

Warszawa, dnia 01 września 2021 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Cisna
Cisna 49, 38-607 Cisna
Nr telefonu: 13 468 63 38
e-mail: gbilas@gminacisna.pl
sekretariat@gminacisna.pl

Odwołujący:

Michał Gojzewski
prowadzący działalność gospodarczą
pod firmą Michał Gojzewski
Ekodren – Naturalne Systemy
Oczyszczania
ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa
NIP: 5242420903

reprezentowany przez pełnomocnika:

Mateusza Brzezińskiego
Jarzyński Brzeziński Partners
Brzeziński i Wspólnicy Sp.k.
ul. Jugosłowiańska 15b/40, 03-984 Warszawa
e-mail: m.brzezinski@jbp-law.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków w Gminie Cisna w formule zaprojektuj i wybuduj” - ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00136954/01 z dnia 04.08.2021 r. („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 505 ust. 1, w związku z art. 515 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej zwana „PZP”) w imieniu Odwołującego, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia 01.09.2021 r. (załącznik nr 1 do Odwołania), zaskarżam czynności podjęte przez Zamawiającego oraz zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) **sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP, tj. w sposób mogący utrudniać (a de facto – utrudniający) uczciwą konkurencję;**
- 2) **sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 PZP, tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny;**
- 3) **sporządzeniu kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z przepisem art. 240 ust. 2 PZP, tj. w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, a także niezgodny z treścią właściwej normy;**

Ewentualnie, jeżeli termin rozprawy w Krajowej Izbie Odwoławczej zostałyby ustalony po otwarciu ofert w Postępowaniu oraz gdyby nie doszło do unieważnienia postępowania:

- 4) **zaniechaniu unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 PZP z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.**

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób w sposób mogący utrudniać (a de facto – utrudniający) uczciwą konkurencję, **podczas gdy** obowiązkiem Zamawiającego

jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który tej ucziwej konkurencji nie będzie utrudniał;

- 2) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, **podczas gdy** obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie będzie wewnętrznie sprzeczny i będzie pozwalał wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty;
- 3) przepisu art. 240 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 17 PZP** poprzez sporządzenie opisu kryterium oceny ofert „Energochłonność” w sposób niezgodny z przepisami PZP oraz z zasadami wynikającymi z normy PN-EN 12566-3+A2:2013, **podczas gdy** kryterium to winno w sposób proporcjonalny umożliwiać przedstawienie danych dotyczących energochłonności oferowanych oczyszczalni – a w aktualnym brzmieniu jest to w zasadzie niemożliwe;

ewentualnie

- 4) przepisu art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na wadę postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy, **podczas gdy** Zamawiający, z uwagi na nieusuniętą rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu a SWZ w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, winien unieważnić postępowanie, gdyż nie jest możliwe wyegzekwowanie złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub zaniechania wezwania do ich złożenia.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania,

ewentualnie

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia postępowania,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

WYMAGANIA FORMALNE ODWOŁANIA

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest niższa niż progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP lit. a, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W dniu 27 sierpnia 2021 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dokumenty zamówienia na swojej podmiotowej stronie internetowej (<https://gminacisna.pl/pl/zmiana-ogloszenia-o-zamowieniu-4-i-aktualizacja-swz-budowa-prydomowych-oczyszczalni-sciekow-w>) – aktualizację SWZ i innych dokumentów zamówienia.

Niniejsze odwołanie zostało zatem wniesione w terminie wynikającym z art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że wpis od odwołania w kwocie 10.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (*załącznik nr 3 do niniejszego odwołania*).

INTERES ODWOŁUJĄCEGO WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Odwołujący jest jednym z wiodących wykonawców zamówień publicznych związanych z przydomowymi oczyszczalnią ścieków na polskim rynku – w konsekwencji posiada co najmniej potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co więcej - jest realnie zainteresowany jego uzyskaniem. Należy jednak zwrócić uwagę, iż sformułowane przez Zamawiającego postanowienia SWZ, do których referuje niniejsze odwołanie, jako postanowienia wadliwe, uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty. W przypadku zaś dokonania czynności unieważnienia postępowania, Wykonawca

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkada pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których – przy redagowaniu dokumentacji Postępowania – dopuścił się Zamawiający.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY

1.1 Zamawiający wszczął Postępowanie, którego przedmiotem jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków w Gminie Cisna w formule zaprojektuj i wybuduj. Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 00136954/01 z dnia 04.08.2021 r.

1.2 Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z 04.08.2021 r.

