

**Sygn. akt: KIO/KD 14/20**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 17 marca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 lutego 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne SuPeKom sp. z o.o. z siedzibą w Sulechowie, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 6 lutego 2020 r. (znak sprawy KND/3/20/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wdrożenie ZSI oraz elektronicznych usług dla ludności przez Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne SuPeKom sp. z o.o.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Członkowie: Ernest Klauziński**

**Piotr Kozłowski**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

### **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie”), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wykonawca mógł zaoferować wyłącznie produkty firmy ITRON.

#### **Kontrolujący uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.**

Przedmiotem zamówienia jest wdrożenie ZSI oraz elektronicznych usług dla ludności przez Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne SuPeKom sp. z o.o. w Sulechowie.

Zakres postępowania w części 2 zamówienia obejmował: dostawę wodomierzy, dostawę modułów radiowych, dostawę zestawów inkasenckich oraz dostawę i wdrożenie systemu do zdalnego odczytu wodomierzy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania techniczne określone zostały w Rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

W pkt 2 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym „Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia występują nazwy własne, należy je traktować wyłącznie jako przykład produktu, który dokładnie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia. W każdym takim przypadku zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, pod warunkiem że oferowany asortyment posiada parametry jakościowe, co najmniej takie same lub lepsze, jak asortyment opisany za ich pomocą przez zamawiającego. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne winien udowodnić zamawiającemu za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania opisane w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp”.

Kontrolujący podał, że w terminie składania ofert, w części 2 zamówienia, do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty złożone przez wykonawców:

1. AIUT sp. z o.o. z ceną 1.418.940,30 zł;
2. PPHU GROWO T. W. z ceną 2.312.976,69 zł.

We wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej skarżący – AIUT sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 Pzp, przez niezapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie innym wykonawcom (w tym wnioskodawcy) z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób bardzo rygorystyczny i szczegółowy nie uzasadniony potrzebami zamawiającego.

Prezes UZP stwierdził, że z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, tym samym zwrócił się, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 Pzp, z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez Zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne wodomierzy mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów tylko jednej firmy, tj. ITRON.

W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:

1. Czy w świetle postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu, będącej przedmiotem zamówienia? Jeśli tak, to które parametry o tym przesądzają?
2. Czy wymagania Zamawiającego odnośnie ww. sprzętu, które przesądzają o możliwości zaoferowania jednego produktu (jeżeli odpowiedź na pyt. 1 jest twierdząca), można uzasadnić jego potrzebami, o których mowa w udzielonych wyjaśnieniach?
3. Czy na rynku znajdowały się w terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu urządzenia innych producentów niż ITRON, które są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia ?
4. Czy produkty firm ITRON, DIEHL i BAYLAND spełniały wymogi SIWZ. Jeśli nie, to których parametrów nie spełniały?
5. Czy oferty złożone przez wykonawców AIUT sp. z o.o. oraz P.P.H.U. GROWO T.W. są zgodne z treścią SIWZ?

Biegły w sporządzonej opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji Postępowania, przedstawił następujące stanowisko.

Ad 1

Biegły wskazał, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przesądził *de facto* o wskazaniu konkretnego producenta wodomierzy. Wskazuje na to w szczególności wymóg

wyposażenia wodomierzy w liczydła mechaniczne 8-cyfrowe, z wykluczeniem innych rozwiązań technicznych, którymi w pełnym zakresie średnic wodomierzy określonych w SIWZ, dysponuje tylko ITRON.

Biegły stwierdził, że ww. wymóg, z punktu widzenia metrologicznego, był nieuzasadniony i nie merytoryczny. Niezależnie od tego czy wodomierz posiada liczydło 8-cyfrowe, czy liczydło cyfrowo-bębnekowe (wartości mniejsze 1 m<sup>3</sup> odczytywane są na bębenkach) – gwarantuje możliwość precyzyjnego odczytu zmierzonej ilości wody.

Ponadto – i to jest, zdaniem biegłego, *clou* – wdrożenie systemu zdalnego odczytu wodomierzy, a więc takiego, który pozwala odczytać urządzenie bez wzrokowego kontaktu z liczydłem czyni ten argument za nieistotny. Ewentualna okresowa kontrola wodomierza, z uwagi na powyższe (rzadszy kontakt fizyczny z wodomierzem), jest łatwa niezależnie od rodzaju liczydła.

