że nawet wymagając, żeby zbiornik

i nadbudowa stanowiły integralny, pojedynczy element, nadbudowa musiałaby mieć 1m

i więcej, gdyż być może na niektórych obiektach, rury doprowadzające ścieki surowe są posadowione głębiej. Zatem wymagając nadbudowy i zbiornika zintegrowanego, należy określić dużo wyższą aniżeli 50 cm wysokość nadbudowy z możliwością przycięcia.

W związku z powyższym wymóg Zamawiającego dotyczący zastosowania zbiorników monolitycznych w całości wraz z nadbudową monolityczną jest kompletnie bezzasadny i nie mający uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego. Tak postawiony wymóg ewidentnie narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie rynku potencjalnych wykonawców do jednego, czy dwóch, spośród tych, którzy działają w danej dziedzinie.

Odpowiedź na pytanie 23, 24 i 25:

Zamawiający wymaga, aby zbiornik POŚ był monolityczny z nadbudową (nadbudowami)

o wysokości nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej. Oczywiste jest ,że nadbudowę (nadbudowy) należy dopasować do konkretnych warunków zależnych od ukształtowania terenu oraz zagłębienia dopływu ścieków surowych i związane to jest z wykonaniem" zwyżki " nadbudowy, którą należy połączyć poprzez spawanie czy zgrzewanie do części nadbudowy będącej integralną częścią monolitycznego zbiornika POŚ.

Wykonawca może przyjąć (zamawiający tego nie zabrania) wykonanie POŚ z nadbudową

(nadbudowami) o większej wysokości np. 1,5 m od góry rury wlotowej , później w trakcie montażu POŚ przyciąć nadbudowy do wysokości odpowiadającej konkretnej lokalizacji, lub przyjąć zbiornik monolityczny POŚ z nadbudowami o wysokości nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej. Przyjęta minimalna wysokość nadbudowy ma ułatwić swobodne dokonanie przedłużenia nadbudów poprzez spawanie zgrzewanie" zwyżki" do wysokości wymaganej dla konkretnej lokalizacji. Nadbudowy i "zwyżki" muszą być wykonane z tego samego materiału co zbiornik monolityczny POŚ.

W dniu 23 lutego 2024 r. upłynął termin składania ofert w postępowaniu. W ramach części 1, 2 i 3 postępowania, obejmujących zaprojektowanie i wykonanie przydomowych oczyszczalni ścieków, oferty złożyło czterech wykonawców:

1) konsorcjum: "JADAR" S.C. J.N. I A.B., EKO-MEL Sp.
z o.o. oraz FHU EKOTECH s.c. Mariusz i D.H.;
2) EMKAN-PRO K.M.;
3) przystępujący;
4) FRANKO max Ł.F..

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 99 ust. 1 i 4 Pzp – *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.
(…)
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.;
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający po raz kolejny podkreślił, że przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie był wyłącznie wymóg dotyczący wysokości nadbudowy ustalonej jako nie mniejszy niż 50 cm od góry rury wlotowej, który został wprowadzony przez zamawiającego w sposób kategoryczny w związku z odpowiedzią na pytania nr 23, 24 i 25 opublikowaną w dniu 20 lutego 2024 r. Po analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i uczestnika Izba uznała, że kwestionowany wymóg nie ograniczał konkurencji w sposób określony w art. 99 ust. 4 Pzp oraz nie naruszał zasad systemu zamówień publicznych opisanych w art. 16 Pzp. Z pewnością nie stanowił on również naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp, ponieważ w żaden sposób nie można było uznać, że wymóg ten był niejednoznaczny lub niewyczerpujący czy też opisany został za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń. Zdaniem Izby stanowisko zamawiającego co do wysokości nadbudowy wyrażone w odpowiedzi z dnia 20 lutego 2024 r. było jasne i klarowne oraz nie pozostawiało wątpliwości interpretacyjnych.

Przechodząc do *meritum* Izba stwierdziła, że przede wszystkim nie potwierdził się główny argument odwołującego wskazujący, że w połączeniu z innymi wymaganiami technicznymi sformułowanymi przez zamawiającego w odniesieniu do POŚ zastosowany wymóg wysokości nadbudowy powodował, że opis przedmiotu zamówienia wskazywał na jednego producenta oczyszczalni tj. R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.R. oraz współpracującego z nim wykonawcę Z.Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrualiczno-Budowlanych Z.Ć.. Odwołujący wskazywał, że z posiadanych przez niego info informacji wynikało, że tylko ten producent posiada w ofercie oczyszczalnię wyposażoną w zbiornik POŚ monolityczny z nadbudową (nadbudowami) o wysokości nie mniejszej niż 50 cm od góry rury wlotowej. Powyżej przedstawionego twierdzenia odwołującemu nie udało się udowodnić, ani potwierdzić. Jedyny dowód w tym zakresie złożony przez odwołującego obejmował wydruki ze stron internetowych producentów przydomowych oczyszczalni, jednakże z dowodu tego nie wynikało, że żaden producent (oprócz podmiotu RAPIT), nie oferuje oczyszczalni z nadbudową o wysokości nie mniejszej niż 50 cm. Tylko w jednym z wydruków złożonych przez odwołującego w ramach przedmiotowego dowodu został podany wymiar nadstawki, czyli w nadbudowy i został on oznaczony jako h=0,5 m. Tym samym dowód ten potwierdzał, że inni producenci oferują asortyment objęty zamówieniem z nadstawkami nie mniejszymi niż 50 cm. Ponadto przystępujący złożył dowody, z których wynikało, że inni producenci niż ten wskazany przez odwołującego również oferują oczyszczalnie z nadstawkami o wysokości co najmniej 50 cm. Dodatkowo twierdzenie odwołującego pośrednio podważyła okoliczność złożenia ofert przez czterech wykonawców w ramach części 1, 2 i 3 zamówienia. Wśród tych wykonawców był co prawda podmiot wskazany przez odwołującego jako jedyny wykonawca współpracujący
z producentem RAPIT, ale nie można było pominąć faktu, że w częściach zamówienia dotyczących budowy oczyszczalni przydomowych oferty złożyli trzej inni wykonawcy. Na moment rozpoznania odwołania czynność badania ofert w postępowaniu nie została jeszcze co prawda zakończona, przez co nie wiadomo jaki ostatecznie był wynik tego badania, jednak okoliczność złożenia kilku ofert w postępowaniu w powiązaniu z innymi dowodami stanowiła przesłankę podważającą stanowisko odwołującego. Poza tym przystępujący złożył dowody, które potwierdzały, że odwołujący posiada w ofercie przydomowe oczyszczalnie ścieków, w których nadbudowa ma wysokość nie mniejszą niż 50 cm od rury wlotowej. Wymaganie to miała spełniać przydomowa oczyszczalnia ścieków Bioekocent 3300 produkcji odwołującego, której wysokość nadbudowy miała wynosić 54 cm. Odwołujący próbował podważać dowody przystępującego wskazując, że nie wiadomo czy złożone zdjęcia dotyczą rzeczywiściw ww. oczyszczalni. Warto przy tym jednak zauważyć, że przystępujący złożył także schemat biologicznej oczyszczalni Bioekocent 3300, który zawierał

wymiary potwierdzające prawidłowość wyliczeń zastosowanych przez przystępującego przy wskazaniu wysokości nadbudowy oczyszczalni produkowanej przez odwołującego. Odwołujący nie złożył przy tym dowodu, który mógłby podważyć argumentację przystępującego, zatem Izba tym bardziej nie znalazła powodów do jej zakwestionowania.

Argumentacji odwołującego nie potwierdziły również pozostałe złożone przez niego dowody. Jeden z dowodów dotyczył odwołania z dnia 24 lipca 2023 r., wniesionego przez Z.Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrauliczno Budowlanych Z.Ć. z siedzibą w Biszczy w związku
z postępowaniem prowadzonym prze Gminę Rudnik. Dowód ten miał potwierdzać, że
w innym postępowaniu przystępujący kwestionował zgodność oferty odwołującego
z warunkami zamówienia w związku z wymogiem dotyczącym wysokości nadbudowy.
W kontekście tego dowodu Izba zwróciła uwagę, że odwołanie objęte przedmiotowym dowodem doprowadziło do wydania wyroku z dnia 8 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2159/23, w którym Izba uwzględniła odwołanie obecnego przystępującego. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba stwierdziła m. in., że *Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego oraz wykonawcę (…) składa się m.in. ze zbiornika, do którego nadbudowa jest dospawana. Tym samym urządzenie to nie odpowiada warunkom zamówienia, postawionym przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 3*
z dnia 5 maja 2023 roku i uzasadnia odrzucenie ofert złożonych przez przystępującego
i wykonawcę (…) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. (…) *Izba wskazuje, że tym samym przystępujący potwierdził, że produkowany przez niego zbiornik posiada dospawaną nadbudowę, co jest sprzeczne z warunkami przedmiotowego zamówienia*. Powyżej przytoczony fragment z orzeczenia w sprawie KIO 2159/23 potwierdził, że Izba uznała, iż oczyszczalnia produkcji odwołującego nie spełniła wymogu w zakresie monolityczności zbiornika w całości wraz z nadbudową, a nie wysokości nadbudowy czego wyłącznie dotyczyło przedmiotowe odwołanie. Tym samym teza dowodowa na okoliczność, której złożony został przedmiotowy dowód nie znalazła potwierdzenia.
Ostatni dowód złożony przez odwołującego stanowił wyciąg prezentujący pytania
i odpowiedzi z różnych postępowań przetargowych obejmujących budowę przydomowych oczyszczalni ścieków. Dowód ten potwierdzał co najwyżej, że różni zamawiający różnie podchodzili do kwestionowanego wymogu. Część z nich określała wymóg w zakresie wysokości nadbudowy, a cześć tego nie robiła. W związku z tym nie można było
z przedmiotowego dowodu wyciągnąć jednoznacznego wniosku, że wymóg dotyczący wysokości nadbudowy (nie mniejszej niż 50 cm) stanowił naruszenie przepisów wymienionych w treści zarzutu.
Z argumentacji odwołującego, a szczególnie ze złożonych przez niego dowodów można było pokusić się o postawienie wniosku, że dla odwołującego *de facto* dolegliwy był przede wszystkim wymóg dotyczący monolitycznego zbiornika wraz z nadbudową, a nie wymóg wysokości nadbudowy. Rozpoznając wniosek o odrzucenie odwołania Izba ustaliła (co potwierdził również odwołujący), że odwołanie nie dotyczyło wymogu monolityczności zbiornika wraz z nadbudową w związku z tym argumentacja z tym związana nie mogła zostać wzięta pod uwagę przy rozstrzyganiu przedmiotowego odwołania. Z tego też względu w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że wyrok z dnia 27 lipca 2023 r.
w sprawie o sygn. akt KIO 1985/23, przywołany przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania, nie mógł potwierdzić argumentacji odwołującego, ponieważ zapadł w innym stanie faktycznym. W ww. orzeczeniu kwestionowane wymaganie dotyczyło nadbudowy monolitycznej wyprodukowanej łącznie ze zbiornikiem o wysokości minimum 50cm ponad rurę wlotową zbiornika. W przedmiotowej sprawie z racji pewnego rozdzielenia w czasie zastosowania przez zamawiającego przedmiotowego wymogu, które doprowadziło do tego, że początkowo zamawiający wprowadził wymóg monolityczności zbiornika i nadbudowy,
a dopiero potem minimalnej wysokości nadbudowy, ostatecznie przedmiotem zaskarżenia objęty został wyłącznie wymóg wysokości nadbudowy, który w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie prowadził do naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp.
W tej sytuacji nie można było stwierdzić, że kwestionowany wymóg nie odpowiadał potrzebom zamawiającego. W ocenie Izby zamawiający przy okazji odpowiedzi na pytania 23, 24 i 25 zasugerował powody postawionego wymagania, które miały umożliwić usprawnienie prac związanych z montażem oczyszczalni. Poza tym, co istotne, skoro odwołujący nie wykazał, że przyjęty przez zamawiającego parametr w zakresie wysokości nadbudowy ograniczał konkurencję to nie można było dyskwalifikować go z uwagi na to, że nie odpowiadał on potrzebom zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania

odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:…….