SWZ udostępniona wykonawcom (w dokumentacji Postępowania)

- 1.3 W wyniku wprowadzonych zmian do SWZ, w dniu 27.08.2021 r. Zamawiający opublikował zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz aktualizację SWZ (Zamawiający nie opublikował oddzielnie zmian do SWZ, tylko zmienioną SWZ z zaznaczonymi na czerwono niektórymi zmianami, a pozostałe są nieoznaczone w żaden sposób) i innych dokumentów zamówienia.

Dowód: ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z 27.08.2021 r.
Aktualizacja SWZ i innych dokumentów zamówienia udostępniona wykonawcom (w dokumentacji Postępowania)

2. ROZWINIĘCIE ZARZUTÓW

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP

- 2.1.1 Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- 2.1.2 Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem nie tylko zakres warunków udziału w postępowaniu czy inne elementy związane z realizacją zamówienia, ale również determinuje pierwotny krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców danym zamówieniem.
- 2.1.3 Czynność ta, z jednej strony, stanowi obowiązek Zamawiającego, a z drugiej strony stanowi jego uprawnienie, bowiem powinna odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.

- 2.1.4 Istota wskazanego wyżej przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia.
- 2.1.5 Zamawiający, jako podmiot publiczny (gmina) dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Swoboda Zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest jednak ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy robót budowlanych, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.
- 2.1.6 Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był

kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców” (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1283/20).

- 2.1.7 W innym wyroku KIO wskazała, że „obciążenie ryzykiem wykonawców wynikającym z wszelkich niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, także takich, jakie nie są możliwe do wykrycia przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych przed złożeniem oferty, wskazuje na ograniczenie konkurencji do podmiotów dysponujących nie tylko niezbędnymi siłami do wykonania robót budowlanych, ale także personelem (pracownią architektoniczną), który wykonuje usługi projektowe i jest w stanie przed złożeniem oferty wykryć wszelkie ww. ewentualne wady dokumentacji budowlanej i wszelkie ryzyka z tym związane uwzględnić w cenie oferty. Może się to przekładać na pozyskanie ograniczonej liczby ofert i podwyższeniem cen, jak również z otrzymaniem nieporównywalnych ofert” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19).
- 2.1.8 Dlatego też, opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element specyfikacji warunków zamówienia, która jest przygotowana przez Zamawiającego. Wobec tego nie może być on ogólny, szacunkowy czy też niedookreślony albo niespójny i przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi zarówno uprawnienie jak i obowiązek Zamawiającego, który powinien dokonać ww. opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.
- 2.1.9 Dostrzeżenia wymaga, że zasady wyrażone w art. 16 PZP wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami Zamawiającego i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Postanowienia SWZ powinny być tak skonstruowane, aby granice przedmiotu zamówienia zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawca nie był obciążony nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania

i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.

- 2.1.10 Biorąc powyższe pod uwagę, wskazać należy, że Zamawiający nie sprostął temu wymogowi, a przygotowany przez niego opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z wymogami przewidzianymi w przepisie art. 99 ust. 1 PZP, tj. został sporządzony w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia.
- 2.1.11 Przenosząc powyższe na grunt Postępowania wskazać należy, że Zamawiający w sposób niejednoznaczny opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że z jednej strony wskazuje, że realizacja robót budowlanych nie będzie wymagała uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, a z drugiej strony wskazuje na lokalizacje (budynki), które jednoznacznie przesądzają, że takie pozwolenie będzie musiało zostać uzyskane.
- 2.1.12 Dla przykładu:
- 1) Pkt 3.1.6. SWZ – „Zgodnie z założeniami wniosku o dofinansowanie prace będą wymagały jedynie zgłoszenia robót oraz **nie będą wymagały opracowania operatu wodno-prawnego**”
 - 2) Pkt 3.1.1. SWZ – „Powyższy zakres robót **obejmuje również** odprowadzenie ścieków oczyszczonych do studni chłonnych lub drenażów rozsączających wraz z zasilaniem elektrycznym oczyszczalni, przepompowni, rozruchem technicznym i technologicznym oraz **uzyskaniem wszelkich niezbędnych decyzji i zezwoleń (w tym ewentualnych pozwoleń wodnoprawnych)**”.
- 2.1.13 Jest to o tyle istotne, że Zamawiający poprzez modyfikację PFU dokonaną w dniu 27.08.2021 r. dookreślił, na stronie 18 PFU (tabela

na dole strony), budynki, które również mają zostać objęte realizacją przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, roboty budowlane przy tych budynkach w zakresie przydomowych oczyszczalni ścieków będą wymagały uzyskania pozwoleń wodnoprawnych.