Odnosząc się do wymogu pochodzenia wodomierzy od jednego producenta i związanego z nim argumentu Zamawiającego, jakoby w takiej sytuacji urządzenia zużywały się w podobny sposób, co rzekomo miałyby sens metrologiczny w postaci błędu pomiaru, biegły uznał to stanowisko za nietrafne. Podał, że wodomierze o danej konstrukcji i takiej samej klasie R, z punktu widzenia metrologii, są urządzeniami tożsamymi. Dodał również, że klasa metrologiczna wodomierza wyraźnie determinuje błąd wskazań wodomierza w 5-letnim okresie eksploatacji (patrz „typowy wykres błędów” umieszczony w kartach katalogowych, który dla wszystkich wodomierzy z danej grupy produktów musi być taki sam). W przypadku stwierdzonej większej wartości uchybu niż normatywna, urządzenie podlega gwarancji producenta. Ponadto wodomierz pojemnościowy oraz wodomierz skrzydełkowy suchobieżny – nawet od jednego producenta – są urządzeniami o tak innej konstrukcji, że wskazywanie na podobny czas ich starzenia nie ma uzasadnienia faktycznego oraz logicznego.

Ad 2

Biegły zgodził się z Zamawiającym co do podanych przez niego przesłanek ekonomicznych, odnoszących się do szybszego przebiegu procesu konfiguracji systemu oraz wtórnej legalizacji wodomierzy od jednego producenta.

Za uzasadnioną uznano również przesłankę preferowania wodomierzy suchobieżnych, których dokładność – w dłuższym okresie eksploatacji – jest lepsza niż wodomierzy mokrobieżnych.

Pozostałe przytoczone przez Zamawiającego argumenty, tj. dokładność pomiaru dla wszystkich odbiorców (w systemie jednego producenta), klasa wodomierza uzależniona od technologii wykonania oraz możliwość kontroli wskazań wodomierzy przez odbiorców, nie zostały przez biegłego uznane za przekonujące i uzasadnione.

Ad 3

Biegły stwierdził, że na rynku polskim trudno wskazać innych producentów niż Itron którzy zgodne są z opisem przedmiotu zamówienia wypełniliby szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w 100% (np ppkt 5.1.2.7). Wynika to z faktu, że każdy z producentów stara się nadać swoim produktom oryginalne cechy i rozwiązania. To co łączy wyroby, to obowiązujące normy oraz systemy certyfikacji produktów. Powinny być one jednymi wiarygodnymi i merytorycznymi przesłankami pozwalającymi ocenić urządzenia różnych producentów.

Ad 4

Biegły wyjaśnił, że wodomierze producentów Itron, Diehl oraz Baylan, w zakresie metrologicznym, tj. wodomierze pojemnościowe oraz wodomierze suchobieżne, spełniają wymogi SIWZ. Biegły dodał, że wodomierze Diehl oraz Baylan mają, w stosunku do Itron, inaczej rozwiązane liczydło. Była to jedna z przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy Aiut.

Ad 5

Biegły ocenił, że oferty złożone przez PPHU Growo (wodomierze Itron) spełniały wymogi SIWZ. Z kolei wykonawca Aiut, składając ofertę zbudowaną na urządzeniach kilku producentów oraz ich specyficznych rozwiązaniach, nie spełnił wymagania z ppkt 5.1.2.7 oraz 5.1.2.10 opisane w części 1 SIWZ.

We wnioskach opinii biegły oświadczył, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, w szczególności wprowadzając postanowienia uszczegóławiające specyficzne cechy wodomierzy (liczydło, pochodzenie), ograniczył w zasadniczy sposób możliwość oferowania alternatywnych, ale tożsamy pod względem metrologicznym, rozwiązań technicznych.

Kontrolujący, mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny, podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj

są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby w pełni zrealizować swoje plany i osiągnąć zamierzony cel. Stąd niezmiernie ważne jest dokonanie opisu cech przedmiotu zamówienia, które mają dla zamawiającego istotne znaczenie. Należy wskazać, iż pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada Pzp.

Po pierwsze, zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 Pzp).

Po drugie, opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp) oraz 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, chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 29 ust. 3 Pzp), co powoduje, że konkretnie wskazane produkty nabierają przykładowego charakteru, a wykonawca ma prawo przedstawić w składanej przez siebie ofercie produkt bądź jego element inny niż wskazany przez zamawiającego, lecz spełniający wszystkie jego wymagania.

Prezes UZP wskazał, że ww. przepisy służą realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji (a co za tym idzie, zasady równego dostępu do zamówienia) na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Kolejno Kontrolujący podkreślił, że naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie

ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Tym samym, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących w efekcie na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zatem zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, zamawiający powinien unikać wprowadzania wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, aby wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia zostały określone w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Prezes UZP dodał, że do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty tylko jednej firmy, tj. ITRON (ww. produkty zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie produktów innych producentów, w tym produktów równoważnych). Ze wspomnianej opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Przy czym opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania co do parametrów technicznych wodomierzy, których nie można uzasadnić potrzebami zamawiającego.

**Pismem z 17 lutego br. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyników kontroli,** w których przedstawił następującą argumentację.

W pierwszej kolejności Zamawiający podał, że wszystkie wynikające z SIWZ wymagania spełniają nie tylko wodomierze ITRON, ale również urządzenia marki DIEHL, wyspecyfikowane w poniższej tabeli:

<b>Model</b>	<b>8cyfrowe liczydło</b>	<b>68</b>	<b>Dn</b>	<b>Klasa metrologiczna</b>	<b>Konstrukcja suchobieżna</b>	<b>Możliwość obrotu o min. 355 °</b>
DIEHL ALTAIR	TAK	TAK	15-20 TAK	R-160 TAK	TAK	TAK
DIEHL AURIGA	TAK	TAK	25-40 TAK	R-160 TAK	TAK	TAK
DIEHL AQUILA	TAK	TAK	50-100 TAK	R-315 TAK	TAK	TAK

Zamawiający podkreślił, że zarówno wodomierze ITRON, jak i DIEHL to produkty ogólnodostępne dla wszystkich podmiotów, które chciałyby wziąć udział w Postępowaniu. Wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia mogli zatem spełnić wszyscy wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty w Postępowaniu. Rynek urządzeń będących przedmiotem zamówienia charakteryzuje się tym, że każdy z wykonawców, w tym Aiut, mógł nabyć urządzenia ITRON.

Zamawiający podał następnie, że przygotowując opis przedmiotu zamówienia na podstawie skonkretyzowanych potrzeb wynikających z dotychczasowych doświadczeń przy użytkowaniu wodomierzy, a także analizy dostępnych rozwiązań, tak sprecyzował wymagania, aby produkt, który zakupi spełniał jego obiektywne potrzeby. Celem opisu przedmiotu zamówienia nie było preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez Zamawiającego produktu odpowiadającego jego potrzebom.

W kwestii pochodzenia wszystkich zaoferowanych wodomierzy od jednego producenta Zamawiający wskazał na następujące powody wprowadzenia takiego wymogu:

- a) serwis pogwarancyjny, możliwość nabywania i wymiany części; gwarancja na wodomierze wynosi 36 miesięcy, natomiast pogwarancyjny okres użytkowania wodomierza to co najmniej 5-10 lat; oznacza to, że przez 5-10 lat to Zamawiający będzie obciążony naprawami wodomierzy, co wynika także z 10-12 letniego okresu



użytkowania modułów radiowych; naprawy wodomierzy jednego producenta i związana z tym logistyka części zamiennych jest istotnym elementem, który powoduje, że wymóg jednego producenta wszystkich wodomierzy jest uzasadniony; zdecydowanie bardziej skomplikowana, czasochłonna i kosztochłonna jest logistyka w zakresie nabywania i naprawy części do wodomierzy wielu producentów, np. trzeba je nabywać z różnych źródeł, a ponadto samo określenie elementu który uległ awarii jest znacznie trudniejsze;

- b) wymóg wodomierzy o klasie IP68 (jest to najwyższa możliwa klasa pyłoodporności i wodoszczelności); wodomierze tej klasy nie będą wymagały wymiany w okresie 5 lat a dłuższym, dlatego koszt ich eksploatacji należy liczyć na 10 lat, a nie na 5 lat;
- c) kwestia wtórnej legalizacji wodomierza – szybciej przebiega proces konfigurowania systemu i legalizacji wodomierzy, jeżeli wszystkie pochodzą od jednego producenta;
- d) wielkość Zamawiającego – jest zbyt małym podmiotem by dzielić zamówienie na kilku producentów; w przypadku podmiotów wielkich, które administrują znacznymi regionami, mogą one dzielić regiony w zależności od producentów.

Zamawiający zakwestionował użyte przez biegłego stwierdzenie, jakoby wodomierze o danej konstrukcji i takiej samej klasie R, z punktu widzenia metrologii, były urządzeniami tożsamymi. Jakość użytych materiałów może spowodować, że jedne są bardziej podatne na obniżanie się krzywej błędów, a więc powiększanie się strat dla Zamawiającego.

Wodomierze mechaniczne ulegają metrologicznej degradacji w czasie na co wskazuje m. in. treść publikacji naukowej pt.: „Metrology of Itron (Actaris) water meters after some years of exploitation”, w której dokonano oceny pod kątem metrologii wodomierze różnych firm, w tym m.in. ITRON. Zamawiający zaznaczył, że w trakcie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia brał również pod uwagę wnioski wynikające z tej publikacji.

Zamawiający podał również, że sporządzając OPZ kierował się w tym zakresie zasadą ograniczania strat wody.

