

sygn. akt: KIO/KD 110/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 stycznia 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 listopada 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – **Gminę Ciężkowice, ul. Tysiąclecia 19, 33-190 Ciężkowice**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 listopada 2014 r., znak sprawy: UZP/DKUE/KD/33/2014, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Ciężkowice w miejscowościach: Ciężkowice, Bogoniowice, Bruśnik, Falkowa, Jastrzębia, Kąsna Dolna, Kipszna Ostrusza, Pławna, Siekierzyna, Tursko, Zborowice**”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Piotr Kozłowski
	Sylwester Kuchnio

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej zasługują na częściowe uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2010.113.759 j.t. ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia skontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), zwanej dalej „Pzp”, w okresie od dnia 29 października 2014 r. do dnia 21 listopada 2014 r., dokonał kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przeprowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Ciężkowice, ul. Tysiąclecia 19, 33-190, Ciężkowice, którego przedmiotem była „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Ciężkowice w miejscowościach: Ciężkowice, Bogoniowice, Bruśnik, Falkowa, Jastrzębia, Kąsna Dolna, Kipszna Ostrusza, Pławna, Siekierzyna, Tursko, Zborowice” (dalej: „Postępowanie”).

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” z dnia 21 listopada 2014 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp ustalono, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał dostarczenia, montażu i instalacji 257 szt. przydomowych oczyszczalni ścieków w systemie IN-DRAN. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w SIWZ, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, projektach budowlanych oraz przedmiarach robót.

W trakcie Postępowania jeden z wykonawców zwrócił Zamawiającemu uwagę, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób naruszający art. 29 ust. 2 Pzp przez użycie znaków towarowych, na co Zamawiający odpowiedział, że opis przedmiotu zamówienia umożliwia zaoferowanie rozwiązań równoważnych w odniesieniu do określonej w SIWZ, a ich opis zawarty jest w Rozdziale II SIWZ (str. 5-6) oraz STWiOR (pkt 9.2 i 9.3).

W ramach weryfikacji Postępowania Samorząd Województwa Małopolskiego – pismem z dnia 7 maja 2013 r. – zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o podanie przyczyn wskazania konkretnego modelu przydomowych oczyszczalni ścieków (poprzez podanie nazwy systemu oraz parametrów technicznych, które wskazują na

konkretny model urządzenia) oraz udokumentowanie, iż takie wymagania nie ograniczają uczciwej konkurencji przez wskazanie innych producentów przydomowych oczyszczalni, którzy spełniają wymogi SIWZ.

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że wykonanie zamówienia w technologii IN-DRAN zostało przez niego zadeklarowane już na etapie złożenia wniosku o przyznanie pomocy, w konsekwencji czego Postępowanie zostało przeprowadzone z uwzględnieniem przyjętych wcześniej rozwiązań technicznych. Podkreślił przy tym, że dokonał szczegółowej analizy możliwości posadowienia oczyszczalni przy okazji wykonywania nowych budynków, lokalizacji studni wody pitnej i w związku z ujawnieniem się terenów osuwających powstałych w maju 2010 r. potwierdziła się słuszność zakładanych rozwiązań, tzn. budowy prostego i wytrzymałego konstrukcyjnie systemu. Podkreślił, że system IN-DRAN ze względu na wyjątkową wytrzymałość zbiornika (do 1,5 m poziomu gruntu) był szczególnie zalecany dla skomplikowanych terenów jakim jest obszar Gminy Ciężkowice, na którym występują tereny o bardzo dużych spadkach i różnej stabilności, w związku z czym oczyszczalnie lokalizowane są w miejscach gdzie wymagany jest zasyp niejednokrotnie większy niż 1,5 m. Zamawiający podał, że stosowanie zbiorników o słabszych parametrach wytrzymałościowych spowodowałoby ich uszkodzenie, a wniosek taki oparł na doświadczeniu zdobytym podczas realizacji innych inwestycji. Wyjaśnił ponadto, że system IN-DRAN posiada szereg równoważnych elementów składowych możliwych do zastosowania, jak chociażby zbiorniki, czy pakiety rozsączające, które zostały wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia na podstawie przeprowadzonego rozeznania rynku produktów równoważnych. Zamawiający zaznaczył, że wykonanie zamówienia polegać mogło na dostawie elementów składowych przydomowych oczyszczalni pochodzących od różnych producentów, o ile każdy z komponentów spełniałby wymagania określone w SIWZ i tworzył z pozostałymi całość. Podał następnie przykładowo rozwiązania równoważne w zakresie osadników gnilnych wskazując na produkty dwóch różnych producentów, które spełniały wymóg w zakresie wytrzymałości, a nadto oświadczył, że każdy producent może w bardzo krótkim okresie czasu wykonać wzmocnioną wersję osadnika gnilnego i zlecić jedynie badania wytrzymałości konstrukcji zgodnie z normą PN EN 12566-1 w laboratorium notyfikowanym. Wyjaśnił, że zastosowanie wersji wzmocnionej zmusza producenta w procesie wytwarzania do użycia większej ilości materiału, a w konsekwencji – do zużycia zdecydowanie większej ilości energii do jego wytworzenia, co wpływa w ostatecznym rozrachunku na wyższą cenę wytworzonego produktu. Ciężar oferowanego przez niektórych wykonawców osadnika gnilnego firmy Delfin wynosił 120 kg, natomiast firmy Fann 170 kg. Wyliczył również produkty równoważne w zakresie drenaży rozsączających przytaczając nazwy 6 produktów i ich producentów. Zaznaczył, że także na rynku polskim działają potencjalni wykonawcy,

którzy posiadają w swej ofercie systemy przydomowych oczyszczalni ścieków spełniających wymogi SIWZ.

Zamawiający skonstatował, że nie zaistniały żadne przeszkody do zaoferowania systemu IN-DRAN przez podmiot inny niż wybrany wykonawca lub systemu do niego równoważnego przez jeden ze wspomnianych podmiotów. Funkcjonują one na rynku Unii Europejskiej i każdy z nich mógł samodzielnie, w konsorcjum lub innych dopuszczalnych prawem formach uczestniczyć w ocenianym postępowaniu przetargowym. Elementy oczyszczalni mogły być również pozyskane przez wykonawców od ich producentów za pośrednictwem np. przedstawicieli handlowych.