- 2.1.14 Naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 PZP następuje co do zasady w sytuacjach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia (w szerokim znaczeniu - a więc również np. warunków realizacji umowy) w sposób niekompletny, niedokładny, niezrozumiały czy wewnętrznie sprzeczny. Z taką sytuacją mamy do czynienia właśnie w niniejszym Postępowaniu, gdzie poprzez wewnętrzną sprzeczność nie jest dokładnie wiadomym, jaki jest przedmiot zamówienia.
- 2.1.15 Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, doprowadza nie tylko do niezgodności dokonanego opisu przedmiotu zamówienia z wymogami określonymi w przepisie art. 99 ust. 1 PZP, ale przez to również prowadzi do sytuacji, w której będziemy mieli do czynienia z nieporównywalnością złożonych ofert. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że wykonawcy chcący złożyć ofertę w postępowaniu mogą wziąć do kalkulacji ceny ofertowej i zakresu zamówienia różne możliwości:
- 1) Cały zakres zamówienia jest objęty koniecznością uzyskania pozwoleń wodnoprawnych;
 - 2) Wykonawca nie musi uzyskiwać pozwoleń wodnoprawnych (przedmiot zamówienia nie przewiduje realizacji zamówienia w takich sytuacjach, w których byłoby to konieczne);
 - 3) Wykonawca musi uzyskać pozwolenia wodnoprawne dla części wykonywanych robót (jakiej części – też z opisu przedmiotu zamówienia to nie wynika).
- 2.1.16 Nie sposób zatem uznać, aby tak opisany przedmiot zamówienia spełniał wymagania określone w przepisie art. 99 ust. 1 PZP. Jak

wskazuje się w orzecznictwie KIO, „niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2076/18). Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie – wskazać bowiem należy, że konieczność uzyskania pozwoleń wodnoprawnych to nie tylko dodatkowy zakres realizacji przedmiotu zamówienia (odpowiednie zasoby i przygotowanie dokumentacji), ale przede wszystkim dodatkowy koszt – zwrócić bowiem należy uwagę na to, że cała procedura uzyskania pozwolenia wodnoprawnego jest procedurą kosztowną.

- 2.1.17 Dlatego też, mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia w ten sposób, że wskazane zostanie dokładnie, czy wykonawca realizujący przedmiot zamówienia będzie zobowiązany do uzyskania pozwoleń wodnoprawnych (czy też nie) i w jakich lokalizacjach (poprzez wskazanie budynków, adresów i liczby pozwoleń) konieczne będzie uzyskanie tychże pozwoleń wodnoprawnych.

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

- 2.1.18 Zgodnie z treścią art. 99 ust. 4 PZP, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
- 2.1.19 Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem nie tylko zakres warunków udziału w postępowaniu czy inne elementy związane z realizacją zamówienia, ale również determinuje pierwotny krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców danym zamówieniem.
- 2.1.20 Czynność ta, z jednej strony, stanowi obowiązek Zamawiającego, a z drugiej strony stanowi jego uprawnienie, bowiem powinna odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.
- 2.1.21 Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest jednak ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania

uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania” (wyrok KIO z dnia 14 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1066/20).

- 2.1.22 Wskazać w tym miejscu należy, że poprzez dokonanie czynności modyfikacji treści SWZ oraz innych dokumentów zamówienia w dniu 27.08.2021 r., Zamawiający dokonał takiej modyfikacji, która narusza przepis art. 99 ust. 4 PZP.
- 2.1.23 Zwrócić należy bowiem uwagę na to, że Zamawiający w treści pkt 3.1.3. lit. n) Zamawiający wymaga, aby „każda z oferowanych oczyszczalni” nie przekraczała maksymalnej dobowej energochłonności wyrażonej jako 0,75 kWh/dobę. Dodatkowo Zamawiający wymaga, aby taka informacja znalazła się w „raporcie z badań oczyszczalni”.
- 2.1.24 Tak sformułowany wymóg, wydaje się, że wynika z niewiedzy Zamawiającego dotyczącej przedmiotu zamówienia.
- 2.1.25 Wskazać bowiem należy, że Zamawiający oczekuje zrealizowania przedmiotu zamówienia poprzez budowę przydomowych oczyszczalni ścieków zarówno między 1-5 RLM, jak i między 41-50 RLM. Są to zupełnie różne (nie tylko gabarytowo) oczyszczalnie. Postawienie wymogu zatem, aby ta najmniejsza i ta największa oczyszczalnia nie zużywały więcej niż 0,75 kWh/dobę jest wymogiem nierealnym i niepraktycznym. Pozostawienie takiego wymogu w znaczny sposób ogranicza (o ile nie uniemożliwia) uczciwą konkurencję i złożenie oferty.

