

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 17 lipca 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 21 czerwca 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego – **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 5 czerwca 2023 r. (znak: KND/112/22/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przekierowanie odprowadzania wód dołowych poprzez wykonanie otworów spływowych i systemu rurociągów odwadniających z SRK S.A. Oddział KWK „Pokój I” przez teren PGG S.A. Oddział KWK Ruda na poziom 1030m Ruchu Halemba przed likwidacją szybu „Wanda” Ruch „Pokój I” (znak postępowania: ZP-P-0003/21-1-1).

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Emilia Garbala

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przekierowanie odprowadzania wód dołowych poprzez wykonanie otworów spływowych i systemu rurociągów odwadniających z SRK S.A. Oddział KWK „Pokój I” przez teren PGG S.A. Oddział KWK Ruda na poziom 1030m Ruchu Halemba przed likwidacją szybu „Wanda” Ruch „Pokój I” (znak postępowania: ZP-P-0003/21-1-1).

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art.16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust 4-6 ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia – w wykazie materiałów (załącznik nr 3 do projektu technicznego), przez wskazanie parametrów i nazwy konkretnego producenta rur, tj. firmy CARBOSPEC oraz okładziny betonowej, tj. firmy PREFROW, podczas gdy wskazaniu temu nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny” oraz kryteria stosowane w celu jej oceny, co doprowadziło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu Prezes UZP wskazał, że przedmiotem zamówienia było wykonanie roboty budowlanej polegającej na przekierowaniu odprowadzania wód dołowych, poprzez wykonanie otworów spływowych i systemu rurociągów odwadniających z SRK S.A. Oddział KWK „Pokój I” przez teren PGG S.A. Oddział KWK Ruda na poziom 1030 m Ruchu Halemba przed likwidacją szybu „Wanda”. Szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia zostały zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”. (...)

W grudniu 2020 r. opracowano „Projekt techniczny odprowadzania wód kopalnianych SRK S. A. KWK „Pokój I - Śląsk” Ruch „Pokój I” do PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba” (zgodnie z Rozp. Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących ruchu podziemnych zakładów górniczych - Dz.U. z dnia 9 czerwca 2017 r. Poz. 1118, §38 i §454) uwzględniając Wariant IB opracowania pt. „Analiza”.

Przedmiotowy „Projekt techniczny...” obejmuje zakres prac związanych z ujęciem dopływających wód, sposobem jej odprowadzenia, zabezpieczeniem wyrobisk górniczych przed niekontrolowanym spływem wody oraz wykonania wszystkich niezbędnych prac związanych z bezpiecznym odprowadzeniem wody dopływającej do poziomu 790 m.

Realizacja tej inwestycji związana jest z planowaną likwidacją szybu „Wanda” i koniecznością zmiany obecnego sposobu odwadniania wyrobisk górniczych SRK S. A. KWK „Pokój I - Śląsk” Ruch „Pokój I” i PGG S.A. oddział KWK Ruda Ruch Pokój.

Prace należy wykonać w oparciu o „Projekt techniczny odprowadzenia wód kopalnianych z wyrobisk SRK S.A. KWK „Pokój I-Śląsk” Ruch „Pokój I” do PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba” - stanowiący załącznik do SWZ.

Natomiast w treści pkt II załącznika nr 1 do SWZ - Uwarunkowania techniczno-organizacyjne, umieszczono zapisy stanowiące, iż:

2. Zamawiający w porozumieniu z PGG S.A. Oddział KWK Ruda przekaże Wykonawcy teren robót w terminie do dwóch tygodni licząc od daty zawarcia umowy i zatwierdzeniu przez KRZG Dokumentacji Technicznej, co udokumentowane zostanie stosownymi protokołami. Prace prowadzone będą w oparciu o:

- ww. „Projekt techniczny
- zgłoszenia do właściwych organów nadzoru górniczego rozpoczęcia robót,
- opracowaną przez Wykonawcę i zatwierdzoną przez KRZG SRK S.A. Oddziału KWK „Pokój I Śląsk” Ruch „Pokój I” niezbędną dokumentację techniczną,
- opis przedmiotu zamówienia,
- założenia i ustalenia z Zamawiającym.

3. Wykonawca w porozumieniu z Zamawiającym i stroną PGG S.A. Oddział KWK Ruda uzgodni miejsce składowania materiałów, transport materiałów do miejsca wykonywania robót, co udokumentowane zostanie stosownymi protokołami.

4. Wykonawca zobowiązany jest do zakupu, dostarczenia i rozładunku materiałów użytych do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z zakresem rzeczowym na własny koszt, na plac składowy przy szybie Wanda, na terenie SRK S.A. Oddział KWK „Pokój I- Śląsk” Ruch „Pokój I” (...).

5. Dostarczone materiały powinny być pełnowartościowe, fabrycznie nowe i wolne od wad (...).

6. Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do dostarczonych materiałów odpowiednie atesty, certyfikaty, deklaracje zgodności i świadectwa jakości. Dostarczone materiały powinny posiadać odpowiednie dopuszczenia do stosowania w wyrobiskach podziemnych zakładu górniczego.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2022 r. udostępnił na swojej stronie internetowej ww. Projekt techniczny odprowadzania wód kopalnianych z wyrobisk SRK S.A. KWK „Pokój I - Śląsk” Ruch „Pokój I” do PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba” z 2020 r. Opracowanie to zostało sporządzone przez Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „GEO-EKO-WIERT” Jerzy Jędrzejewski.

Zgodnie z treścią str. 3 Projektu technicznego jego częścią jest załącznik nr 3: „Wykaz materiałów i części wykorzystanych do budowy rurociągu” (zamieszczony w pliku pdf o nazwie: „projekt techniczny SRK Pokój I-cd”).