W związku z powyższym Prezes UZP zwrócił się w toku prowadzonej kontroli do biegłego o wydanie opinii, czy użyte w opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnego systemu (IN-DRAN). W opinii biegły – przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji – miał m.in. udzielić odpowiedzi na pytania:

1. Czy parametry wyszczególnione w SIWZ zostały dostosowane pod konkretny system, tj. IN-DRAN lub inny, a jeżeli tak to jaki?
2. Czy jedynym producentem systemu IN-DRAN jest firma FANN-VA Technik AB?
3. Czy wyłącznym dystrybutorem systemu IN-DRAN na terenie Polski jest firma EKODREN, a jeśli nie to jakie inne firmy zajmują się jego dystrybucją?
4. Jeśli opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konkretny system, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie rozwiązań równoważnych i jakie systemy można by uznać za równoważne?

Biegły podał, że użycie przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. 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 SIWZ, nie mających odzwierciedlenia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego. Odniósł się przykładowo do wymagania, aby konstrukcja osadnika gnilnego zapewniała wytrzymałość na nasyp gruntem o wysokości 1,5 m wraz ze zwierciadłem wód gruntowych sięgającym wykotu osadnika, podczas gdy w dokumentacji projektowej projektant założył, że warstwa ziemi nad osadnikiem nie powinna być grubsza niż 1 m (zgodnie z załączonym do projektu rysunkiem – 0,825 m), natomiast odnośnie zwierciadła wód gruntowych wskazano, że w wyniku obserwacji do głębokości 4 m pod powierzchnią terenu nie stwierdzono występowania horyzontu wodonośnego. Biegły zaznaczył ponadto,

że gdyby zwierciadło wód gruntowych miało sięgać wylotu z osadnika, to nie byłoby możliwe zastosowanie przydomowych oczyszczalni ścieków, ponieważ nie zostałby spełniony warunek, iż minimalne posadowienie drenażu rozsączającego musi być co najmniej 1,5 m nad poziomem wód gruntowych.

Biegły udzielił również odpowiedzi na sformułowane powyżej pytania stwierdzając, że z całą pewnością postanowienia SIWZ wskazują na konkretny system oczyszczalni (tj. IN-DRAN), jedynym producentem tego systemu jest firma FANN-VA Technik AB, a jedynym dystrybutorem w Polsce – EKODERN. Biegły stwierdził jednakże, że pomimo iż Zamawiający nie dopełnił obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), to w praktyce możliwe było uznanie złożonych ofert jako urządzenia równoważne, zwłaszcza że Zamawiający stawiał wygórowane wymagania odnośnie przewidzianych do zamontowania urządzeń. Za rozwiązania równoważne można było uznać urządzenia zaproponowane przez Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z.Ć., ponieważ oferta ta spełniała wszystkie podstawowe założenia dokumentacji projektowej i gwarantowała uzyskanie efektu ekologicznego.

W dalszej kolejności Kontrolujący podał, że biegły zakwestionował część wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego Instytucji Pośredniczącej.

Odnosił się w tym zakresie do stwierdzenia Zamawiającego, że w maju 2010 r. dokonana została szczegółowa analiza możliwości posadowienia oczyszczalni przy okazji wykonywania nowych budynków, podczas której stwierdzono występowanie terenów osuwiskowych. Zauważył, że zgodnie z projektem budowlanym dla przydomowych oczyszczalni ścieków opracowanym we wrześniu 2011 (czyli 15 miesięcy później) stwierdzono, że „[...]projektowane obiekty zakwalifikowano do I kategorii geotechnicznej. Ustalono występowanie prostych warunków geotechnicznych[...]” (pkt 2.1), do których na pewno nie należą tereny osuwiskowe. W pkt 7 projektu budowlanego stwierdzono natomiast, że „[...]projektowana oczyszczalnia nie znajduje się w terenie uznanym za zalewowy i osuwiskowy[...]”. W konsekwencji biegły zakwestionował, jakoby system IN-DRAN ze względu na wyjątkową wytrzymałość zbiornika (do 1,5 m poziomu gruntu) był szczególnie zalecany w sytuacji, w której znalazł się Zamawiający.

Biegły stwierdził ponadto, że brak jest także uzasadnienia dla twierdzenia, jakoby „[...]oczyszczalnie lokalizowane są w miejscach gdzie wymagany jest zasyp niejednokrotnie więcej niż 1,5 m[...]”, bowiem w pkt 3.1 projektu budowlanego wskazano, że warstwa ziemi nad osadnikiem nie powinna być grubsza niż 1 m, co potwierdza dodatkowo załączony do niego rysunek, na którym przedstawiono przykrycie osadnika na poziomie 0,825 m (rys. nr 2 – Przekrój oczyszczalni). Zdaniem biegłego Zamawiający nie

udowodnił, że na polskim rynku działają potencjalni wykonawcy, którzy posiadają w swojej ofercie systemy przydomowych oczyszczalni ścieków spełniających jego wygórowane wymogi. Wskazana przez niego firma „Bio-Bud I” M.W. posiada w swojej ofercie system IN-DRAN jednak dystrybutorem tego systemu jest firma EKODERN.

W przedstawionych okolicznościach Kontrolujący wskazał na przepis art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie można go też opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”, czy inne równoznaczne wyrazy (art. 29 ust. 3 Pzp). Prezes UZP podkreślił, że ww. przepisy służą realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. 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. Kontrolujący podkreślił, że zamawiający powinien unikać 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. Dodał, że 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.