- 2.1.26 Dodatkowo podkreślić należy, że wymóg badania przydomowych oczyszczalni ścieków, zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 nie oznacza, że wszystkie oczyszczalnie oferowane przez danego producenta muszą zbadane przez notyfikowane laboratorium. Wprost przeciwnie, bada się jedną oczyszczalnię z danego typoszeregu. Oznacza to, że tylko dla tej oczyszczalni wskazana jest w raporcie energochłonność oczyszczalni. Wskazanie zatem, aby wykonawca musiał potwierdzić energochłonność każdej z oczyszczalni i żeby każda z wymaganych oczyszczalni miała energochłonność mniejszą niż 0,75 kWh/dobę jest wymogiem niezgodnym z przepisami i normą, nadmiernym i nieproporcjonalnym.
- 2.1.27 Dlatego też, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji wskazanego punktu SWZ poprzez dookreślenie, że:
- 1) w składanym raporcie dotyczącym badanej oczyszczalni zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 energochłonność nie jest większa niż 0,75 kWh/dobę;
 - 2) usunięcie wymogu, aby każda z oferowanych oczyszczalni miała energochłonność nie większą niż 0,75 kWh/dobę.
- 2.1.28 Kolejnym aspektem, który w znacznym stopniu utrudnia uczciwą konkurencję, jest opisanie przez Zamawiającego warunków gwarancji i rękojmi w postanowieniu 3.6.1. SWZ.
- 2.1.29 W zmodyfikowanej w dniu 27.08.2021 r. wersji SWZ, w ww. punkcie, Zamawiający wskazuje, iż „wymaga aby Wykonawca udzielił co najmniej 5 letniej gwarancji jakości na wykonany przedmiot zamówienia (...) **z wyłączeniem bioreaktorów które muszą posiadać co najmniej 10 letnią trwałość i wytrzymałość konstrukcyjną**”.
- 2.1.30 Tak skonstruowany wymóg w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób znaczący utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż:

- 1) Zamawiający nie określił, czym jest „bioreaktor” – zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, taki element w możliwych do zaoferowania oczyszczalniach nie występuje;
 - 2) Zamawiający nie określił, czym jest „trwałość”;
 - 3) Zamawiający nie określił, czym jest „wytrzymałość konstrukcyjna”.
- 2.1.31 Brak dookreślenia ww. elementów oznacza, że wykonawca chcący złożyć ofertę musi „domyślać się”, co Zamawiający mógł mieć na myśli. Takie działanie, w sposób oczywisty prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji.
- 2.1.32 Wskazać w tym miejscu należy, że oczywistym jest, że każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Nikt też nie odbiera Zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania, do wskazania swoich potrzeb poprzez takie ustalenie parametrów sprzętu aby sprzęt ten służył jego specyficznym potrzebom. Zgodzić się też należy, że Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Niemniej jednak, te „furtki” w zakresie tworzenia opisu przedmiotu zamówienia nie mogą prowadzić do sytuacji, w której to wykonawcy muszą „zgadywać”, co jest tak naprawdę przedmiotem zamówienia – czego Zamawiający będzie wymagał podczas realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 2.1.33 Nie ulega zatem wątpliwości, że tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia nie pozwala wykonawcom na uzyskanie pełnych informacji, co do przygotowania oferty czy oszacowania kosztów

realizacji zamówienia. Stąd też, wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SWZ utrudniają Odwołującemu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami PZP oferty.

2.1.34 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Usunięcie wymogów określonych w postanowieniu 3.6.1. SWZ w zakresie „bioreaktora”, „trwałości” i „wytrzymałości konstrukcyjnej”, lub
- 2) Doprecyzowanie i opisanie, czym są dokładnie ww. elementy.

Zarzut naruszenia art. 240 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 17 PZP

2.1.35 Wskazać w tym miejscu należy, że skonstruowanie kryterium oceny ofert „Energochłonność” po zmianach SWZ z dnia 27.08.2021 r. prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji i może nie pozwalać na uzyskanie punktów wykonawcom, którzy oferują rozwiązania korzystne w tym zakresie dla Zamawiającego.