W tym czasie inne konstrukcje np. wodomierzy statycznych były dużo droższe i mniej popularne. Poza tym uzależniają one dostawcę wody od jednego producenta, gdyż mają zunifikowane elektroniczne liczydła z zabudowanym modułem radiowym lub GSM (kompaktowa zabudowa), a nie zabudową modułową, jak w przypadku wodomierzy silnikowych.

Odnosząc się klasy metrologicznej wodomierza (dokładności wodomierza) Zamawiający wyjaśnił, że zmienia się ona w czasie eksploatacji i zależy od wielu czynników,

m. in.: obciążenia wodomierza przepływem, sposobu jego doboru do charakterystyki zużycia w opomiarowanym obiekcie, konstrukcji wodomierza, jakości wody mierzonej jej twardością, czy też zawartością żelaza i odległości od stacji uzdatniania wody, montażu np. na końcówkach sieci, czy rodzaju rurociągów stosowanych do budowy sieci wodociągowej.

Zamawiający stwierdził, że kierował się zamiarem obniżania strat ogólnych wody przez ograniczanie strat pozornych (ALI) wybierając wysokiej klasy urządzenia jak i montaż systemu radiowego. Jest także społecznie uzasadnione by straty wody były jak najmniejsze, ponieważ generuje to dodatkowe koszty, a ponadto stoimy obecnie w obliczu suszy więc produkcja wody na straty jest po prostu niedopuszczalna. Warunek ten miał zatem zapobiec niegospodarności.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przy zamawianiu dużej liczby urządzeń powszechną praktyką jest wymóg, że przedmioty powinny być takie same ze względu na kwestie związane z obsługą i serwisem, tym bardziej, że wszystkie te urządzenia służą do tego samego celu, którym jest prawidłowy odczyt zużycia wody. W przedmiotowym stanie faktycznym specyfika zamówienia polegała ponadto na tym, że na każdym z urządzeń montowany był następnie moduł do elektronicznego odczytu wskazań wodomierza. Zasadnym było zatem żeby każde z tych urządzeń było w sposób identyczny przygotowane do instalacji, ale także do obsługi przez pracownika instytucji (odczyty wodomierza). Brak jednorodności w zakresie zaoferowanych urządzeń w sposób bezpośredni wpływałby negatywnie na koszty obsługi, serwisowania, wymiany i napraw wodomierzy.

Zamawiający podkreślił, że wymóg pochodzenia od jednego producenta mógłby być nadmierny w sytuacji gdyby Zamawiający wymagał różnego asortymentu, nie powiązanego ze sobą w żaden sposób. Tymczasem Zamawiający wymaga tego samego asortymentu (wodomierzy), z różnicą w zakresie średnicy, co także wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

W odniesieniu do wymagania dotyczące liczydła mechanicznego 8-cyfrowego (pkt 5.1.2.7. OPZ) Zamawiający podał, że związane było z możliwością prostego, jednoznacznego i precyzyjnego odczytu zmierzonej objętości zużytej wody w szczególności przy kontrolnym odczycie pracowników Zamawiającego, czy też odczycie przez osoby, na rzecz których Zamawiający świadczy usługi, w sytuacji, gdy znacząca część tarczy liczydła zasłonięta jest przez zamontowaną na liczydło nakładkę radiową.

Niedopuszczalne w rozwiązaniach zdalnego odczytu jest jakiegokolwiek demontowanie nakładki z wodomierza i ponowne jej zakładanie w czasie normalnej pracy zestawu w celu

dokonania pełnego odczytu. Konieczność taka zachodzi, gdy wodomierz ma liczydło w postaci pomieszanej, tj. część licznika jest cyfrowa a część wskazówkowo-bębenkowa. Odczyt danych jest wówczas znacznie trudniejszy, mniej wygodny i czasochłonny. W liczydłach w postaci mieszanej zużycia większe od 1 m<sup>3</sup> są przedstawiane w postaci cyfr, a zużycie będące wartością mniejszą niż 1 m<sup>3</sup> należy odczytać poprzez kolejne złożenie odczytów z osobnych zegarów dla części dziesiętnej m<sup>3</sup>, dla części setnej m<sup>3</sup>, dla części tysięcznej m<sup>3</sup> itd. Te właśnie zegary dla części dziesiętnych są najczęściej przysłonięte zamontowaną nakładką. Prowadzi to do rozsynchronizowania wskazań wodomierza z niezależnym rejestrem znajdujący się w module nakładki.

W ocenie Zamawiającego podniesiony w opinii biegłego argument, że wymóg ten z punktu widzenia metrologicznego jest nieuzasadniony, nie zasługuje na poparcie. W wymaganiu tym chodziło bowiem o możliwość precyzyjnego odczytu (kontrolnego wykonanego przez pracownika lub klienta) bez konieczności niedozwolonej ingerencji w skonfigurowany układ wodomierz – nakładka radiowa. Wymaganie to nie może być rozpatrywane w oderwaniu warunków w jakim będzie pracował wodomierz, a będzie on pracował jako zestaw. Każda ingerencja polegająca na demontowaniu nakładki z wodomierza i ponowne jej zakładanie w czasie normalnej pracy zestawu, prowadzi prędzej czy później – w zależności od implementacji systemu zdalnego odczytu, do błędów i do ponownej konfiguracji nakładki radiowej z wodomierzem. Ponowna konfiguracja nakładki radiowej z wodomierzem związana jest z dodatkową pracą dla pracowników Zamawiającego (co również generuje koszty), a także może podważać zaufanie odbiorców usługi do systemu zdalnego odczytu (co również jest niekorzystne dla Zamawiającego, jako że może prowadzić do zwiększenia ilości reklamacji w związku z różnicami w odczytach, itp.).

Przedmiotowy wymóg uzasadniony jest także łatwością odczytu przez odbiorców usługi, tak aby każdy mógł samodzielnie dokonać odczytu bez żadnych trudności, które w licznikach typu mieszanego są znaczne.

Z unifikacją typu stosowanego liczydła wiążą się również korzyści związane z ewentualnymi naprawami, czy wymianą części. Wodomierze będące przedmiotem zamówienia mają konstrukcję modułową, co oznacza, że w przypadku zepsucia się wodomierza możliwe jest jego rozmontowanie i wymiana tej jego części, która uległa awarii. W sytuacji gdy wszystkie wodomierze mają jeden typ liczydła ewentualna wymiana liczydła czy innych części wodomierza jest dla Zamawiającego znacznie łatwiejsza, gdyż wszystkie części są identyczne, a Zamawiający zawsze ma pewność, że posiadane przez niego części zapasowe będą pasować do wodomierza, który się zepsuł. Natomiast w przypadku stosowania

przez jeden podmiot różnych liczydeł trzeba liczyć się z koniecznością sprawdzania dla każdej lokalizacji występującego w niej rodzaju liczydła zastosowanego w wodomierzu, dobieraniu części, itd.

Zamawiający podkreślił, że w Gminie Sulechów (która jest 100% udziałowcem spółki) w sposób szczególnie podchodzi się do osób w podeszłym wieku, a także osób z dysfunkcjami, uwzględniając ich potrzeby w procesie zapewnienia wysokiego poziomu usług społecznych. Do ww. osób dostosowywany jest przekaz informacji, a także dostosowywane są usługi społeczne. Z tego względu uzasadnionym opisem parametru było żądanie możliwie najprostszego w odczycie wyraźnego sposobu prezentacji zużycia wody, jakim jest prezentacja intuicyjnego 8-cyfrowego ciągu, bez powodujących trudności w odczycie bębenków i innego rodzaju elementów.

W opinii Zamawiającego, po dokonaniu szczegółowego przeglądu oferowanych rozwiązań na rynku, rozwiązania bębenkowe uznano za nieczytelne dla osób starszych i posiadających dysfunkcje wzrokowe. Przy doborze kierowano się analogią dla dobrych praktyk w zakresie stworzenia modeli tzw. telefonów dla seniorów, gdzie efekt użyteczności uzyskuje się poprzez prezentację prostych i wyraźnych cyfr pozwalających na wybranie numeru. Przez postawienie wymogu 8-cyfrowego liczydła zapewniony zostaje przejrzysty odczyt dla osób starszych, niedowidzących, niepełnosprawnych intelektualnie, którzy mają równe prawa do możliwości weryfikacji i kontroli kosztów zużycia. W chwili obecnej istotnym problemem społecznym są oszustwa dokonywane na osobach starszych, które wynikają z wprowadzenia w błąd. Firma Zamawiającego jako podmiot świadczący usługi w ogólnym interesie publicznym powinna być w swoim środowisku prekursorem rozwiązań, które służą przejrzystości.

Ponadto, w celu zbudowania zaufania klientów Zamawiający powinien bezwzględnie dać każdemu klientowi jedno z najważniejszych narzędzi, tj. możliwość łatwego, prostego, nie sprawiającego trudności i nie wymagającego żadnej specjalistycznej wiedzy monitoringu zużycia wody. Zastosowanie liczydła 8-cyfrowego pozwala na szybkie lokalizowanie mikro wycieków (drobnych wycieków kropelkowych) spowodowanych np. cieknącą spłuczką lub kranem, niewielkim pęknięciem rury oraz najmniejszymi nieszczelnościami, przez kontrolę wodomierza już od pozycji litrów (w przypadku wodomierzy pięciocyfrowych i 3 bębenków jest niemożliwe z uwagi na ich przykrycie nakładką do zdalnego odczytu). Oznacza to, że klient może non-stop (24 godziny na dobę) obserwować i analizować zużycie wody i w szybki sposób reagować na nieoczekiwany jej wyciek, tym samym kontrolować domowe wydatki. Pozwala to bowiem zminimalizować kosztowne straty nie tylko z racji większych rachunków za dostawę

wody i odbiór ścieków, ale również powstałych na skutek zalania i zapełnienia oraz wynikających z tego remontów.