W wykazie tym wskazano wprost nazwy producentów rur kołnierzowych, zasuw klinowych kołnierzowych, pomp, węży, zaworów, przepływomierzy elektromagnetycznych, okładziny betonowej. W szczególności w wykazie na str. 64, Tytuł rysunku: Rurociąg wodny DN200 na poz. 600 mm SRK S.A. KWK Pokój - zestawienie (przynależy do rysunek nr 60), wskazano rury kołnierzowe wraz z nazwą producenta CARBOSPEC (poz. 1 i 4) oraz okładzinę betonową z nazwą producenta PREFROW (poz. 5).

WYKAZ MATERIAŁÓW I CZĘŚCI				Przynależy do rys. nr		60
Inwestor SRK S.A. KWK „Pokój I-Śląsk” Ruch „Pokój I”				Tytuł Rurociąg wodny DN200 na poz. 600m SRK S.A. rysunku KWK Pokój - zestawienie		
Poz.	Sztuk na kpl.	Nazwa i wymiar gotowych części	Rysunek lub norma Nr	Masa gotowej części kg		Materiał
				1 szt.	1 kpl	
1	34	rura kołnierkowa SPE-KTW Ø225x14/PN16 dłg. L = 3000 z pierścieniami obrotowymi owierconymi dla DN200/PN16 wg PN-EN 1092-1	CARBOSPEC	41,0	1275,0	Wg. prod.
2	1	rura kołnierkowo – bosa SPE KTW Ø225x14/PN16 dłg. L = 3000 z pierścieniem obrotowym owierconym dla DN200/PN16 wg PN-EN 1092-1.	„	-	12,0	„
3	1	Kolano kołnierkowe DN200PE/PN16-30°	„	11,0	22,0	„
4	1	rura kołnierkowo – bosa SPE KTW Ø225x14/PN16 dłg. L = 3000 z pierścieniem obrotowym owierconym dla DN200/PN16 wg PN-EN 1092-1.	CARBOSPEC	-	38,0	Wg. prod.
5	36	Okładzina betonowa lekka A-70	PREFROW	1,0	396,0	Wg. prod.

Prezes UZP zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Dotychczasowe orzecznictwo i doktryna dają wiele przykładów naruszenia tej zasady, takich jak warunki udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia zawierający minimalne wymagania, które ograniczają udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom poza jednym konkretnym wykonawcą bądź nieliczną grupą wykonawców lub opis, który ogranicza udział w postępowaniu wszystkim innym wykonawcom niż ci, którzy sprzedają produkty danej marki.

Jak stanowi art. 99 ust. 4 ustawy 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.

Przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wprowadza negatywną przesłankę opisu przedmiotu zamówienia i stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby

utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Cel regulacji z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów).

Stosownie do art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Art 99 ust. 5 ustawy Pzp wprowadza przepis umożliwiający w ściśle określonych sytuacjach opisanie przedmiotu zamówienia (lub tylko jego niektórych elementów) przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Art. 99 ust. 5 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły wyrażonej w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i umożliwia opisanie przedmiotu zamówienia lub jego części przy pomocy np. znaków towarowych, gdy nie jest możliwe opisanie go zgodnie z wymaganiami, o których mowa w art. 99 ust. 1 ustawy

Pzp. Brak możliwości opisanie przedmiotu zamówienia na zwykłych zasadach musi mieć charakter obiektywny, co wynika z brzmienia art. 42 ust. 4 dyrektywy klasycznej, którego transpozycję stanowi omawiany przepis. W przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej wskazano, że odniesienie do konkretnej marki, źródła, procesu itp jest dopuszczalne, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. Dozwolone na gruncie art. 99 ust. 5 ustawy Pzp są zatem sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady, niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy: 1) nie jest obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp, oraz 2) użytym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Znak towarowy (patent, pochodzenie itp) w rozumieniu art. 99 ust. 5 ustawy Pzp stanowić będzie swoisty wzorec techniczny, jakościowy lub funkcjonalny w szczególności sposób zastępujący opis, o jakim mowa w art. 99 ust. 1 i art. 101 Pzp. Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności zamawiającego (art. 99 ust. 6 ustawy Pzp). TSUE wskazał na możliwość stosowania tej normy wyłącznie w drodze wyjątku i tylko z zachowaniem ścisłej wykładni. Nie będzie zatem dopuszczalne stosowanie znaków towarowych jako konstytutywnego elementu opisu przedmiotu zamówienia, jeśli jest możliwe obiektywne opisanie przedmiotu przy pomocy zasad, o których mowa w art. 99 ust. 1 oraz art. 101 ustawy Pzp.

W świetle art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Celem art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jest poinformowanie wykonawcy, które elementy produktu lub usługi opisane w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, uważa za najistotniejsze. Przepis nakazuje, aby zamawiający, przywołując określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, każdorazowo: stosował zwrot „lub równoważny” oraz dokonywał opisu kryteriów równoważności. Kryteriami równoważności będą wybrane cechy określające przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego za pomocą określeń, o jakich mowa w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania.

Prezes UZP wskazał, że znajdujący się w dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokument, pn.: „Wykaz materiałów i części wykorzystanych do budowy rurociągu”, dalej „wykaz materiałów”, stanowił załącznik nr 3 do Projektu technicznego odprowadzenia wód kopalnianych z wyrobisk SRK S.A. KWK „Pokój I-Śląsk” Ruch „Pokój I” do PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba, sam zaś Projekt był załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia. Ponadto zarówno w pierwotnym załączniku nr 1 do SWZ - pn. Opis Przedmiotu Zamówienia, jak i w tym po zmianie treści SWZ, Zamawiający wymagał, aby prace zostały wykonane przez wykonawcę w oparciu o ww. Projekt techniczny. Powyższe prowadzi do wniosku, że informacje zawarte w Projekcie i jego załącznikach stanowiły uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (m. in. w zakresie materiałów wymaganych do dostarczenia przez Wykonawcę), a więc składały się na opis przedmiotu zamówienia, a tym samym były wiążące dla potencjalnych wykonawców.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w poz. 1, 4 oraz 5 wykazu materiałów stanowiącego załącznik nr 3 do Projektu technicznego (str. 64) - *Rurociąg wodny DN200 na poz. 600 m SRK SA KWK Pokój - zestawienie*, opisał rury za pomocą parametrów i nazwy producenta rur CARBOSPEC oraz wskazał okładzinę betonową z nazwą producenta PREFROW:

W wykazie materiałów na str. 64 (poz. 1 i 4) posłużono się konkretnymi parametrami wymaganych rur, wskazano średnicę, długość. W kolumnie obok podano nazwę firmy funkcjonującej na rynku jako m. in. producent rur. Ponadto w kolumnie o nazwie „Materiał” wymieniono skrót: „Wg prod.”, co może oznaczać zwrot „Według producenta”. Informacje zawarte w poszczególnych kolumnach tabeli należy rozpatrywać w ramach jednej pozycji. Analogicznie w przypadku okładziny betonowej lekkiej A-70, wymienionej w tym samym wykazie na str. 64 (poz. 5), w kolumnie pn.: „Rysunek lub norma Nr” podano nazwę firmy funkcjonującej na rynku produkcji betonów⁵. W kolumnie o nazwie „Materiał” wymieniono skrót: „Wg prod.”

W treści ww. pozycji wykazu materiałów dotyczących rur oraz okładzin betonowych, opisanych m.in. przez wskazanie nazw producentów, wskazaniu takiemu nie towarzyszyło określenie „lub równoważne”. W związku z czym wykonawcy chcący ubiegać się o udzielenie zamówienia musieli zakładać, że Zamawiający oczekuje dostarczenia rur producenta CARBOSPEC, jak również okładziny betonowej producenta PREFROW, szczególnie, że w wykazie nie posłużono się minimalnymi parametrami, czy przedziałem parametrów.

Prezes UZP stwierdził, że w SWZ nie zawarto zapisów dopuszczających rozwiązania równoważne w stosunku do tych wymienionych bezpośrednio w wykazie materiałów, ani nie wskazano kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Równocześnie nie ma podstaw aby uznać, że Zamawiający, nie mógł opisać przedmiotu zamówienia

w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób bez odwoływania się do nazw konkretnych producentów. Biorąc przy tym pod uwagę stanowisko Zamawiającego stanowiące, że: „Kolumno „Rys. lub norma Nr”, w której pojawiają się nazwy producentów, służyła wyłącznie do przykładowego wskazania parametrów technicznych materiałów oraz w celu ułatwienia sporządzenia kosztorysu inwestorskiego”, należy uznać, że nic nie wskazuje, aby nazwy producentów były wymienione wyłącznie jako przykład.

W świetle powyższego, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp, polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w wykazie materiałów (załącznik nr 3 do projektu technicznego) przez wskazanie parametrów i nazwy konkretnego producenta rur, tj. firmy CARBOSPEC oraz okładziny betonowej z nazwą producenta PREFROW, a wskazaniu temu nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny” oraz kryteria stosowane w celu oceny równoważności, co doprowadziło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający pismem z 21 czerwca 2023 r. wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach zakwestionował wynik kontroli wskazując, że nie zgadza się ze stwierdzeniem naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w wykazie materiałów (załącznik nr 3 do projektu technicznego) przez wskazanie parametrów i nazwy konkretnego producenta rur, tj. firmy CARBOSPEC oraz okładziny betonowej firmy PREFROW, nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie doprowadziło do ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu, w związku z czym nie doszło do naruszenia wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przepisów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 607 ust. 1 PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wszcząć, z urzędu lub na wniosek, kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy. W związku z tym przesłanki kontroli muszą spełnić się łącznie, tj. w kontrolowanym postępowaniu nie tylko musi dojść do naruszenia przepisów ustawy, ale to naruszenie musi mieć wpływ na wynik postępowania. Nawet gdyby przyjąć, iż w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy PZP, to nie doszło z pewnością do spełnienia drugiej przesłanki określonej w art. 607 ust. 1 PZP. Ewentualne naruszenie przepisów PZP poprzez wskazanie nazwy konkretnego producenta nie miało bowiem wpływu na wynik postępowania. Przedmiotem kontrolowanego postępowania były roboty budowlane. Tymczasem naruszenia stwierdzone w toku kontroli doraźnej ukierunkowane są na dostawę materiałów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu mogli wziąć udział wyłącznie wykonawcy specjalizujący się w branży budownictwa górniczego, posiadający odpowiednie doświadczenie w wykonaniu robót górniczych w zakresie wiercenia otworów wiertniczych oraz doświadczenia w wykonaniu specjalistycznej zabudowy i orurowania. Żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie jest producentem materiałów, które miały zostać użyte do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do nazw producentów użytych w załączniku nr 3 do projektu technicznego, Zamawiający podkreślił, że producenci rur oraz okładziny betonowej tj. CARBOSPEC M. J. Spółka Jawna oraz Przedsiębiorstwo Prefabrykacji Górniczej „PREFROW” Sp. z o.o. nie prowadzą działalności gospodarczej w zakresie wykonywania robót górniczych i nie wzięli udziału w przedmiotowym postępowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż w kontrolowanym postępowaniu nie mogło dojść do uprzywilejowania lub wręcz wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, ponieważ producenci wymienionych materiałów nie mogli wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak prowadzenia przez nich działalności w zakresie robót górniczych i tym samym brak spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu. Nie mogło w związku z tym dojść do faworyzacji żadnego z wykonawców, czy też zawężenia kręgu wykonawców. Powyższe świadczy o tym, iż użycie w załączniku nr 3 do projektu technicznego nazw producenta rur „CARBOSPEC” oraz okładziny betonowej „PREFROW” nie doprowadziło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu i zarazem nie miało wpływu na wynik kontrolowanego postępowania.

Zamawiający kilkakrotnie wskazywał w wyjaśnieniach udzielanych w toku kontroli, w opisie przedmiotu zamówienia, kosztorysie inwestorskim i w przedmiarze robot nigdzie nie użyto nazw producentów, czy też innych określeń wskazujących na konkretnego producenta materiałów wsadowych. Specyfikacja Warunków Zamówienia, w tym jej załącznik w postaci Opisu przedmiotu zamówienia oraz przedmiar robót nie posługują się znakami towarowymi, patentami lub pochodzeniami, źródłami, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Tym samym nie ma w tych dokumentach wskazanych nazw producentów materiałów i części. Nazwa producenta nie została wymieniona także w żadnym innym dokumencie związanym z realizacją umowy, to jest w Technologii prowadzenia robót czy procedurze odbioru materiałów.

Zamawiający wskazał, że każdy Wykonawca miał możliwość zastosowania materiałów dowolnego producenta, wykonanych według norm lub rysunków stanowiących załączniki do dokumentacji. Wykaz materiałów stanowiący załącznik tekstowy nr 3 do Projektu technicznego

zawiera informacje o materiałach i częściach niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie budowy rurociągu. Opis i parametry determinują rodzaj materiałów, które był uprawniony dostarczyć wykonawca zadania, aby spełnić wymogi opisane w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Pod poszczególnymi pozycjami z kolumn „Nazwa i wymiar gotowych części” są wymienione materiały opisane w sposób zgodny z PZP, to jest w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, bez wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródeł lub szczególnych procesów, które charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Kolumna zawierająca „Nazwę i wymiar gotowych części” posługuje się wyłącznie parametrami typu średnica, ciśnienie, rodzaj materiału oraz odwołuje się do Polskich Norm. Opis materiału nie stanowił ani nazwy producenta ani nie odwoływał się do żadnych parametrów przynależnych do produktów wytwarzanych lub oferowanych przez wyłącznie jednego producenta. Parametry oznaczały rozmiar produktu, który był i jest nadal oferowany na rynku przez wielu producentów. Weryfikacja zgodności wykonanego przedmiotu umowy z opisem przedmiotu zamówienia następowała wyłącznie w oparciu o parametry techniczne użyte w kolumnie „Nazwa wymiar gotowych części”. Kolumna „Rys. lub norma Nr”, w której pojawiają się nazwy producentów i która służyła wyłącznie do przykładowego wskazania parametrów technicznych materiałów oraz w celu ułatwienia sporządzenia kosztorysu inwestorskiego. W opinii Zamawiającego nie można interpretować zapisów kolumny „Rys. lub norma Nr” jako „Producent lub norma”.

Użyte nazwy producentów nie miały na celu - jak wykazano powyżej - postawienia wymogu dostarczenia materiałów wyłącznie tych konkretnych producentów. Nadto, w żadnym miejscu dokumentacji postępowania, w szczególności analizowanym w toku kontroli Wykazie materiałów, nie znalazły się żadne parametry konkretnego producenta.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca biorący udział w kontrolowanym postępowaniu w trakcie wykonywania umowy mieli możliwość dostarczenia materiałów dowolnego producenta, jednakże zgodnych z parametrami (Polskie Normy, materiał, ciśnienie, średnica i inne) określonymi w Projekcie Technicznym. Zamawiający w trakcie dokonywania odbiorów lub weryfikacji materiałów wykorzystywanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego miał prawo weryfikować materiały wyłącznie w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalnych określonych przez projektantów w Projekcie technicznym. W przypadku analizowanego zamówienia żadne pochodzenie czy znak towarowy nie stanowiły elementu weryfikacji.

Zdaniem Zamawiającego nie jest zgodne ze stanem faktycznym stwierdzenie, iż opis przedmiotu zamówienia ograniczał udział w postępowaniu „wszystkim innym wykonawcom niż ci, którzy sprzedają produkty danej marki”. Podstawowym warunkiem udziału w postępowaniu było bowiem „należyte wykonanie górniczych robót budowlanych w okresie ostatnich 10 lat

przed upływem terminu składania ofert (...) polegających na wykonaniu robót górniczych w zakresie wiercenia otworów wiertniczych wraz z orurowaniem, o łącznej wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto”, a nie prowadzenie działalności produkcyjnej.

Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu nie wnosili zastrzeżeń czy wniosków o zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie „Wykazu materiałów i części”, ani nie zwracali się z wnioskami o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Należy więc uznać, iż podany przez Zamawiającego zestaw informacji i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia był jasny i zrozumiały, w taki sam sposób dla wszystkich wykonawców i nie prowadził do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na fakt, iż wartość materiałów ujętych w „Wykazie materiałów i części” (przynależnych do rys. nr 60 dokumentacji), gdzie pojawiły się nazwy producentów - służące jedynie do przykładowego wskazania parametrów technicznych materiałów oraz dla ułatwienia sporządzenia kosztorysu inwestorskiego - wynosi jedynie 0,9% wartości kosztorysowej całego zamówienia, należy uznać, że użycie nazw producentów nie miało i nie mogło mieć wpływu na wyniki postępowania.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w trakcie przeprowadzonej kontroli oraz w jej wynikach opisanych w Informacji o wyniku kontroli całkowicie pominięto okoliczność, iż Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy realizowanej w wyniku rozstrzygnięcia kontrolowanego postępowania z winy Wykonawcy.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że użycie nazw producentów w „Wykazie materiałów i części wykorzystanych do budowy rurociągu” (Załącznik nr 3 do Projektu technicznego) nie miało wpływu na przebieg postępowania, w tym w szczególności na krąg podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu, na decyzje uczestników postępowania oraz czynności podejmowane przez Zamawiającego. Powyższa okoliczność w żaden sposób nie ograniczyła udziału w postępowaniu innym podmiotom spełniających warunki podmiotowe i przedmiotowe udziału w postępowaniu, a określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Prezes UZP pismem z dnia 3 lipca 2023 r. poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli. Odnosząc się do zarzutów przywołanych przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku przedmiotowej kontroli doraźnej, Prezes UZP wskazał m.in.:

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Wnoszącego zastrzeżenia, że opisanie przedmiotu zamówienia w wykazie materiałów (załącznik nr 3 do projektu technicznego) przez wskazanie parametrów i nazwy konkretnego producenta rur, tj. firmy CARBOSPEC oraz okładziny betonowej firmy PREFROW nie miało wpływu na wynik kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie doprowadziło do ograniczenia

konkurencji w tym postępowaniu. Zamawiający powołując się na art. 607 ust. 1 ustawy Pzp podnosi w zastrzeżeniach, iż w kontrolowanym postępowaniu nie tylko musi dojść do naruszenia przepisów ustawy, ale to naruszenie musi mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Wnoszącego zastrzeżenia, nawet gdyby przyjąć, iż w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, to nie doszło do spełnienia drugiej przesłanki określonej w art. 607 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych, zgodnie z art. 466 ust. 1 oraz art. 469 pkt 1 ustawy Pzp, czuwa nad systemem zamówień, w szczególności czuwa nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień i dokuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Przy czym, w świetle art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy.

Brzmienie przepisu art. 607 ust. 1 ustawy Pzp oznacza, że przesłanką wszczęcia kontroli doraźnej i jej dalszego biegu jest już uzasadnione przypuszczenie, a następnie potwierdzenie, iż w kontrolowanej sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które „mogło mieć wpływ” na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem warunkiem koniecznym wszczęcia kontroli doraźnej nie jest stwierdzenie, że dane naruszenie „miało wpływ na wynik” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wystarczające jest, aby naruszenie przepisów ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Mowa jest tutaj o potencjalnym wpływie, a więc takim, który „może lub mógł się pojawić, zdarzyć lub zaistnieć”. W związku z czym za błędne należy uznać stanowisko Wnoszącego zastrzeżenia głoszące, że „w kontrolowanym postępowaniu nie tylko musi dojść do naruszenia przepisów ustawy, ale to naruszenie musi mieć wpływ na wynik postępowania”.

Przenosząc powyższy stan prawny, na ustalenia faktyczne poczynione w toku prowadzonej kontroli, należy uznać, iż zostały spełnione przesłanki określone w ustawie Pzp, uzasadniające zarówno wszczęcie, jak i dalsze prowadzenie kontroli doraźnej w sprawie. Jednocześnie należy zauważyć, że stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 5 czerwca 2023 r., naruszenie przepisów ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prezes UZP zwrócił uwagę, 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. Prawdopodobnie opis wpływa

na treść złożonych ofert, w tym wysokość zaafzerowanej ceny, i znajduje bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia. 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 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.

W dalszej części pisma Prezes UZP przywołał przepisy art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp wskazując, iż niedopuszczalne jest w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów).

Prezes UZP podkreślił, że w art. 99 ust. 4 Pzp mowa jest o potencjalnej możliwości utrudniania konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczności wystąpienia tego naruszenia.

Prezes UZP zwrócił również uwagę na dozwolone na gruncie art. 99 ust. 5 ustawy Pzp sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy: 1) nie jest obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp, oraz 2) użytym znakiem towarowym,

patentom lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności zamawiającego (art. 99 ust. 6 ustawy Pzp).

Z kolei celem art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jest poinformowanie wykonawcy, które elementy produktu lub usługi opisane w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, uważa za najistotniejsze. Przepis nakazuje, aby zamawiający, przywołując określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, każdorazowo: stosował zwrot „lub równoważny” oraz dokonywał opisu kryteriów równoważności.

Prezes UZP, w ślad za Informacją o wyniku kontroli doraźnej zwrócić uwagę na fakt, że w poz. 1, 4 oraz 5 wykazu materiałów stanowiącego załącznik nr 3 do Projektu technicznego (str. 64) - *Rurociąg wodny DN200 na poz. 600 m SRK SA KWK Pokój – zestawienie*, Zamawiający opisał rury za pomocą parametrów i nazwy producenta rur CARBOSPEC oraz wskazał okładzinę betonową z nazwą producenta PREFROW. Z analizy dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia nie zawarto zapisów dopuszczających rozwiązania równoważne w stosunku do tych wymienionych bezpośrednio w wykazie materiałów, ani nie wskazano kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Równocześnie nie ma podstaw, aby uznać, że Zamawiający, nie mógł opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób bez odwoływania się do nazw konkretnych producentów.

W ocenie Prezesa UZP każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie kontrolowanego zamówienia publicznego przygotowując ofertę oraz kalkulując cenę tej oferty musiał liczyć się z koniecznością realizacji robót budowlanych opisanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia z użyciem wyżej wskazanych rur kołnierзовych CARBOSPEC oraz okładzin betonowych PREFROW, których cena w warunkach swobodnego rynku ww. producentów mogła mieć wpływ na wysokość cen składanych ofert.

Odnośząc się do stanowiska Wnoszącego zastrzeżenia dotyczącego kwestii, iż: *„Przedmiotem kontrolowanego postępowania (...) były roboty budowlane. Tymczasem naruszenia stwierdzone w toku kontroli doraźnej ukierunkowane są na dostawę materiałów”*, w opinii Prezesa Urzędu, fakt, że główny przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane nie może uzasadniać opisywania przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp w zakresie dostaw służących do ich realizacji. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem, że stwierdzone w wyniku kontroli naruszenie nie mogło mieć żadnego znaczenia dla sporządzenia ofert, a tym samym nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Ww. zadanie dotyczące zabudowy rurociągu wymagało zastosowania rur kołnierзовych i okładziny betonowej. Jak wskazał z resztą sam Wnoszący zastrzeżenia: „Wykaz materiałów stanowiący załącznik nr 3 do Projektu technicznego zawiera informacje o materiałach i częściach niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie budowy rurociągu”. Dodatkowo, okoliczność podnoszona przez Wnoszącego zastrzeżenia, że żaden z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie jest producentem materiałów, które miały zostać użyte do wykonania przedmiotu zamówienia, nie ma w tym przypadku znaczenia. Poprzez określony przez Zamawiającego zapis w wykazie materiałów, Wykonawcy ci mieli dostarczyć produkty konkretnych producentów tj. rury kołnierзовe CARBOSPEC i okładzinę PREFROW. I to tego aspektu, ograniczenia konkurencji do produktów konkretnych producentów, dotyczy stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenie. Producenci CARBOSPEC czy PREFROW nie musieli brać udziału w kontrolowanym postępowaniu, żeby nastąpiło ograniczenie konkurencji do produktów przez nich oferowanych.

Odnosząc się do stanowiska Wnoszącego zastrzeżenia, że: „w opisie przedmiotu zamówienia, kosztorysie inwestorskim i w przedmiarze robót nigdzie nie użyto nazw producentów, czy też innych określeń wskazujących na konkretnego producenta materiałów wsadowych”, „Specyfikacja Warunków Zamówienia, w tym jej załącznik w postaci Opisu przedmiotu zamówienia oraz przedmiar robót nie posługują się znakami towarowymi, patentami lub pochodzeniami, źródłami, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Tym samym nie ma w tych dokumentach wskazanych nazw producentów materiałów i części. Nazwa producenta nie została wymieniona także w żadnym innym dokumencie związanym z realizacją umowy, to jest w *Technologii prowadzenia robót* czy *procedurze odbioru materiałów*” Prezes UZP wskazał, że na gruncie kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentem gdzie pojawiają się nazwy konkretnych producentów materiałów jest wykaz materiałów i części wykorzystanych do budowy rurociągu (zamieszczony w pliku pdf o nazwie: „projekt techniczny SRK Pokój I-cd”) stanowiący załącznik nr 3 do Projektu technicznego odprowadzania wód kopalnianych z wyrobisk SRK S.A. KWK „Pokój I – Śląsk” Ruch „Pokój I” do PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba” z 2020 r. Wskazany projekt zaś stanowił załącznik do SWZ. Jak Zamawiający podkreślał w Opisie Przedmiotu Zamówienia: „Prace należy wykonać w oparciu o „Projekt techniczny odprowadzenia wód kopalnianych z wyrobisk SRK S.A. KWK „Pokój I-Śląsk” Ruch „Pokój I” do PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba” – stanowiący załącznik do SWZ”; „Zamawiający w porozumieniu z PGG S.A. Oddział KWK Ruda przekaże Wykonawcy teren robót w terminie do dwóch tygodni licząc od daty zawarcia umowy i zatwierdzeniu przez KRZG

Dokumentacji Technicznej, co udokumentowane zostanie stosownymi protokołami. Prace prowadzone będą w oparciu o:

- ww. „Projekt techniczny....”.

Informacje zawarte w projekcie i jego załącznikach stanowiły uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia (m. in. w zakresie materiałów wymaganych do dostarczenia przez Wykonawcę), a tym samym były wiążące dla potencjalnych wykonawców. Zamawiający udostępnił projekt wraz z wykazem materiałów na stronie internetowej prowadzonego postępowania, każdy z potencjalnych wykonawców mógł zapoznać się z jego treścią. Nie można pomijać znaczenia komentowanego wykazu dla postępowania, tym bardziej, że Wnoszący zastrzeżenia sam przyznał, iż: *„Wykaz materiałów stanowiący załącznik nr 3 do Projektu technicznego zawiera informacje o materiałach i częściach niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie budowy rurociągu”, oraz „Weryfikacja zgodności wykonanego przedmiotu umowy z opisem przedmiotu zamówienia następować wyłącznie w oparciu o parametry techniczne użyte w kolumnie „Nazwa wymiar gotowych części”.*

Składający zastrzeżenia podkreśla w zastrzeżeniach, jak i wcześniej udzielonych wyjaśnieniach, że podstawą wykonania Projektu technicznego dla kontrolowanego zamówienia była „Analiza techniczno-ekonomiczno-hydrogeologiczno-prawna możliwości dodatkowego odbioru przez PGG S.A. KWK Ruda Ruch Halemba wód kopalnianych kopalń zlikwidowanych lub likwidowanych: KWK „Pokój I”, KWK „Śląsk” i KWK „Kleofas” wraz z zakresem, harmonogramem niezbędnych robót oraz kosztami ewentualnego przedsięwzięcia”. Faktem jest, że na zlecenie SRK S.A, Konsorcjum: Główny Instytut Górnictwa, Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe GEO-EKO-WIERT J. J. , CARBOSPEC M. J. Spółka Jawna w 2019 r. wykonało ww. Analizę.

Wskazany Projekt techniczny odprowadzania wód kopalnianych z wyrobisk SRK S.A. KWK „Pokój I – Śląsk” Ruch „Pokój I” do PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba” z 2020 r. stanowiący załącznik do SWZ, został opracowany przez jednego z członków ww. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „GEO-EKO-WIERT” J. J. Natomiast w załączniku nr 3 do ww. projektu (wykaz materiałów) przy pozycjach dotyczących wymaganych rur kołnierзовych wskazano nazwę firmy CARBOSPEC, a więc tej, która w ramach konsorcjum wykonała powyższą Analizę.