2.1.36 Sposób dokonywania badania energochłonności oczyszczalni w zakresie raportu z badań został już wskazany w treści niniejszego odwołania.

2.1.37 Z praktycznego punktu widzenia zatem, badaniu w notyfikowanym laboratorium podlegają albo oczyszczalnie najmniejsze (przeznaczone dla najmniejszej liczby użytkowników) albo o najmniejszej skuteczności. Najczęściej bada się zatem oczyszczalnie dla 5 RLM, 6 RLM lub 8 RLM. I to w raportach z badań tych oczyszczalni określa się energochłonność.

- 2.1.38 Powyższe oznacza, że jeżeli producent oferuje oczyszczalnię na 5 RLM, 8 RLM, 10 RLM, 12 RLM, 15 RLM i 20 RLM, to badaniu podlega tylko 1 z tych oczyszczalni – ta na 5 RLM. Właśnie ta oczyszczalnia jest wtedy opisana w raporcie. Pozostałych oczyszczalni laboratorium nie bada i nie ocenia w sporządzanym raporcie.
- 2.1.39 Nie ulega zatem wątpliwości, że w takiej sytuacji, wykonawca nie mógłby uzyskać punktów w ramach tego kryterium oceny ofert, gdyż oferowana przez niego oczyszczalnia na 12 RLM nie ma raportu z badań. Choćby zatem wykonawca oferował oczyszczalnię na 12 RLM, której energochłonność wynosi 0,01 kWh/dobę, to nie uzyska on punktów w ramach tego kryterium, gdyż Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył możliwość wykazania energochłonności – w sposób oczywiście sprzeczny z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.
- 2.1.40 Podkreślić dodatkowo należy, że jest to o tyle istotne, że Zamawiający zamierza punktować w kryteriach oceny ofert i weryfikować oczyszczalnię, których liczba nie jest największa w tym zamówieniu (nie jest nawet druga największa):
- 1-5 RLM – 37 oczyszczalni – 27,6% ogółu
 - 6-9 RLM – 28 oczyszczalni – 20,9% ogółu
 - 10-14 RLM – 18 oczyszczalni (!) – 13,4% ogółu (!)
 - 15-20 RLM – 14 oczyszczalni – 10,4% ogółu
 - 21-30 RLM – 15 oczyszczalni – 11,2% ogółu
 - 31-40 RLM – 5 oczyszczalni – 3,7% ogółu
 - 41-50 RLM – 17 oczyszczalni – 12,7% ogółu
- 2.1.41 Powyższe oznacza, że 13,4% ilości zamówienia jest dla Zamawiającego tak kluczowe, że podnosi rangę akurat tych oczyszczalni do kryteriów oceny ofert. Takie sformułowanie kryteriów oceny ofert prowadzi

bezpośrednio do naruszenia naczelnych zasad zamówień publicznych, opisanych w przepisie art. 16 PZP, w szczególności uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie ma bowiem żadnego merytorycznego uzasadnienia do „promowania” energochłonności (a przez to – danych oczyszczalni) akurat tak niskiego procenta przedmiotu zamówienia.

2.1.42 Taki sposób kształtowania kryteriów oceny ofert jest sprzeczny nie tylko z polskim PZP, ale narusza również w sposób bezpośredni prawo wspólnotowe wyrażone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako: „dyrektywa klasyczna”).

2.1.43 W motywie 90 niniejszej dyrektywy w sposób wyraźny wskazano w jaki sposób zamawiający publiczni winni kształtować kryteria oceny ofert oraz jakimi zasadami powinni się w tym aspekcie kierować:

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie.”

2.1.44 W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób jawny lekceważy niniejsze zasady kształtując kryteria oceny ofert w sposób świadomy i przemyślany tak, że prawdopodobnie tylko jeden z potencjalnych wykonawców posiadał w swoim asortymencie urządzenia, którym Zamawiający przyznałby znaczną część punktów w ramach ustalonych przez siebie kryteriów oceny ofert. Odwołujący w pełni popiera w niniejszym aspekcie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 7 października 2016 r., sygn. akt KIO 1738/16 jednoznacznie wskazała na dowolność Zamawiającego w ustalaniu kryteriów oceny ofert, lecz jednocześnie wskazując, że dowolność ta

nie może prowadzić do dyskryminacji wykonawców – „Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy”.