Prezes UZP stwierdził, że w przedmiotowej sprawie wymogi zawarte w SIWZ wskazywały na konkretny produkt, którego jedynym dystrybutorem jest firma EKODERN, tj. wykonawca, którego oferta została wybrana. Zamawiający wprawdzie dopuścił rozwiązania równoważne, ich zaoferowanie było możliwe w świetle wymogów projektu budowlanego, tym niemniej postanowienia SIWZ taką możliwość ograniczały. Ponadto – zdaniem Kontrolującego – Zamawiający w praktyce nie dopuszczał rozwiązań

równoważnych zgodnych z projektem, o czym świadczy odrzucenie oferty oferującej system Delfin wykonawcy Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z.Ć.. Prezes UZP zaznaczył, że opisanie przydomowych oczyszczalni ścieków nie wymagało wskazania znaków towarowych, patentów czy pochodzenia, gdyż możliwe jest ich opisanie poprzez parametry techniczne i wymagane funkcjonalności. Tym samym nie było zasadne wskazanie nazwy INDRAN.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Kontrolujący wskazał, że w Rozdziale 6 pkt 1 c SIWZ postawiono wymóg, aby wykonawcy przedłożyli „[...]badania oferowanego przez wykonawcę już zainstalowanego systemu oczyszczania ścieków wskazujące stopień redukcji pomiędzy ściekami surowymi a oczyszczonymi, obejmujące lata 2011-2012 po jednym badaniu z każdego roku[...]”. Powołał się na przepis art. 25 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W konsekwencji Prezes UZP stwierdził, że żądanie ww. dokumentów powodowało nieuzasadnione zawężenie kręgu wykonawców, którzy mogli ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia i byli zdolni do jego należytego wykonania. Stanowiło to zatem działanie wbrew zasadzie przygotowania i prowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Kontrolujący stwierdził, że szczególnie istotnym momentem procedury, z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad, jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu, jak również wezwanie do przedłożenia takich dokumentów, które będą potwierdzały że oferowane dostawy i roboty budowlane opowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, ale jednocześnie nie będą naruszały zasady uczciwej konkurencji. W ten sposób wyznaczany jest pewien krąg podmiotów, które będą mogły ubiegać się o zamówienie, co potwierdził sam Zamawiający w złożonych wyjaśnieniach wskazując, iż takie opisanie miało na celu „[...]zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, którzy są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia oraz dostarczyć odpowiednie urządzenia[...]”.

Kontrolujący powołał się również na ustalenia biegłego, który w sporządzonej opinii stwierdził m.in., że „[...]trudno także uznać, że wymienione przez Gminę elementy równoważne można było zaproponować w niniejszym przetargu. Mając na uwadze wymóg z Rozdziału 6 pkt 2c siwz dotyczący przedstawienia w ofercie badań oferowanego przez

wykonawcę już zainstalowanego systemu oczyszczania ścieków, wskazując stopień redukcji pomiędzy ściekami surowymi a oczyszczonymi. Ww. badania muszą być wykonane przez akredytowane laboratorium, potwierdzać rodzaj zastosowanych urządzeń oraz obejmować lata 2011-2012 – po jednym badaniu z każdego roku, a także wskazywać parametry i rodzaj zastosowanego systemu zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. (Dz. U. Nr 137, poz. 984 ze zm.) w sprawie warunków, jakie należy spełniać przy wprowadzaniu ścieków do wód lub ziemi, oraz w sprawie substancji szkodliwych dla środowiska wodnego. Zapewne trudno byłoby znaleźć inwestycję wykonaną zarówno 2011 i 2012 (pozostałe lata zostały wykluczone) składającą się z tego samego osadnika oraz drenażu rozsączającego[...]. Zgodnie z opinią biegłego trudność w przedłożeniu ww. dokumentu polegała zatem na ograniczeniu okresu, z którego należało przedstawić badania już zainstalowanego systemu oczyszczania ścieków w wymaganym zakresie. Nie można przy tym uznać, że przedstawienie takich badań z wcześniejszego okresu nie pozwoliłoby zamawiającemu na sprawdzenie prawidłowości działania systemu.

Pismem z dnia 28 listopada 2014 r. Zamawiający wniósł umotywowane zastrzeżenia, w których przedstawił następującą argumentację.

Na wstępie, odnosząc się do zarzutu, że wymagania SIWZ były zbyt wygórowane Zamawiający pokreślił, że zostały one opracowane w oparciu o normę zharmonizowaną PN EN 752:2008 i zasady wykonywania przewodów kanalizacyjnych. Zaznaczył, że inwestycja została wykonana zgodnie z art 42 ust 4 ustawy Prawo wodne oraz w zgodzie ze wspomnianą normą.

Zakwestionował również twierdzenie, jakoby nie udowodnił istnienia na rynku innych potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia odwołując się do korespondencji z Instytucją Pośredniczącą z dnia 14 marca 2014 r., w której podał 6 takich podmiotów.

Zamawiający – w odpowiedzi na zarzut niezgodności niektórych wymogów SIWZ z projektem budowlanym – stwierdził, że żaden przepis Pzp nie przewiduje konieczności literalnego odnoszenia się w SIWZ do projektu budowlanego, a jest nakaz odnoszenia się do prawa i norm (art. 30 ust. 1 Pzp). Podkreślił, że przedmiotowa inwestycja jest określona w normach zharmonizowanych, wobec czego nie ma podstaw do zastosowania nawet art. 30 ust. 2 pkt 4 i art. 30 ust. 3 Pzp.

W zakresie żądanych od wykonawców dokumentów Zamawiający stwierdził, że w Polsce jest ok. 26-32 producentów przydomowych oczyszczalni ścieków i ok. 60-80 wykonawców będących oferentami w przetargach na ich budowę. Zaznaczył, że zaledwie kilku producentów posiadało badania w okresie od wejścia Polski do Unii Europejskiej