Powyższe rozwiązanie jest także zgodne z krajową i wspólnotową polityką konsumencką, wymuszającą na podmiotach gospodarczych przejrzysty sposób naliczania opłat w oparciu o jasne, klarowne i czytelne zasady i instrumenty pomiarowe. Nie sposób odmówić podmiotom gospodarczym uzasadnionego prawa do podnoszenia jakości świadczonych usług, co prowadzi do wniosku, że wymóg stanowi uzasadnioną potrzebę Zamawiającego.

Odnosnie opinii biegłego która była podstawą stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp Zamawiający wskazał, że wymaga ona uzupełnienia, ponieważ biegły nie dysponował całością materiału dowodowego, a tym samym nie miał możliwości odniesienia się do wszystkich aspektów kontrolowanego Postępowania.

Podniesienia wymaga kwestia oceny przez biegłego spełniania wymogów SIWZ przez wodomierz JS master C+ Dn 20-40, klasa R315, produkcji Apator Powogaz S.A. Biegły w opinii wskazał, że ten model wodomierza nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ z uwagi na liczydło w jakie jest wyposażony tj. cyt. z opinii „5 cyfrowe + 3 bębni”, tymczasem z dokumentu „EU-TYPE EXAMINATION CERTIFICATE” (Certyfikat Badania Typu UE) , str. 11, wynika, że ten typ wodomierza występuje również w wersji z liczydłem 8-cyfrowym, a zatem spełnia wymogi z przedmiotowego postępowania. Ta okoliczność również wymaga weryfikacji, a tym samym uzasadnia uzupełnienie opinii biegłego.

**Pismem z dnia 2 marca 2020 r. Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli.**

W odniesieniu do wskazanego w Informacji naruszenia Pzp Prezes Urzędu ponownie wskazał, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też, zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, że zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia może

powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje *quasi* – konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta.

Ustawodawca przez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp). Naruszenie zasady wynikającej z tego przepisu może być realizowane w sposób bezpośredni, a także pośredni, tj. przez wskazanie wprost na określonego producenta lub produkt albo poprzez takie opisanie parametrów/wymogów dotyczących zamówienia, które wskazuje na konkretnego producenta lub produkt. Naruszenie zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp następuje m.in. w przypadku takiego zestawienia przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów. Przy czym dla naruszenia ww. przepisu wystarczająca jest możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne jej utrudnienie.

Kontrolujący wskazał następnie, że mając na uwadze techniczny charakter stanowiska Zamawiającego, ponownie wystąpił do biegłego o wydanie opinii, której najważniejsze tezy są następujące:

1. przygotowując OPZ Zamawiający korzystał z materiałów informacyjnych firmy ITRON;
2. wodomierze Diehl nie spełniają wymagań SIWZ, co dotyczy w szczególności pkt 5.1.2.15 SIWZ (163 szt. wodomierzy jednostrumieniowych Dn 20 o R>160, które Zamawiający pominął w zestawieniu); znajdujący się w ofercie Diehl wodomierz Diehl AQUARIUS nie stanowi konstrukcji suchobieżnej;
3. nie jest prawdą, jakoby wodomierz JS master C+ posiadał liczydło 8 cyfrowe;
4. teoretycznie każdy wykonawca mógł wziąć udział w Postępowaniu, przy czym konkurencja ograniczona została w nim do wysokości ceny zakupu wodomierzy Itron;
5. Zamawiający nie udowodnił tezy jakoby wodomierze innych firm wykorzystywały gorsze materiały do ich produkcji;
6. teza o dopuszczalności stosowania urządzeń jednego producenta miałaby pewne uzasadnienie, gdyby Zamawiający posiadał wyłącznie wodomierze firmy Itron, a Postępowanie uzupełniałoby wcześniejsze rozstrzygnięcia;

7. w kwestii wymogu 8-cyfrowego liczydła – Zamawiający, jak wynika z jego strony internetowej, rozlicza się z odbiorcami w oparciu o 1 m<sup>3</sup>; ewentualna kontrola, również przez osoby starsze, nie stanowi problemu, ponieważ wartość podstawowa dostępna (w formie cyfry) jest dla wszystkich typów liczydeł; odczyt radiowy umożliwia odczyt wskazań wodomierzy z dokładnością skalowania wodomierza, do 3 miejsc po przecinku (do 0,001 m<sup>3</sup>), które Zamawiający – dla potrzeb bilingowych – zaokrągla do pełnych m<sup>3</sup>; dla bilansowania sieci Zamawiający może niezależnie wykorzystać dokładne dane telemetryczne; systemy zdalnego odczytu mają na celu ułatwienie obsługi, a w konsekwencji minimalizują lub czynią nieistotnymi wcześniejsze problemy; Zamawiający czyniąc kluczowym aspekt wzrokowej kontroli odczytu, pośrednio kwestionuje sens wprowadzania nowych technologii; zdalny odczyt wodomierzy wprowadzany jest bowiem po to, by wyeliminować błąd ludzki odczytu wzrokowego i aby ułatwić go osobom starszym; co istotne, taki odczyt rzadko jest kwestionowany przez odbiorców; ewentualne reklamacje wartości zużycia, awarii wodomierza, itp. załatwiane są osobną procedurą.
8. w przypadku konstrukcji modułowych wymiana wstawy pomiarowej jest czynnością łatwą, a uzyskanie buforu części zamiennych nie powinno stanowić problemu; kwestię „doboru” części najczęściej obciąża drugą stronę umowy – dostawcę;

We wnioskach uzupełniającej opinii biegły stwierdził, że Zamawiający, w kilku miejscach SIWZ wprowadził wymogi wykluczające inne niż Itron rozwiązania. Dyskredytowanie rozwiązań konkurencyjnych, bez wykazania faktycznych argumentów technicznych, naraża Zamawiającego na ryzyko związane z naruszeniem dóbr producentów. Zdaniem biegłego przeprowadzony przetarg nieograniczony, z przyjęciem tautologii, radykalnie ograniczył (*de facto* wykluczył) możliwość alternatywnego rozstrzygnięcia”.

W odpowiedzi na zarzut zaniechania pełnego wyjaśnienia okoliczności sprawy, czego skutkiem miało być sporządzenie opinii przez biegłego, który dysponował ograniczoną ilością dowodów oraz nie znał dokładnie stanowiska Zamawiającego, Prezes UZP podkreślił, że powyższa ocena biegłego dokonana została z uwzględnieniem wszystkich materiałów zebranych w dokumentacji Postępowania, w tym w szczególności pisma z dnia z dnia 09.02.2018 r. będącego odpowiedzią na wezwanie Prezesa Urzędu do ustosunkowania się do zarzutów wskazanych we wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej (co miało szczególne znaczenie w wykazaniu szczególnych potrzeb Zamawiającego, uzasadniających opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który promował jednego producenta). Tym samym, za nieuzasadnione należy uznać kwestionowanie opinii biegłego w zakresie odnoszącym się

do wyjaśnień Zamawiającego, w przypadku, kiedy sam Zamawiający zaniechał wyczerpującego wyjaśnienia kwestii rzutujących na ostateczną treść sporządzanej opinii. Podkreślenia wymaga także, że w opinii uzupełniającej, biegły dysponując pełnymi wyjaśnieniami Zamawiającego, odnosząc się merytorycznie do każdego z zarzutów Zamawiającego (przedstawionych w piśmie z dnia 17.02.2020 r.) potwierdził stanowisko zaprezentowane w opinii zasadniczej.

W związku z powyższym, w oparciu o opinie biegłego należy potwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, narzucał konkretne rozwiązania techniczne, czym wskazał na konkretnego producenta, tj. firmę ITRON. Jednocześnie Zamawiający w złożonych wyjaśnieniach udzielonych w ramach prowadzonej kontroli oraz w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, nie wykazał, że istnieją obiektywne potrzeby uzasadniające takie opisanie parametrów technicznych zamawianych wodomierzy. W opinii Prezesa Urzędu, opis przedmiotu zamówienia, zamiast zawierać kwestionowane powyżej parametry techniczne zamawianych urządzeń, charakterystyczne dla konkretnego producenta, powinien wskazywać wymogi lub funkcjonalności możliwe do spełnienia przez różne produkty. Taki opis zapewniłby realną konkurencję, zgodną z art. 29 ust. 2 Pzp.

W związku z powyższym, stwierdzenie przez biegłego, że tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia w omawianym zakresie wskazuje na konkretnego producenta zamawianych wodomierzy, jest wystarczające do stwierdzenia przedmiotowego naruszenia. Jak już wskazano w Informacji o wyniku kontroli, w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Zgodnie z literalną wykładnią art. 29 ust. 2 Pzp, użyte w przedmiotowym przepisie przez ustawodawcę sformułowanie „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, że dla wykazania naruszenia tego przepisu wystarczy samo uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji. Tym samym, na gruncie art. 29 ust. 2 Pzp, nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. W związku z powyższym, wykazanie przez biegłego w złożonej opinii prawdopodobieństwa utrudnienia uczciwej konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, jest wystarczające do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp.