- 2.1.45 W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/KD 16/20, gdzie Izba podkreśliła, że „choć przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, nie oznacza to dowolności w kształtowaniu tych kryteriów, które powinny być ustalone z poszanowaniem określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego”.
- 2.1.46 Opisana w niniejszym odwołaniu sytuacja prowadzi do oczywistego wniosku, że stosowane przez Zamawiającego mechanizmy są jawną manipulacją (poprzez przyjęcie rozwiązań niezgodnych z normą), która w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji pomiędzy wykonawcami.
- 2.1.47 W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej praktyki takie poczytuje się za niedopuszczalne, a określenie kryteriów oceny ofert w sposób promujący jedno konkretne rozwiązanie zawsze musi być uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego, niezależnie od tego, że z samej natury kryteriów oceny ofert wynika zwiększanie szans jednych wykonawców kosztem innych. W takim tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2615/19, gdzie „ponieważ kryteria oceny ofert ze swej

natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w przeciwnym razie jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania produktów lepszych jakościowo. Należy więc stwierdzić, że zamawiający ma prawo swobodnie jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości”.

- 2.1.48 W ocenie Odwołującego, w niniejszym przypadku nie można mówić o uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a tym bardziej o uzyskaniu w wyniku tak określonych kryteriów oceny ofert lepszej jakości zamówienia, gdyż Zamawiający premiuje wyłącznie rozwiązania dostępne prawdopodobnie u jednego producenta i takie sporządzenie kryteriów oceny ofert ma na celu wyłącznie udzielenie zamówienia temu wykonawcy, a nie dopuszczenie realnej konkurencji w zamówieniu.
- 2.1.49 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany kryterium „Energochłonność” poprzez doprowadzenie wymogów wykazania tego kryterium w sposób zgodny z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, tj. w zakresie rzeczywiście badanej oczyszczalni ścieków.

**Zarzut ewentualny – zarzut naruszenia przepisu art. 255 pkt 6 PZP w zw.
z art. 16 PZP**

- 2.1.50 Z uwagi na fakt, iż Zamawiający może nie uwzględnić odwołania do upływu terminu składania ofert lub rozprawa może zostać wyznaczona na termin po upływie terminu składania ofert, Odwołujący wskazuje na okoliczność, iż treść SWZ jest różna od treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, co powoduje istotną wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.
- 2.1.51 Wskazać bowiem należy, że w pierwotnej wersji SWZ Zamawiający określił przedmiotowe środki dowodowe w sposób zgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast w przypadku dokonania modyfikacji treści SWZ (zmianie przedmiotowych środków dowodowych), Zamawiający nie dokonał zmiany treści SWZ w tym zakresie. Powyższe oznacza, że w kwestii przedmiotowych środków dowodowych istnieją 2 obowiązki – jeden z treści SWZ, a drugi z treści ogłoszenia o zamówieniu. Nie są to tożsame wymogi.
- 2.1.52 Takie działanie Zamawiającego prowadzi do tego, iż winien on unieważnić postępowanie na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 PZP.
- 2.1.53 Nie ulega bowiem wątpliwości, że Zamawiający nie mógł zachować się w sposób prawidłowy w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia – nie mógł wymagać przedmiotowego środka dowodowego niewymienionego w treści SWZ, a z drugiej strony musiał go wymagać na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Jest to tym bardziej istotne, że tym przedmiotowym środkiem dowodowym są pełne raporty z badań oczyszczalni – czyli kluczowy i pierwotny dokument, stanowiący potwierdzenie określonych elementów oczyszczalni oraz jej jakości.
- 2.1.54 Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „wada niemożliwa do usunięcia to każde naruszenie przepisów ustawy pzp, którego skutków nie można

usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających, a jej usunięcie może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą pzp, a przede wszystkim nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. A zatem, wystąpienie wady musi odnieść realny wpływ na wynik danego postępowania, w tym przypadku na wybór najkorzystniejszej oferty” (wyrok KIO z dnia 17 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 237/21). Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie – Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, dokonać czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu lub modyfikacji treści SWZ. Dlatego też, taka wada postępowania winna skutkować unieważnieniem postępowania.

2.1.55 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia postępowania.

3. PODSUMOWANIE

3.1 W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów PZP dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na możliwość złożenia oferty przez Odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.

3.2 W związku z powyższym wnoszę jak w *petitum*.

W imieniu Odwołującego

Mateusz Brzeziński

Załączniki:

1. Załącznik nr 1 – Pełnomocnictwo
2. Załącznik nr 2 – Wpis do CEIDG Odwołującego
3. Załącznik nr 3 – Wpis od odwołania
4. Załącznik nr 4 – Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającego