

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Z.Ć.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Rudnik w Rudniku**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "CENTROPLAST" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.; dalej: ustawa P.z.p.) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "CENTROPLAST" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie** i wykonawcę **K.S.**, mimo że są one niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawcy zaoferowali przydomową oczyszczalnię ścieków, która nie spełnia wymogu, aby nadbudowa zbiornika stanowiła monolit ze zbiornikiem do wysokości nie mniejszej niż 50 cm od rury wylotowej ze zbiornika, oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "CENTROPLAST" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie**, mimo że ta podlegała odrzuceniu i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Rudnik w Rudniku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "CENTROPLAST" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie** i wykonawcy **K.S.** i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "CENTROPLAST" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie** i wykonawcę **K.S.**, mimo że są one niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawcy zaoferowali przydomową oczyszczalnię ścieków, która nie spełnia wymogu montażu zbiorników oczyszczalni przy poziomie wód gruntowych sięgających minimalnie połowie wysokości zbiorników oczyszczalni;

3. pozostawia bez rozpoznania pozostałe zarzuty odwołania;

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Gminę Rudnik w Rudniku** (w wysokości 2/3 kosztów postępowania) oraz wykonawcę **Z.Ć.** (w wysokości 1/3 kosztów postępowania) i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Z.Ć.** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą sumę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez wykonawcę **Z.Ć.** (w wysokości 3 600 zł 00 gr) oraz zamawiającego – **Gminę Rudnik w Rudniku** (w wysokości 3 600 zł 00 gr) tytułem wynagrodzenia pełnomocników;

4.2. zasądza od zamawiającego – **Gminy Rudnik w Rudniku** – na rzecz wykonawcy **Z.Ć.** kwotę **7 867 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą różnicę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez wykonawcę **Z.Ć.** z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika wobec kosztów, jakimi został obciążony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2159/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rudnik w Rudniku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Rudnik.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 lipca 2023 roku wykonawca Z.Ć. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1. wyboru przez zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. z siedzibą w Mazurach (dalej także: przystępujący) oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. z siedzibą w Bełchatowie i wykonawcę K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KMS MEDIA K.S. z siedzibą w Sitaniec Kolonia;
2. zaniechania prawidłowej, wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. i co najmniej zaniechania wezwania do dodatkowych wyjaśnień P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. w zakresie kluczowych dla wyceny informacji dotyczących zaoferowanej przydomowej oczyszczalni ścieków (POŚ), ponieważ wykonawca ten nie udzielił odpowiedzi w tym zakresie w treści złożonych wyjaśnień;
3. zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie danych partnera handlowego, kosztów wyprodukowania oczyszczalni oraz wzoru umowy o pracę, polityki bezpieczeństwa informacji, wzoru oświadczenia o zachowaniu poufności i wzoru umowy o zachowaniu poufności;
4. zaniechania czynności wezwania wykonawcy P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, określonego w Rozdziale 6.1.4 pkt 1 SWZ;
5. zaniechania czynności wezwania wystawcy referencji dla P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, określonego w Rozdziale 6.1.4 pkt 1 SWZ do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wskazanej w referencjach „inwestycji”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. i wykonawcę K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KMS MEDIA K.S. mimo że są one niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawcy zaoferowali przydomową oczyszczalnię ścieków, która nie spełnia wymogu montażu zbiorników oczyszczalni przy poziomie wód gruntowych sięgających minimalnie połowie wysokości zbiorników oczyszczalni oraz wymogu, aby nadbudowa zbiornika stanowiła monolit ze zbiornikiem do wysokości nie mniejszej niż 50 cm od rury wylotowej ze zbiornika,
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o., mimo że ta podlegała odrzuceniu,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z punktu 1 i wynikowego zarzutu z punktu 2:

- 3) art. 224 ust. 2 i 6 ustawy w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy oraz art. 16 ustawy poprzez zaniechanie prawidłowej, wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. i zaniechanie wezwania do dodatkowych wyjaśnień P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. sytuacji, w której przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co zaoferowanego przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 223 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. do wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanej POŚ pomimo że na podstawie treści wyjaśnień Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do zgodności przedmiotu oferty z warunkami zamówienia z uwagi na złożone oświadczenie, że P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o. o. zaoferował w ramach zamówienia POŚ własnej produkcji, a nie posiada on produktu spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym wskazane w dalszej części odwołania,