**W konsekwencji przedstawionego stanowiska Prezes Urzędu – na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.**

**W piśmie z 10 marca 2020 r.,** przesłanym bezpośrednio do Izby, **Zamawiający przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie** wskazując przede wszystkim, że biegły w opinii uzupełniającej nie odniósł się do modelu wodomierza wskazanego w zastrzeżeniach (Diehl Altair oraz Diehl Auriga), a do wodomierza Diehl Aquarius.

W konsekwencji Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego w zakresie inżynierii środowiska lub z opinii biegłego o tożsamej specjalności celem uzyskania rzetelnej oceny wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności.

**Izba zważyła, co następuje –** zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający podziela wyrażone w Informacji i odpowiedzi na zastrzeżenia stanowisko Kontrolującego w przedmiocie interpretacji art. 29 ust. 2 Pzp. Do obszernych wywodów tam przedstawionych dodać należy, że o braku naruszenia przywołanego przepisu nie świadczy li tylko fakt, że na rynku dostępnych jest kilka rodzajów urządzeń posiadających wymaganą przez zamawiającego właściwość, ani tym bardziej okoliczność, że co prawda wymagania określone w SIWZ spełnia wyłącznie jedno urządzenie, ale jest ono powszechnie dostępne, ergo każdy wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia może je zamawiającemu zaoferować. Zdaniem Izby decydujące znaczenie ma to, czy postawione przedmiotowi zamówienia wymaganie, które ogranicza konkurencyjność postępowania do możliwości zaoferowania jednego z kilku urządzeń, bądź tylko jednego konkretnego urządzenia, jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Innymi słowy można powiedzieć, że nawet w skrajnym przypadku sprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do możliwości zaoferowania jednego tylko wyrobu nie będzie to stanowić ograniczenia konkurencji, jeżeli takie oczekiwanie zamawiającego usprawiedliwione będzie okolicznościami sprawy.

*Ad casum* z informacji o wyniku kontroli wynika, że zakwestionowanym przez Prezesa UZP parametrem jest w szczególności wyposażenie wodomierza w liczydło mechaniczne 8-cyfrowe, z wyłączeniem innych rozwiązań technicznych. Przedstawione przez Zamawiającego we wniesionych zastrzeżeniach powody sformułowania tego wymogu skład orzekający uznał za niewystarczające.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że wobec przyświecającego Zamawiającemu zamiarowi prowadzenia zdalnego odczytu stanu wodomierzy kwestia konstrukcji liczydła nie powinna mieć charakteru przesądzającego o zgodności treści oferty wykonawcy z SIWZ. Okoliczność, czy dane z wodomierza będzie można odczytać z liczydła cyfrowego, czy też cyfrowo-bębnowego schodzi na plan dalszy, ponieważ co do zasady odczyt prowadzony będzie zdalnie. Stąd rozważanie, że w razie konieczności odczytania wskaźnika zużycia wody z wodomierza wyposażonego w liczydło cyfrowe wykonanie tej czynności jest prostsze (łatwiejsze) niż w przypadku wodomierza wyposażonego w inny rodzaj liczydła schodzi na plan dalszy, ponieważ nie będzie to zasadniczy sposób monitorowania przez Zamawiającego wspomnianego wskaźnika. Przedstawione stanowisko uzasadnia dodatkowo okoliczność, że podstawową jednostką rozliczeniową zużycia wody obowiązującą u Zamawiającego jest  $m^3$ , wobec czego nie sposób twierdzić, że kwestią istotną jest bieżące monitorowanie przez klientów Zamawiającego wartości niższych od  $m^3$ .

Reasumując, jakkolwiek Izba dostrzega, że cytowana w odpowiedzi na zastrzeżenia opinia uzupełniająca biegłego odnosi się do innego niż wskazywane przez Zamawiającego urządzenia, to jednak przyjmując nawet, że na rynku dostępne są inne jeszcze wodomierze wyposażone w liczydła cyfrowe, w braku argumentów przemawiających za zasadnością takiego wymagania, Zamawiający dopuścił się zarzuczonego mu przez Kontrolującego naruszenia przepisów Pzp.

Odnosząc się dodatkowo do sformułowanego w piśmie Zamawiającego z 10 marca 2020 r. wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego w zakresie inżynierii środowiska lub z opinii biegłego o tożsamej specjalności Izba wyjaśnia, że zgodnie z przepisem art. 167 ust. 3 Pzp podstawą uchwały Izby są zastrzeżenia od wyniku kontroli. Przepisy Pzp, w ramach procedury wydawania uchwały, nie przewidują prowadzenia przez KIO postępowania dowodowego, jak ma to miejsce w przypadku postępowania odwoławczego. W konsekwencji uwzględnienie tego wniosku nie było możliwe.

Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....