i rozpoczęcia obowiązywania art. 3 Dyrektywy ściekowej do grudnia 2010 r. Dopiero w okresie późniejszym zaczęto pilnie przeprowadzać stosowne badania oczyszczalni w jednostkach notyfikowanych pod względem skuteczności oczyszczania. Jednocześnie Departament Rozwoju Obszarów Wiejskich zaczął coraz wnikliwiej żądać udowodnienia tzw. efektu ekologicznego w postaci [kg] usuniętego BZT₅. Stąd postanowienie SIWZ o dostarczeniu takich badań z lat wcześniejszych byłby dopiero ograniczeniem i zawężeniem kręgu wykonawców. Zamawiający podał, że wówczas odrzucone zostałyby natychmiast oferty ZUH-B Z.Ć. oferujący produkt DELFIN, Home&Service P.G. i Sztuk Bud, ponieważ właśnie ci wykonawcy nie mogli dysponować wymagalnymi badaniami. Odwołał się również do pisma do Instytucji Pośredniczącej z dnia 16 maja 2013 r., w którym wyjaśniał, że omawiany wymóg dotyczy przedstawienia tylko dwóch badań dowolnie wybranej oczyszczalni z ostatniego okresu – po jednym z lat 2011-2012 oraz, że precyzując ten wymóg Zamawiający miał na uwadze fakt, że na rynku mogą istnieć potencjalni Wykonawcy, którzy rozpoczęli działalność w okresie krótszym niż 5 lat i mimo spełnienia pozostałych warunków przedmiotowych i podmiotowych nie mieliby możliwości spełnienia wygórowanego wymogu, jakim byłoby żądanie większej liczby badań, także z lat wcześniejszych. Zamawiający zaznaczył, że ze spełnieniem powyższego warunku w nie miało problemów trzech spośród pięciu wykonawców.

W części szczegółowej zastrzeżeń Zamawiający powołał orzecznictwo Izby dopuszczające możliwość określania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nawet na wysokim poziomie. Podał, że nie adresował zamówienia do wszystkich podmiotów na rynku (rozumianego jako obszar Unii Europejskiej), lecz do tych, które gwarantowały wysoką jakość wykonania inwestycji i oferowanych instalacji oraz że nawet biegły nie ustrzegł się odniesień wyłącznie do rynku polskiego. Podkreślił, że treść przepisów Pzp, w tym art. 29 Pzp nie stoi na przeszkodzie zakupu towarów wysokiej jakości. Zauważył, że nie musi się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie kryterium ceny. Zgodnie bowiem z art 2 pkt 5 Pzp, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jak wynika z powołanej wyżej definicji a także z art. 91 ust. 2 i 3 Pzp kryteria oceny ofert mogą jednak dotyczyć tylko i wyłącznie przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 Pzp) i obejmować np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia. Dodał, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r. termin płatności ceny może być również przyjęty jako jedno z kryteriów

oceny oferty. Zamawiający wskazał, że opisując przedmiot zamówienia położył ciężar na jakość, wykonanie zgodnie z normami i skuteczność tych instalacji w oczyszczaniu ścieków.

Następnie Zamawiający zasygnalizował, że konsekwentnie pomijana jest okoliczność dopuszczenia zaferowania w Postępowaniu rozwiązań równoważnych. Wskazał, że podawał już w dwóch pismach do Instytucji Pośredniczącej (z dnia 14 marca 2014 r. i 16 maja 2013 r.) inne podmioty niż EKODREN, które oferują instalacje równoważne, a nadto przedstawił listę kolejnych 6 podmiotów. W kontekście powyższego zdziwił Zamawiającego fakt, że biegły w treści opinii odwołał się wyłącznie do rodzimego rynku. Na potwierdzenie sformułowanej tezy Zamawiający załączył do zastrzeżeń sporządzoną na jego zlecenie analizę rynku urządzeń podobnych i równoważnych do systemu IN-DRAN produkcji FANN-VA Technik AB.

Zamawiający podał ponadto, że o możliwości łączenia różnych dostępnych na rynku urządzeń (patrz: rynek Unii Europejskiej) informował w korespondencji z Instytucją Pośredniczącą. Zasygnalizował, że w treści wzmiankowanej powyżej analizy zostało wymienionych kilkadziesiąt producentów osadników gnilnych tylko z terenu Polski, z których można było wybierać konkretne rozwiązania techniczne i produkty równoważne o wymaganych parametrach techniczno-użytkowych a ponadto zostali wskazani dodatkowi producenci systemów magazynowania i rozsączania ścieków. Wobec tego, zdaniem Zamawiającego, nieuprawnione jest zawarte w Informacji twierdzenie, że nie dopuszczał on w praktyce rozwiązań równoważnych zgodnych z projektem, o czym rzekomo miało świadczyć odrzucenie oferty ZUH-B Z.Ć.. Zaoferowany przez tego wykonawcę osadnik gnilny nie spełniał wymogów w zakresie wytrzymałości konstrukcji, gdyż z treści załączonej do oferty Książki eksploatacji wynika m in., że „[...]warstwa ziemi nad osadnikiem nie powinna być grubsza niż 60 cm[...]” (str. 7), a ponadto: „[...]gwarancja obejmuje urządzenia zamontowane do głębokości 60 cm[...]” (str. 8). Oczyszczalnię firmy Delfin z pakietami drenażowymi SD (produkt zaoferowany przez ww.) można byłoby uznać za rozwiązanie równoważne w sytuacji, gdyby zaoferowany został osadnik gnilny o parametrach wytrzymałościowych zgodnych z SIWZ (tj. zwiększona wytrzymałość na obciążenie gruntem), a pakiety rozsączające – przy zastosowaniu podłoża żwirowego pod pakiety drenażowe SD dla zwiększenia infiltracji. Całość wymagałaby przeprowadzenia indywidualnych dodatkowych obliczeń producenta urządzeń.

Zarzut nakazu posadowienia osadników i rozsączania na głębokości 1,5 m, pomimo że w projekcie budowlanym założono warstwę ziemi o grubości 1 m Zamawiający ocenił jako nietrafiony.

Wyjaśnił, że mieszkańcy Gminy Ciężkowice od dziesięcioleci wykonywali kanalizacyjne instalacje wewnętrzne z odprowadzeniem do zbiornika bezodpływowego na

głębokościach większych niż 140 cm ppt. Podstawą takiego postępowania było wielopokoleniowe doświadczenie o możliwych przemarzaniach gleby i koniecznej ochronie instalacji przed zamarzaniem w ich miejscu zamieszkania. Zamawiający podkreślił, że teren gminy jest typową krainą podgóorską z dużą amplitudą temperatur, szczególnie w okresie zimowym. Na terenie gminy odnotowywane są również długie (dwu-, trzymiesięczne) okresy bardzo niskich temperatur. Stąd olbrzymia dbałość o należyte zabezpieczenie przewodów kanalizacyjnych i wytrzymałość zbiorników posadowionych na tej głębokości.

Zamawiający podał, że po uwzględnieniu spadku grawitacyjnego przewodu w miejscu wlotu do osadnika i po uwzględnieniu niekorzystnego nachylenia terenu stwierdza się, że osadnik wymaga przykrycia gruntem ok. 1,5m i taki naziom należało uwzględnić przy doborze. W celu zabezpieczenia konstrukcji osadnika przed deformacją, również wytrzymałość jego należało określić przy założeniu, że zbiornik jest pusty (parametry obliczeniowe w trakcie opróżniania osadnika). Na terenie Gminy Ciężkowice budynki w zdecydowanej większości posadowione są na stokach o znacznym nachyleniu a różnica terenu tylko na długości budynku wynosi niejednokrotnie ok. 1,5 m. Takie warunki w połączeniu z nisko posadowionym wylotem kanalizacji wewnętrznej mają istotny wpływ na posadowienie osadnika gnilnego oczyszczalni, który musi posiadać odpowiednio wytrzymałą konstrukcję, gdyż obciążenie nasypem będzie nierównomierne, a jego posadowienie musi być poziome. Po uwzględnieniu spadku grawitacyjnego przewodu w miejscu wlotu do osadnika i po uwzględnieniu niekorzystnego nachylenia terenu w wielu lokalizacjach osadnik wymaga przykrycia gruntem ok. 1,5 m i taką miąższość gruntu należało uwzględnić przy doborze parametrów konstrukcyjnych. Dodatkowo w celu zabezpieczenia konstrukcji osadnika przed deformacją przy doborze uwzględniono jego wytrzymałość w sytuacji, kiedy występują największe obciążenia, tj. wtedy kiedy zbiornik jest pusty (tzw. parametry obliczeniowe w trakcie opróżniania osadnika), a ponowne jego napełnienie wodą następuje po odpompowaniu osadu, które odbywa się minimum raz w roku. Taka sytuacja powoduje ekstremalne obciążenia osadnika, które nie są równoważone parciem hydrostatycznym zgromadzonej w nim cieczy z osadem. Nie bez znaczenia przy określeniu powyższego wymogu były doświadczenia Gminy Ciężkowice zgromadzone od użytkowników funkcjonujących już systemów oczyszczania.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w projekcie budowlanym powołane zostały nieaktualne normy, a mianowicie: 92/B-01707 – „Instalacje kanalizacyjne. Wymagania w projektowaniu.”, 81/B-10700.00 – „Instalacje wodociągowe i kanalizacyjne. Wymagania i badania przy odbiorze.” oraz 81/B-10700.01 – „Instalacje wodociągowe i kanalizacyjne. Wymagania i badania przy odbiorze. Instalacje kanalizacyjne.”, co stanowiło jedną z przyczyn niespójności SIWZ z projektem budowlanym. Już w wymienionych normach

wspomina się o strefach przemarzania. Należało o tym wspomnieć, ponieważ przy projektowaniu głębokości posadowienia przewodów kanalizacyjnych należy kierować się w praktyce inwestycyjnej postanowieniami normy BN-3/8836-02, w której podano głębokość przemarzania gruntu h_z dla danej części kraju. Jest to stara nieaktualna norma, ale w Unii Europejskiej nie przewidziano, że ktokolwiek może rozważyć posadowienie rurociągów ściekowych czy rozsączających w strefie przemarzania. Zamawiający stwierdził, że Kontrolujący sugeruje, że właśnie tak można byłoby postąpić w tym przetargu. Z faktu przestrzegania przez Zamawiającego tej normy i jej następców (PN EN 752:2008) uczyniony został zarzut wygórowanych wymagań w zakresie przykrycia osadnika na poziomie 1,5 m oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez rygorystyczne określenie wymagań, jakim powinien spełniać przedmiot zamówienia. Z treści normy BN-3/8836-02 wynika, że głębokość ułożenia rurociągu powinna być taka, aby jego przykrycie od wierzchu rury do rzędnej terenu było większe niż głębokość przemarzania o 20 cm. Obowiązująca norma PN EN 752:2008 (która zastąpiła w konsekwencji tamtą normę) mówi wyłącznie o zabezpieczeniu przed zamrażaniem, nie precyzując szczegółów, stąd odniesienie do starych „niesłusznie zapomnianych norm” i granic tych stref.

Zamawiający wyjaśnił kolejno, że w sierpniu 2003 r. opublikowane zostały „Warunki techniczne wykonania i odbioru sieci kanalizacyjnej” (Zeszyt 9 wymagań technicznych) zalecane do stosowania przez Ministerstwo Infrastruktury. Wprawdzie zebrane zasady nie są przepisami techniczno-budowlanymi, niemniej warto się tymi zapisami posiłkować z uwagi na koncentrację różnych zapisów w jednym miejscu. Wartość przykrycia rur kanalizacyjnych z PVC w zależności od głębokości przemarzania musi być zawarta w SIWZ i musi wynikać z projektu. Przy obliczaniu obciążenia zasypką należy wziąć pod uwagę wpływ warunków gruntowych, materiał zasypki oraz współczynniki kształtu zbiornika. W warunkach polskich przy tak małych obiektach jest to między innymi strefa przemarzania gruntów. Bezwzględnie należy zachować głębokość wlotu i wylotu ścieków surowych poniżej tej strefy z uwagi na możliwość zamarznięcia ścieków. Zasady te winny znane być każdemu projektantowi, bo literatura przedmiotowa z lat 60-80 wielokrotnie to podnosiła. Niewielka część Gminy Ciężkowice znajduje się w strefie II a przeważająca część w III strefie przemarzania. Oznacza to, że wszelkie przewody kanalizacyjne (przyłącza jak w przypadku oczyszczalni przydomowych lub sieci kanalizacji zbiorowej) muszą być posadowione poniżej 140 cm ppt.

Powyższe zasady potwierdza również wspomniana wcześniej analiza powołanego przez Zamawiającego eksperta, który szczegółowo opisał w jej treści obowiązujące zasady w zakresie posadowienia kanalizacji zewnętrznej i wewnętrznej oraz osadników gnilnych przydomowych oczyszczalni ścieków. Dodatkowo obsługująca teren Zamawiającego

Spółka Komunalna Dorzecze Białej Sp. z o.o. wydając warunki techniczne wykonania np. wyprowadzenia kanalizacji wewnętrznej z budynków, budowy przyłączy określa, że dla zabezpieczenia przyłącza przed przemarzaniem rurociąg należy posadzić na głębokości poniżej strefy przemarzania – wg PN-81/B-10725 minimalne przykrycie powinno wynosić 1,4 m. Dobór na etapie projektu budowlanego parametrów technicznych poszczególnych elementów systemu oczyszczania, a co za tym idzie: osadników gnilnych (zbiorników), drenaży itd., dokonano z uwzględnieniem najmniej korzystnych parametrów geotechnicznych istniejących na terenie Gminy Ciężkowice gruntów. Postawiony w przetargu wymóg, aby cyt. „[...]Konstrukcja osadnika gnilnego musi zapewniać wytrzymałość na nasyp gruntem o wysokości 1,5 metra wraz ze zwierciadłem wód gruntowych sięgającym wylotu z osadnika[...] wynikał z wyżej opisanych wymogów a także z zawartych m in. w załączonej analizie obiektywnych przesłanek i obowiązujących przepisów i norm. Zamawiający dodał, że przy doborze parametrów konstrukcyjnych osadników gnilnych oczyszczalni projektant uwzględnił nie tylko parametry stwierdzone podczas wizji w terenie, ale szereg dodatkowych czynników, jak: gwałtowne opady atmosferyczne, susze terenowe, zmiany terenu przez postępujące budownictwo mieszkalne i infrastrukturalne, nieuregulowane systemy kanalizacji z szambami, studnie, ciekły istniejące oraz fakt, że grunty w Gminie Ciężkowice mają tendencję do niestabilności w czasie długotrwałych opadów atmosferycznych (patrz: załączona do zastrzeżeń Opinia Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego w Falentach – Małopolskiego Ośrodka Badawczego w Krakowie, Górskie Centrum Badań i Wdrożeń w Tylliczu). O niestabilnościach gruntów świadczą dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, załączone do zastrzeżeń „Mapy osuwisk i terenów zagrożonych ruchami masowymi ziemi dla Gminy Ciężkowice”. W konsekwencji nieuprawnione było twierdzenie biegłego mówiące o rzekomo wygórowanych warunkach dla potencjalnych wykonawców nie mających uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, skoro wymóg ten podyktowany był konkretnymi wymogami, obowiązującymi zasadami i przepisami prawa oraz zidentyfikowanymi na etapie sporządzania projektu budowlanego warunkami zastanymi w miejscach planowanych realizacji przydomowych oczyszczalni ścieków. Zamawiający załączył do zastrzeżeń również zdjęcia z realizacji robót budowlanych objętych Postępowaniem, na których uwidocznione zostało kilka spośród wielu przypadków trudnych warunków terenowych napotkanych w trakcie realizacji inwestycji, co również uzasadnia słuszność postawienia na etapie przetargu wymogu dotyczącego wytrzymałości osadnika gnilnego.

Zamawiający podał także, że oczyszczanie ścieków w gruncie wymaga bardzo dokładnego usunięcia ze ścieków zawiesin organicznych, a zwłaszcza mineralnych. Zgromadzone w osadnikach gnilnych osady ulegają w nich fermentacji, w wyniku której zmniejsza się ich masa. Proces fermentacji jest prowadzony przez bakterie termofilne

i trwając nawet do 180 dni, wymaga do swego przebiegu temperatur dodatnich. Proces fermentacji jest endotermiczny, czyli potrzebuje do swojego przebiegu poboru ciepła. Procesy te z reguły ustają poniżej temperatury około 7 °C. Dlatego bardzo ważną rzeczą jest odpowiednie zabezpieczenie osadników przed przemarzaniem. Właściwie przefermentowany osad posiada dobre własności sedymentacyjne i dekantacyjne, to znaczy, że następuje bardzo dobry rozdział substancji stałych od cieczy. Wówczas ścieki pozbawione zawieszin a zwłaszcza nieorganicznych przepływają do aktywnego drenażu na polu rozsączającym, które stanowi swego rodzaju złożę biologiczne oczyszczające ścieki. Przy prawidłowo dobranych parametrach układu technologicznego oczyszczalni, tj. powierzchni, napowietrzaniu a przede wszystkim temperatury (zależnej m.in. od głębokości posadowienia osadnika) ustala się równowagę i taka oczyszczalnia może pracować bezawaryjnie bardzo długo. Obniżenie temperatury w osadniku gnilnym sprawia, że osad ma charakter tiksotropowy – kleisty i utrudnione jest oddzielenie się cieczy od substancji stałych. W takich warunkach do drenażu rozsączającego przedostają się substancje organiczne w dużej ilości, które do pewnego tylko czasu będą posiadały zdolność oczyszczającą ale nie wytworzą się warunki do rozkładu i nastąpi tzw. kolmatacja, czyli zamulenie aktywnego drenażu, co w konsekwencji unieruchomi cały układ technologiczny oczyszczalni. Drugim bardzo istotnym czynnikiem jest przedostawanie się ze ściekami zawiesziny mineralnej tj. nie rozkładalnej na drodze biologicznej, co przyspiesza kolmatację aktywnego biofilmu (na pakietach rozsączających) w sposób nieodwracalny. Dla zachowania prawidłowego przebiegu procesu oczyszczania konieczna jest w osadniku gnilnym temperatura możliwie jak najwyższa tj. minimum 7°C do 25°C. Przy usytuowaniu osadników gnilnych na mniejszej głębokości (tj. w strefie przemarzania) w okresie niskich temperatur nastąpi obniżenie ciepłoty zgromadzonego osadu i tym samym utrata zdolności fermentacyjnych i stabilizacyjnych. Konsekwencją tego stanu będzie bardzo szybkie zamulenie aktywnego drenażu oraz dodatkowo zwiększenie częstotliwości wywożenia zawartości osadnika. Zjawisko takie w niedługim czasie spowoduje zamianę oczyszczalni w tradycyjny zbiornik wybieralny, przez co układ przestanie pełnić funkcję oczyszczalni ścieków i będzie zwykłym szambem z dodatkowym wylotem nieoczyszczonych ścieków, a takiego scenariusza Gmina Ciężkowice chciała uniknąć.

Zamawiający stwierdził, że błędne było również twierdzenie biegłego, że gdyby zwierciadło wód gruntowych miało sięgać wylotu z osadnika nie byłoby możliwe zastosowanie przydomowych oczyszczalni, ponieważ nie zostałby spełniony warunek, iż minimalne posadowienie drenażu rozsączającego musi być co najmniej 1,5m nad poziomem wód gruntowych. Istnieje na terenie Gminy Ciężkowice kilka oczyszczalni, gdzie wysoki poziom wód gruntowych spowodował, iż drenaż został posadowiony na tzw. kopcu, a transport ścieków

odbywa się za pomocą pompy umieszczonej w studziencie mieszczącej się pomiędzy osadnikiem gnilnym, a polem rozsączającym, spełniając tym samym powyższy warunek.

Reasumując; wymóg wytrzymałości na naziem 1,5 gruntu jest koniecznością technologiczną niezbędną do zapewnienia prawidłowego przebiegu procesu oczyszczalni ścieków metodą drenażu rosnącego.

W odpowiedzi Kontrolujący – pismem z dnia 18 grudnia 2014 r. – podtrzymał dotychczasowe stanowisko i działając w trybie określonym przepisem art. 167 ust. 2 zd. drugie Pzp, przekazał Zastrzeżenia do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 Pzp zasługują na uwzględnienie, natomiast w pozostałym zakresie nie są zasadne.

W przepisie art. 29 ust. 3 Pzp sformułowany został zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Jednocześnie, mając na względzie fakt, że jego bezwzględne przestrzeganie byłoby w praktyce niemożliwe, Ustawodawca przewidział po stronie zamawiającego uprawnienie do posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia ww. elementami, stawiając jednocześnie trzy istotne warunki, które muszą zostać spełnione łącznie: (1) opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest uzasadnione jego specyfiką, (2) w powyższych okolicznościach zamawiający nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń oraz (3) odniesieniu do co do zasady zabronionych określeń towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Ad casum Izba podziela zapatrywanie Prezesa UZP i poczynione w tym zakresie ustalenia, zgodnie z którymi Zamawiający bez uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia posłużył się znakiem towarowym IN-DRAN, w konsekwencji czego zaniechał *de facto* opisanie go za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Niezależnie od tego, że Zamawiający w istocie nie podjął z tym zarzutem Kontrolującego żadnej merytorycznej polemiki, koncentrując się na wykazaniu spełnienia trzeciej ze sformułowanych powyżej przesłanek, Izba wskazuje, że okoliczności sprawy nie dają podstaw do przyjęcia, jakoby przedmiotem zamówienia były nietypowe roboty budowlane o podwyższonym dla ich rodzaju stopniu skomplikowania, adresowane do podmiotów posiadających ponadprzeciętne kwalifikacje, czy doświadczenie w branży. Nie sposób również stwierdzić, że systemu przydomowych oczyszczalni ścieków nie można było opisać przez odniesienie się do

parametrów technicznych jego komponentów, oczekiwanych funkcjonalności, czy walorów użytkowych. Ergo, Zamawiający nie wykazał spełnienia dwóch pierwszych sformułowanych wcześniej przesłanek umożliwiających mu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, o którym mowa w przepisie art. 29 ust. 3 Pzp, czym dopuścił się naruszenia tego przepisu.

W podanych okolicznościach nie sposób zgodzić się jednak z zapatrywaniem Prezesa UZP, jakoby w wyniku nieuzasadnionego zastosowania wybranego przez Zamawiającego sposobu opisanie przedmiotu zamówienia dojść miałoby niejako automatycznie do naruszenia zakazu wyartykułowanego w przepisie art. 29 ust. 2 Pzp, czy zasad wymienionych w art. 7 ust. 1 Pzp. W tym zakresie konieczne byłoby wykazanie, że Zamawiający jedynie pozornie dopuścił zaoferowanie mu rozwiązań równoważnych do wskazanego w postanowieniach SIWZ systemu referencyjnego (IN-DRAN), czy też że opisując przedmiot zamówienia nie kierował się obiektywnymi potrzebami, dopuszczając się nieuzasadnionego zawyżenia parametrów przydomowych oczyszczalni ścieków.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że wydana przez biegłego opinia nie była miarodajna dla ustalenia, czy Zamawiający wyłącznie pozornie dopuścił oferowanie rozwiązań równoważnych, wobec czego oparte na nim stanowisko Prezesa UZP było nieuzasadnione. Podkreślenia wymaga, że nie było w tym zakresie kwestią najistotniejszą stwierdzenie, czy określone w SIWZ parametry wskazywały na system IN-DRAN, czego *nota bene* Zamawiający nigdy nie kwestionował oraz co – wobec użycia tego znaku towarowego – wydaje się nie budzić wątpliwości. Znak towarowy jest oznaczeniem wskazującym na konkretny towar (produkt) i samo posłużenie się nim wskazywać musi właśnie na wyrób o określonych, właściwych mu parametrach. Zdaniem Izby, o ile zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne (okoliczność ta nie tylko nie została przez biegłego zakwestionowana, ale wręcz stwierdził on, że w praktyce możliwe było uznanie złożonych ofert za równoważne), nie może przesądzać o naruszeniu powołanych wcześniej przepisów Pzp okoliczność, że jedynym producentem danego systemu jest określony podmiot. Poza tym dla ustalenia, że doszło do ograniczenia (utrudnienia) uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego irrelewantne jest, czy opisany w SIWZ przedmiot zamówienia jest dystrybuowany na terenie Polski przez jeden podmiot. Trafnie argumentował Zamawiający, że możliwość swobodnego konkurowania w Postępowaniu należało oceniać przez pryzmat podmiotów funkcjonujących na rynku Unii Europejskiej, a nie tylko lokalnie. W ocenie Izby Zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji w sytuacji, gdy pomimo prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego weźmie udział ograniczona liczba wykonawców (bądź jeden podmiot), czy w sytuacji, gdy część ofert zostanie odrzucona z uwagi na niezgodność ich treści z treścią SIWZ. Nie bez