5) art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie danych partnera handlowego, kosztów wyprodukowania oczyszczalni oraz wzoru umowy o pracę, polityki bezpieczeństwa informacji, wzoru oświadczenia o zachowaniu poufności i wzoru umowy o zachowaniu poufności,

6) art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy P.P.H. „CENTROPLAST” sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, określonego w Rozdziale 6.1.4 pkt 1 SWZ, mimo że z przedłożonego wykazu robót nie wynika, czy wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, która polegała na budowie minimum 30 szt. przydomowych oczyszczalni ścieków, a przedłożone dokumenty nie mogą być uznane za jednoznaczne i wiarygodne potwierdzenie powyższego;

7) art. 128 ust. 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, tj. do wystawców referencji w zakresie „inwestycji” wskazanej w wykazie robót budowlanych na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w rozdziale 6.1.4. pkt 1 SWZ, pomimo że treść złożonych dokumentów powinna budzić wątpliwości zamawiającego w zakresie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu,

8) art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty wykonawcy P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o., mimo że istnieją uzasadnione wątpliwości co do zgodności oferty z warunkami zamówienia oraz co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (w rozdziale 6.1.4. pkt 1 SWZ).

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia jako niezgodnych z warunkami zamówienia ofert złożonych przez wykonawcę P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o. i wykonawcę K.S. i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie:

3) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o. wraz ze wszystkimi załącznikami,

4) wezwania wykonawcy P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, określonego w rozdz. 6.1.4. pkt 1 SWZ oraz uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia,

5) zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, tj. do wystawców referencji w zakresie „inwestycji” wskazanej w wykazie robót budowlanych na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w rozdz. 6.1.4. pkt 1 SWZ.

Odwolujący wniósł także, na podstawie art. 573 ustawy P.z.p., o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 4 sierpnia 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Rudnik”. Zakres zadania obejmuje roboty budowlane, polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu 58 sztuk mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków (POŚ).

Zgodnie z punktem 4.8. SWZL (Rozdział 4 SWZ, strona 7): „Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.”

Dowód: SWZ

Zamawiający nie wymagał również wskazania w formularzu cenowym producenta, modelu ani numeru seryjnego oferowanych urządzeń.

Dowód: formularz cenowy

Pismem z dnia 9 maja 2023 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania z dnia 5 maja 2023 roku: na pytanie o treści:

Pytanie 1:

„Czy z uwagi na wysokie poziomy wód gruntowych oraz zabezpieczając się przed wyparciem przydomowych oczyszczalni przez wodę i zachowaniem pełnej szczelności zbiornika. Zamawiający będzie wymagał, aby oferowane urządzenia miały możliwość posadowienia w gruntach mokrych (WET) o wartości minimalnej 1m.”

Odpowiedź:

„Zamawiający wymaga, aby wytrzymałość konstrukcji zbiorników oczyszczalni została potwierdzona raportem z badań, który udokumentuje możliwość montażu zbiorników oczyszczalni przy poziomie wód gruntowych sięgających minimalnie połowie wysokości zbiorników oczyszczalni.

Pytanie 3:

„Czy zamawiający w trosce o wieloletnią bezawaryjną eksploatację dopuści jedynie oczyszczalnie, które mają zbiorniki monolityczne z nadbudową monolityczną wykonaną łącznie ze zbiornikiem (nie spawana, zgrzewaną) nie mniejszą niż 50 cm od rury wlotowej.”

Odpowiedź:

„Zamawiający wymaga, aby nadbudowa zbiornika stanowiła monolit ze zbiornikiem do wysokości nie mniejszej niż 50 cm od rury wylotowej ze zbiornika. Zamawiający wyklucza zastosowanie urządzeń oczyszczalni, w których nadbudowa zbiornika powstaje poprzez spawanie i zgrzewanie.”

Zamawiający udzielił w dniu 09 maja 2023 r. odpowiedzi na pytanie z zestawu pytań z dnia 2 maja 2023 roku:

Pytanie 3:

„Z uwagi na bardzo częste przypadki oferowania w postępowaniach przetargowych oczyszczalni innych od tych, które następnie Wykonawca fizycznie dostarcza na plac budowy, czy Zamawiający będzie wymagał, aby Wykonawca, którego oferta będzie najkorzystniejsza przed podpisaniem umowy z Zamawiającym dostarczył do wglądu Zamawiającemu oferowaną oczyszczalnię celem zweryfikowania przez Zamawiającego zgodności urządzenia z deklarowanym w ofercie jak również zapisami STWIORB i dokumentacji projektowej (np. technologia, materiał wykonania, pojemność komór)?”

Odpowiedź:

„Wykonawca deklaruje w ofercie wykonanie zamówienia zgodnie z zakresem robót zamieszczonym w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ oraz dokumentacji projektowej. Na etapie budowy Zamawiający nie dopuści zastosowania urządzeń niezgodnych z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ, w dokumentacji projektowej oraz STWIORB”.

Dowód: pismo z dnia 9 maja 2023 roku

W dniu 11.05.2023 r. zamawiający udzielił na pytania z zestawu pytań z dnia 10 maja 2023 roku.

Pytanie 1:

„Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze powyższe proszę o odpowiedź, w jaki sposób Zamawiający dokona weryfikacji zgodności zaoferowanej technologii pracy oczyszczalni z zaprojektowaną oczyszczalnią biorąc pod uwagę brak wymogu załączenia przedmiotowych środków dowodowych, jak również to, że formularz oferty ani formularz cenowy nie zawierają w swojej treści wskazania ani modelu ani typu urządzenia? Dodatkowo wskazać należy na rozbieżności w dokumentacji projektowej zamieszczonej przez Zamawiającego na platformie e-Zamówienia - inna technologia wskazana jest w STWIORB oraz inna w Projekcie budowlanym. Dbając o interes gminy oraz mieszkańców koniecznym jest weryfikacja

zgodności przedmiotu zamówienia z zaprojektowaną oczyszczalnią na etapie oceny ofert, tym bardziej, że Zamawiający w sposób rozbieżny wskazuje technologię pracy urządzeń. W związku z powyższym zasadnym byłby wymóg wskazania chociażby modelu i typu oczyszczalni we wzorze formularza cenowego. Czy Zamawiający zmieni wzór formularza cenowego i będzie wymagał wskazania w nim modelu i typu oczyszczalni ścieków?”.

Odpowiedź:

„Wykonawca jest zobowiązany zaoferować wykonanie zamówienia zgodnie z zakresem robót zamieszczonym w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ oraz dokumentacji projektowej. Udzielone odpowiedzi na pytania Wykonawców, stanowią integralną część opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie realizacji inwestycji przy zatwierdzaniu wniosków materiałowych zweryfikuje zgodność oferowanych rozwiązań z opisem przedmiotu zamówienia.”

Dowód: pismo z dnia 11 maja 2023 roku

Wykonawca K.S. oraz przystępujący zaoferowali oczyszczalnię ścieków Bioekocent 3300, której producentem jest przystępujący.

Dowód: oferta handlowa z dnia 11 maja 2023 roku P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o. stanowiąca załącznik do pisma wykonawcy K.S. z dnia 26 maja 2023 roku (wyjaśnienia ceny), w przypadku przystępującego – okoliczność przyznana (pismo procesowe z dnia 4 sierpnia 2023 roku, str. 3, motyw 11)

Wysokość zbiornika do nadbudowy w zaoferowanym modelu wynosi 142 cm.

Dowód: okoliczność bezsporna

Oczyszczalnia Bioekocent 3300 posiada możliwość montażu zbiorników przy poziomie wód gruntowych (WET) w wymiarze $\leq 1,8$ m

Dowód: protokół z oceny właściwości wyrobu nr ewid. 1017-CPR-05.784.465, rewizja nr 6, z dnia 2 lutego 2023 roku

Produkowana przez przystępującego oczyszczalnia posiada zbiornik, do którego nadbudowa jest dospawana.

Dowód: okoliczność przyznana przez przystępującego w piśmie procesowym z dnia 4 sierpnia 2023 roku, str. 4, motyw 22, oraz w oświadczeniu złożonym na rozprawie (protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 4 sierpnia 2023 roku, str. 7)

Pismem z dnia 19 lipca 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego i wykonawcę K.S., mimo że są one niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawcy zaoferowali przydomową oczyszczalnię ścieków, która nie spełnia wymogu, aby nadbudowa zbiornika stanowiła monolit ze zbiornikiem do wysokości nie mniejszej niż 50 cm od rury wylotowej ze zbiornika, oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty przystępującego, mimo że ta podlegała odrzuceniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego i wykonawcę K.S., mimo że są one niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawcy zaoferowali przydomową oczyszczalnię ścieków, która nie spełnia wymogu montażu zbiorników oczyszczalni przy poziomie wód gruntowych sięgających minimalnie połowie wysokości zbiorników oczyszczalni.

Pozostałe zarzuty, jako podniesione ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów 1 i 2 odwołania, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający postawił warunek dotyczący konstrukcji zbiornika, polegający na tym, że nadbudowa zbiornika winna stanowić monolit ze zbiornikiem do wysokości nie mniejszej niż 50 cm od rury wylotowej ze zbiornika. Zamawiający wykluczył zastosowanie urządzeń oczyszczalni, w których nadbudowa zbiornika powstaje poprzez spawanie i zgrzewanie. Warunek ten został postawiony w odpowiedzi na pytanie 3 zestawu pytań z dnia 5 maja 2023 roku.

Izba zwraca uwagę, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p.). Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert (art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p.). *Ratio legis* art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p. polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w SWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwieniu podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (zob. wyrok z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 368/11).

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1615/18). Analogicznie w przypadku zmiany treści istotnych warunków zamówienia. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią s.i.w.z. i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15).”

Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, że wykonawcy związani byli treścią odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 5 maja 2023 roku i obowiązani byli zaoferować produkt, który spełniał wymogi zamawiającego w tym zakresie. Z kolei zamawiający, dokonując oceny ofert, winien, dokonując tej czynności, uwzględnić treść udzielonej odpowiedzi.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego oraz wykonawcę K.S. 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 K.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Przystępujący w treści pisma procesowego z dnia 4 sierpnia 2023 roku (motyw 22 i 23) wskazał, że produkowane przez niego oczyszczalnie są wykonywane w procesie rotomouldingu, którego prawidłowe przeprowadzenie (spawanie i zgrzewanie) powoduje, że łączenie dwóch elementów prowadzi do utworzenia się w złączu takiej samej struktury jak w materiale rodzimym, czyli monolitu.

Izba wskazuje, że tym samym przystępujący potwierdził, że produkowany przez niego zbiornik posiada dospawaną nadbudowę, co jest sprzeczne z warunkami przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie przystępujący, poza stwierdzeniem zawartym w piśmie procesowym, nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie okoliczności potwierdzających jego stanowisko w kwestii tego, iż technologia zastosowana przy produkcji zbiornika powoduje, że otrzymany produkt stanowi monolit. Ponadto Izba przeprowadziła dowód z dołączonych do odwołania treści odwołań, które przystępujący składał w innych postępowaniach dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia: z dnia 6 lipca 2023 roku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Łopuszno, z dnia 10 lipca 2023 roku w postępowaniach prowadzonych przez Gminę Milejczyce i Piaski. Izba ustaliła, że stwierdzenie to pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem przystępującego, wyrażonym we wskazanych odwołaniach, gdzie przystępujący stwierdził, iż: tylko Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z.Ć. posiada w ofercie oczyszczalnię z nadbudową monolityczną, wykonaną razem ze zbiornikiem i będącą integralną jego częścią.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez przystępującego pisma TÚV SÚD Czech s.r.o. z dnia 16 sierpnia 2019 roku na okoliczność wykazania, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego i wykonawcę K.S. spełnia warunki zamówienia, niemniej jednak stwierdziła, że treść tego pisma nie wskazuje na okoliczności, które miały zostać nim udowodnione. Z treści pisma nie wynika bowiem, że zaoferowana oczyszczalnia posiada zbiornik stanowiący monolityczną całość z jego nadbudową, ale że cała oczyszczalnia jest urządzeniem monolitycznym, która to okoliczność nie była kwestionowana w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie podziela wykładni odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 5 maja 2023 roku,

dokonanej przez przystępującego w treści pisma procesowego z dnia 4 sierpnia 2023 roku, z której wynika, że wymóg dotyczący monolityczności dotyczył wyłącznie sposobu wytwarzania nadbudowy zbiornika, nie zaś sposobu łączenia nadbudowy ze zbiornikiem. Przystępujący wniosek taki wywiódł ze zdania drugiego udzielonej odpowiedzi. Przeciwno takiej interpretacji przemawia zarówno treść zadanego pytania, z której wynika, że wykonawca pyta o sposób wykonania zbiornika wraz z nadbudową, jak również treść zdania pierwszego odpowiedzi, która jasno wskazuje, że zamawiający wymagał zbiornika stanowiącego monolit z nadbudową. Przystępujący w dokonanej analizie pominął kontekst zadanego pytania i ograniczył się jedynie do interpretacji jednej części odpowiedzi. Wykładnia taka, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, jest w ocenie Izby nieuprawniona i nielogiczna.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego, jakoby w tym przypadku doszło do niejasności stawianego wymogu, która to niejasność powoduje, że interpretacja udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi winna być dokonana na korzyść przystępującego. Zdaniem Izby stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi jest jasne i klarowne i nie pozostawia wątpliwości co do rzeczywistych intencji zamawiającego.

Faktem jest, że zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, jak również nie wymagał wskazania w formularzu cenowym producenta, modelu ani numeru seryjnego oferowanych urządzeń. Niemniej jednak wykonawcy w formularzu cenowym składali oświadczenie o wykonaniu zamówienia zgodnie z zakresem robót zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ oraz dokumentacji projektowej. Jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pojawiają się wątpliwości w zakresie tego, czy przedmiot zamówienia zawarty w ofercie jest zgodny z warunkami zamówienia, ich pominięcie przy dokonywanej ocenie zarzutu należałoby uznać za istotne zaniechanie w zakresie wszechstronnego wyjaśnienia sprawy.

W toku postępowania zamawiający wezwał przystępującego oraz wykonawcę K.S. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Z treści wyjaśnień zamawiający powziął informację, iż obydwaj wskazani wykonawcy zaoferowali oczyszczalnię, której producentem jest przystępujący. Z kolei, z treści odwołania zamawiający mógł dowiedzieć się, że istnieją wątpliwości co do tego, czy zaoferowane urządzenie spełnia warunki zamówienia. Izba w tym miejscu wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2023 roku sygn. akt KIO 832/23, którego tezy przyjmuje za własne, a z którego wynika, że „Zamawiający nie może bezkrytycznie podchodzić do informacji pozyskanych w trakcie prowadzonego postępowania, nawet w przypadku, gdy okoliczności o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wynikają z obowiązkowych dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Każda informacja musi być przez zamawiającego zbadana, aby wykluczyć błędy w wyborze oferty najkorzystniejszej. Często bowiem o wadliwości oferty zamawiający dowiadują się czy to z informacji przekazywanych przez innych wykonawców czy też z zarzutów stawianych w odwołaniach. Celem nadrzędnym jest bowiem wybór oferty zgodniej z warunkami zamówienia, a nie ewentualne sanowanie jej błędów na późniejszym etapie, czy to przed zawarciem umowy, czy też już po zawarciu umowy w trakcie jej realizacji. Takie działanie wypaczałoby bowiem zasadę uczciwej konkurencji”.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentów dotyczących urządzenia, którego producentem jest podmiot Rapit R.B. (protokół z oceny właściwości wyrobu, raport z badań i oceny właściwości użytkowych wyrobu, korespondencja mailowa z przedstawicielem jednostki notyfikowanej), oświadczenia BamarTech Sp. j. B. C., M. W. z dnia 26 lipca 2023 roku oraz ze zdjęć urządzeń innych producentów przydomowych oczyszczalni ścieków, jako że dotyczą one urządzeń, do których nie odnoszą się zarzuty odwołania, w związku z czym fakty, jakie miałyby zostać nimi udowodnione nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z instrukcji użytkowania oczyszczalni Bioekocent, jako że dowód ten miał wykazać, iż zbiornik wchodzący w skład oczyszczalni zaoferowanej przez przystępującego i wykonawcę K.S. nie spełnia warunków zamówienia w zakresie wymaganej wysokości, który to zarzut nie został postawiony w złożonym odwołaniu.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z katalogu produktów przystępującego oraz ofert kupna nadbudów do zbiorników, stwierdzając, że okoliczności, jaki miały zostać tymi dowodami wykazane (ilość elementów składających się na zbiornik przystępującego, wytwarzanie nadbudów), nie były kwestionowane w toku postępowania odwoławczego.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z fragmentów złożonego przez przystępującego projektu budowlanego do zgłoszenia robót budowlanych, który to dowód został wskazany na okoliczność wykazania braku szczególnych wymogów wobec urządzeń będących przedmiotem zamówienia. Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć oświadczenie o wykonaniu zamówienia zgodnie z zakresem robót zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ oraz dokumentacji projektowej. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. opierał się na niezgodności oferty przystępującego i wykonawcy K.S. z warunkami zamówienia zawartymi

w odpowiedzi na pytanie do SWZ i w tym zakresie był przez Izbę rozpoznawany. Wykazanie zgodności zaoferowanego urządzenia z dokumentacją projektową nie odnosi się do podniesionego zarzutu i nie ma dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia.

Izba oddaliła wniosek przystępującego z przeprowadzenia dowodów z dokumentów złożonych przez przystępującego jako dowody w sprawie o sygn. akt KIO 1985/23 z uwagi na brak sprecyzowania, o jakie dokumenty chodzi i jakich okoliczności miałyby one dowodzić.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego – rzeczoznawcy w zakresie przydomowych oczyszczalni, ewentualnie Instytutu Techniki Budowlanej, na okoliczność ustalenia, czy produkt oferowany przez przystępującego spełnia wymogi SWZ w zakresie monolityczności, wskazując, że ustalenie stanu faktycznego w zakresie objętym opinią nie wymaga wiadomości specjalnych, a fakty będące przedmiotem opinii zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Uwzględnienie powyższego zarzutu jest równoznaczne z uznaniem za uzasadniony zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty przystępującego, mimo że ta podlegała odrzuceniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego i wykonawcę K.S., mimo że są one niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawcy zaoferowali przydomową oczyszczalnię ścieków, która nie spełnia wymogu montażu zbiorników oczyszczalni przy poziomie wód gruntowych sięgających minimalnie połowie wysokości zbiorników oczyszczalni.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentów: protokół z oceny właściwości wyrobu, numer ewidencyjny 1017-CPR-05.784.465, rewizja nr 5 z dnia 19 września 2022 roku oraz protokół z oceny właściwości wyrobu, numer ewidencyjny 1017-CPr-05.784.465, rewizja nr 6 z dnia 2 lutego 2023 roku, porównała oba dokumenty i stwierdziła, że – o ile dokument z dnia 19 września 2022 roku potwierdzał wytrzymałość konstrukcji zbiornika przy poziomie wód gruntowych (WET) jako $\leq 0,5$ m – o tyle z dokumentu z dnia 2 lutego 2023 roku wynika już, że wytrzymałość ta wynosi 1,8 m. Późniejsza data wydania dokumentu oraz wyższy numer rewizji (nr 6) pozwalają na wniosek, że aktualne dane zawarte są w dokumencie najnowszym. Odwołujący w treści odwołania podnosił, że w przypadku oczyszczalni oferowanej przez przystępującego i wykonawcę K.S. montaż powinien być możliwy na wysokości wód gruntowych sięgających do połowy zbiornika, czyli 71 cm. Wynikająca z raportu z dnia 2 lutego 2023 roku wytrzymałość na poziomie $\leq 1,8$ m oznacza, że zbiornik spełnia wskazany wymóg, a postawiony w tym zakresie zarzut należy uznać za nieuzasadniony.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów wskazanych na poparcie zarzutów, które zostały przez Izbę pozostawione bez rozpoznania, jako niemające dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba wskazuje, że merytorycznie rozpoznane zostały 3 zarzuty, zawarte w punktach 1 i 2 odwołania. Mimo że w punkcie pierwszym odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., to jednak jako jego uzasadnienie wskazał dwie różne okoliczności faktyczne, co w istocie powoduje, że w tym zakresie podniesione zostały dwa zarzuty, z których Izba jeden uwzględniła, a drugi oddaliła. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Poza tym Izba uwzględniła zarzut wskazany w punkcie 2, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty przystępującego, mimo że ta podlegała odrzuceniu. Pozostałe zarzuty nie były merytorycznie rozpoznawane, zatem nie mają one wpływu na rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego. Oznacza to, że odwołujący wygrał postępowanie w 2/3, a w 1/3 przegrał, co oznacza, że powinien zostać obciążony 1/3 kosztów postępowania odwoławczego, zaś pozostałe koszty powinien ponieść zamawiający. Dlatego też Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego w wysokości stanowiącej różnicę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika wobec kosztów, jakimi został on obciążony.

Przewodniczący:.....