Dalej, zdaniem Wnoszącego zastrzeżenia: *„Każdy Wykonawca miał możliwość zastosowania materiałów dowolnego producenta, wykonanych według norm lub rysunków stanowiących załączniki do dokumentacji” oraz „(...) użyte nazwy producentów nie miały na celu - jak wykazano powyżej - postawienia wymogu dostarczenia materiałów wyłącznie tych konkretnych producentów”.* Wbrew powyższym twierdzeniom, Zamawiający w sposób

bezpośredni określił swoje oczekiwania względem wymaganych materiałów służących do zabudowy rurociągu, posługując się w wykazie materiałów nazwą funkcjonujących na rynku producentów. Powyższy zabieg obligował potencjalnego wykonawcę do dostarczenia materiałów z góry określonego producenta. Podnoszony przez Składającego zastrzeżenia, brak zastrzeżeń potencjalnych wykonawców do zapisów wykazu, nie oznacza również, że nie prowadził on do ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do stanowiska Wnoszącego zastrzeżenia stanowiące, że: *„Kolumna „Rys. lub norma Nr”, w której pojawiają się nazwy producentów i która służyła wyłącznie do przykładowego wskazania parametrów technicznych materiałów oraz w celu ułatwienia sporządzenia kosztorysu inwestorskiego”*, Prezesa UZP podkreślił, że treść SWZ nie wskazuje, aby nazwy producentów były wymienione wyłącznie jako przykład. W dodatku Składający zastrzeżenia podnosi, że: *»W opinii Zamawiającego nie można interpretować zapisów kolumny „Rys. lub norma Nr” jako „Producent lub norma”«*. Powyższe nie zmienia faktu, że w kolumnie „Rys. lub norma” zostały wpisane nazwy konkretnych producentów. Posługiwanie się nazwą konkretnego producenta przy opisywaniu przedmiot zamówienia obwarowane jest ustawowymi wymaganiami dlatego też zamawiający jeżeli już decyduje się na ten krok nie powinien działać niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W treści wykazu Zamawiający posługiwał się konkretnymi, precyzyjnymi parametrami, nie umieszczając przy tym żadnej informacji świadczącej o tym, że są to parametry minimalne. W związku z czym nieuzasadnione jest twierdzenie Wnoszącego zastrzeżenia że *„Wykaz materiałów i części wykorzystanych do budowy rurociągu zawierał parametry minimalne”*.

W złożonych zastrzeżeniach pojawił się również pogląd, stanowiący, że: *»Z uwagi na fakt, iż wartość materiałów ujętych w „Wykazie materiałów i części” (przynależnych do rys. nr 60 dokumentacji), gdzie pojawiły się nazwy producentów (...) – wynosi jedynie 0,9 % wartości kosztorysowej całego zamówienia, należy uznać, że użycie nazw producentów nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania«*. W tym miejscu należy stwierdzić, że wartość materiałów wymienionych w wykazie na str. 64, gdzie pojawiły się nazwy producentów, nie uzasadnia powyższego twierdzenia. Na gruncie kontrolowanego doszło do wskazania na produkty konkretnych producentów, czego nie zmienia wartość tych materiałów. Co więcej, nie można wykluczyć, że powyższe naruszenie nie wpłynęło ostatecznie na kalkulację złożonych ofert. Warto podkreślić, że ustawa Pzp nie uzależnia realizacji przez Prezesa UZP uprawnienia do wszczęcia kontroli doraźnej od tego czy naruszenie dotyczy znacznej wartości.

Umnieszczenie znaczenia naruszenia ustawy Pzp jakiego dopuścił się Wnoszący zastrzeżenia w odniesieniu do zamówienia w zakresie dostawy materiałów, ze względu na jego wartość w skali całego zamówienia jest nieuprawnione. Sposób przedstawienia

powyższych danych może stanowić manipulację, ponieważ Wnoszący zastrzeżenia powinien raczej przedstawiać wartość materiałów wymienionych na str. 64 wykazu w kontekście wartości materiałów niezbędnych do realizacji robót budowlanych, a nie wartości kosztorysowej całego zamówienia.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 5 czerwca 2023 r. naruszenia przepisów: art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia - w wykazie materiałów (załącznik nr 3 do projektu technicznego), przez wskazanie parametrów i nazwy konkretnego producenta rur, tj. firmy CARBOSPEC oraz okładziny betonowej, tj. firmy PREFROW, podczas gdy wskazaniu temu nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny” oraz kryteria stosowane w celu jej oceny, co doprowadziło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 czerwca 2023 r. oraz w pisemnym stanowisku do wniesionych zastrzeżeń z dnia 3 lipca 2023 r. W ocenie Izby wskazane tam argumenty były wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do właściwie ustalonego stanu faktycznego. W związku z tym Izba przyjęła za własne ustalenia Prezesa Urzędu odnośnie stanu faktycznego. Ponadto Izba podzieliła i przyjęła za własne stanowisko prawne Prezesa Urzędu uzasadniające stwierdzone naruszenia art. 16 pkt 1 w związku z art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, który powołując się na art. 607 ust. 1 ustawy Pzp podniósł w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, że *nawet gdyby w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, to nie doszło do spełnienia drugiej przesłanki określonej w art. 607 ust. 1 ustawy Pzp*, tj. ewentualne naruszenie przepisów PZP poprzez wskazanie nazwy konkretnego producenta nie miało wpływu na wynik postępowania Izba w całej rozciągłości przyjęła za własne stanowisko Prezesa Urzędu, zaprezentowane w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, które zostały w całości przytoczone powyżej na str. 12. W związku z tym nie było potrzeby powielania tej argumentacji w tym miejscu. Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, że przepis art. 607 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jedynie

przesłanki wszczęcia kontroli doraźnej. W konsekwencji treść ww. przepisu w żaden sposób nie może podważać wyniku kontroli, ponieważ nie dotyczy tego wyniku.

Argumentacja Zamawiającego, sprowadzająca się do próby wykazanie, że w kontrolowanym postępowaniu nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców albowiem:

1. przedmiotem kontrolowanego postępowania były roboty budowlane, tymczasem naruszenia stwierdzone w toku kontroli ukierunkowane są na dostawę materiałów, nadto wartość materiałów ujętych w „Wykazie materiałów i części”, wynosi jedynie 0,9% wartości kosztorysowej całego zamówienia;
2. żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie jest producentem materiałów, które miały zostać użyte do wykonania przedmiotu zamówienia;
3. w opisie przedmiotu zamówienia, kosztorysie inwestorskim i w przedmiarze robót nie użyto nazw producentów, czy też innych określeń wskazujących na konkretnego producenta materiałów wsadowych. Nazwa producenta nie została wymieniona także w żadnym innym dokumencie związanym z realizacją umowy, to jest w Technologii prowadzenia robót czy procedurze odbioru materiałów;
4. każdy z wykonawców miał możliwość zastosowania materiałów dowolnego producenta;
5. wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu nie wnosili zastrzeżeń czy wniosków o zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie „Wykazu materiałów i części”, ani nie zwracali się z wnioskami o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Podany przez Zamawiającego zestaw informacji i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia był jasny i zrozumiały, w taki sam sposób dla wszystkich wykonawców i nie prowadził do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu;
6. podstawowym warunkiem udziału w postępowaniu było „należyte wykonanie górniczych robót budowlanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (...) polegających na wykonaniu robót górniczych w zakresie wiercenia otworów wiertniczych wraz z orurowaniem, o łącznej wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto”, a nie prowadzenie działalności produkcyjnej;
7. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego z winy wykonawcy

okazała się chybiona.

Po pierwsze, jak słusznie zauważył Prezes UZP, z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że na przedmiotowe zamówienie składa się również dostawa materiałów koniecznych do realizacji zamówienia. A zatem dotyczy to materiałów wymienionych na str. 64 w załączniku nr 3 do Projektu technicznego, tj. rur kołnierzowych CARBOSPEC i okładziny betonowej PREFROW. Powyższe wynika również z treści zastrzeżeń do wyniku kontroli, w której to Zamawiający wskazał: *Wykaz materiałów stanowiący załącznik nr 3 do Projektu technicznego zawiera informacje o materiałach i częściach niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie budowy rurociągu.*

Bez znaczenia pozostaje fakt, że *wartość materiałów ujętych w „Wykazie materiałów i części”, gdzie pojawiły się nazwy producentów – służące jedynie do przekładowego wskazania parametrów technicznych materiałów oraz dla ułatwienia sporządzenia kosztorysu inwestorskiego – wynosi jedynie 0,9% wartości kosztorysowej całego zamówienia.* Zamawiający w Wykazie materiałów wskazał na produkty konkretnych producentów, wskazaniu temu nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny” oraz kryteria stosowane w celu oceny równoważności, wartość materiałów powyższego nie zmienia. Co za tym idzie, bezprzedmiotowe pozostają wszelkie dywagacje czy Zamawiający powinien przedstawiać wartość materiałów wymienionych na str. 64 wykazu w kontekście wartości materiałów niezbędnych do realizacji robót budowlanych, czy też do wartości kosztorysowej całego zamówienia.

Bez znaczenia pozostaje również fakt, że producenci CARBOSPEC oraz PREFROW nie mogli wziąć bezpośredniego udziału w kontrolowanym postępowaniu. Dla uznania, że Zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wystarczającym jest taki opis przedmiotu zamówienia, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. W treści ww. przepisu mowa jest o potencjalnej możliwości utrudniania konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczności wystąpienia tego naruszenia. Biorąc pod uwagę treść załącznika nr 3 do Projektu technicznego wykonawca ubiegający się o udzielenie kontrolowanego zamówienia przygotowując ofertę oraz kalkulując cenę tej oferty, musiał liczyć się z koniecznością realizacji robót budowlanych opisanych w SWZ z użyciem rur kołnierzowych CARBOSPEC oraz okładzin betonowych PREFROW.

Zamawiający w Wykazie materiałów stanowiący załącznik nr 3 do Projektu technicznego (który to stanowi załącznik do SWZ) wskazał nazwę producentów rur oraz okładzin betonowych. Powoływanie się w zastrzeżeniach przez Zamawiającego, że powyższe służyło jedynie do przykładowego wskazania parametrów technicznych materiałów oraz ułatwienia sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, jak również że każdy z wykonawców miał

możliwość zastosowania materiałów dowolnego producenta, nie znajduje potwierdzenia w treści dokumentacji postępowania, w szczególności SWZ.

Brak zastrzeżeń potencjalnych wykonawców do treści Wykazu materiałów nie stanowi podstawy do uznania, że kontrolowane postanowienia są prawidłowe. Ocenie Prezesa UZP podlega wyłącznie kwestia zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a nie okoliczność, czy wykonawcy w toku postępowania potencjalne nieprawidłowości zauważyli i je zgłosili.

Wskazać należy, że informacje zawarte w projekcie i jego załącznikach stanowiły uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia (m. in. w zakresie materiałów wymaganych do dostarczenia przez wykonawcę). Po wszczęciu konkretnego postępowania zamieszczony w SWZ lub innych dokumentach zamówienia opis przedmiotu zamówienia jest wiążący dla zamawiającego i wykonawców, stanowiąc o treści przyszłego zobowiązania.

Izba stwierdziła, że na uwzględnienie nie zasługiwała także argumentacja Zamawiającego związana z odstąpieniem od umowy z winy wykonawcy. Zgodzić się należy z Prezesem UZP, że ta okoliczność nie ma wpływu na ocenę prawną ustalonego stanu faktycznego i wynik kontroli doraźnej. Przede wszystkim kontrolą Prezesa UZP zostało objęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie obejmowała ona natomiast etapu realizacji umowy. Ocenie nie podlegała ani treść umowy, ani jej faktyczne wykonanie. Stwierdzone w wyniku kontroli naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp miało miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie na etapie realizacji umowy.

Wobec powyższego brak jest podstaw do uwzględnienia wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń, a ocenę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o naruszeniu przepisów art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp należy uznać za zasadną.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....