znaczenia jest przy tym, że Zamawiający szczegółowo opisał w jakim zakresie dopuszczał równowagę rozwiązań oraz, że zarówno w korespondencji z Instytucją Pośredniczącą, a przede wszystkim w treści zastrzeżeń wymienił podmioty, które mogły potencjalnie złożyć oferty w Postępowaniu.

Izba nie podziela również zapatrywania, jakoby Zamawiający bez uzasadnionej przyczyny opisał przedmiot zamówienia przy użyciu wygórowanych wymagań. Trzeba mieć na względzie, że zarówno warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również opis przedmiotu zamówienia nie muszą zapewniać nieograniczonej możliwości złożenia oferty przez każdy podmiot funkcjonujący w danej branży, czy sektorze rynku. Zamawiający ma prawo limitować dostęp do uzyskania zamówienia, o ile podyktowane jest to racjonalnymi, obiektywnymi względami.

Stwierdzając, że Zamawiający bezpodstawnie zawyżył swoje wymagania względem przedmiotu zamówienia Kontrolujący oparł się na dokonanym przez biegłego ustaleniu, że wskazana w SIWZ wytrzymałość osadnika gnilnego na nasyp gruntem musi być wyższa, niż to przewidywał projekt budowlany. Izba miała jednak na względzie, że choć przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz STWiOR (zob. art. 30 ust. 1 Pzp), to nie można było wymagać od Zamawiającego (i żaden przepis prawa takiego zobowiązania nań nie nakładał), aby bezwzględnie stosował się do treści raz sporządzonego projektu budowlanego, zwłaszcza w sytuacji, w której nie odpowiadał on jego uzasadnionym potrzebom, nie uwzględniając uwarunkowań związanych z ukształtowaniem terenu, na którym realizowano inwestycję, czy z panującymi warunkami atmosferycznymi rzutującymi na konieczność posadowienia osadnika poniżej strefy przemarzania. Okoliczności te w sposób wiarygodny Zamawiający przedstawił w zgłoszonych zastrzeżeniach i załączonych do nich dokumentach i – co istotne – zostały one pominięte w dokonanej przez Prezesa UZP ocenie jego działania.

Reasumując, w ocenie Izby, nie można z samego tylko faktu nieuzasadnionego posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia określonym znakiem towarowym wyprowadzać wniosku o takim jego sporządzeniu, które może utrudniać uczciwą konkurencję. Tym samym, zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp zasługiwały na uwzględnienie.

Izba podziela natomiast stanowisko Kontrolującego w zakresie naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i przyjmuje za własne poczynione przez niego ustalenia odnoszące się do stanu faktycznego. Abstrahując od kwestii związanej z równowagą zainstalowanego systemu oczyszczania ścieków nie sposób nie zauważyć, że wymóg przedstawienia dwóch badań, z których jedno miało być wykonane w roku 2011, a drugie – w 2012 r. eliminowało z udziału w Postępowaniu chociażby tych

wykonawców, którzy zainstalowali dwa systemy (i wykonali ich badania) w jednym z dwóch wskazanych lat. Niezależnie od powyższego sam Zamawiający w treści zastrzeżeń przyznał, że na rynku występują podmioty legitymujące się badaniami z wcześniejszego okresu (lata 2004-2010). Możliwe było zatem odniesienie się w treści komentowanego postanowienia SIWZ do badań sprzed 2011, zniesienie ograniczenia dotyczącego ilości badań wykonanych w jednym roku, czy wreszcie wymaganie jednego badania zainstalowanego systemu. Zamawiający nie wykazał zatem, że dokument o treści wymaganej postanowieniami SIWZ był niezbędny do przeprowadzenia Postępowania. Pod pojęciem niezbędności, do której odwołuje się przepis art. 25 ust. 1 Pzp należy rozumieć wyłącznie takie dokumenty, które umożliwiają zamawiającemu w sposób niebudzący wątpliwości ocenę, czy podmiot składający ofertę jest zdolny do należytej realizacji zamówienia (dotyczy to dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp), bądź, w odniesieniu do dokumentów z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy oferowane przez wykonawcę świadczenie spełnia oczekiwania zamawiającego, którym dał wyraz w treści SIWZ. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wskazał na żadne racjonalne przesłanki, którymi kierował się formułując omawiane postanowienie SIWZ.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że wydając niniejszą uchwałę nie uwzględniła dodatkowej argumentacji Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 29 grudnia 2014 r. (data wpływu – 30 grudnia 2014 r.). Zgodnie z przepisem art. 167 ust. 1 Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Kontrolującego umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Zamawiający otrzymał Informację w dniu 26 listopada 2014 r., co potwierdził w treści zastrzeżeń. W konsekwencji termin na ich zgłoszenie upływał w dniu 3 grudnia 2014 r. Nie sposób również nie zauważyć, że pismo Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2014 r. nie jest adresowane do Prezesa UZP, a do Prezesa Izby, a jego przedmiotem nie jest polemika z ustaleniami zawartymi w Informacji, a w odpowiedzi na zastrzeżenia, w której poinformowano Zamawiającego o ich przekazaniu Izbie do zaopiniowania. Z literalnego brzmienia przepisu art. 167 ust. 1 Pzp wynika nie tylko termin zgłoszenia zastrzeżeń, ale również kto jest ich adresatem i czego mają one dotyczyć.

Nie sposób było zatem uznać, że pismo Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2014 r. złożone zostało w trybie wynikającym ze wskazanej regulacji, która nie przewiduje zresztą prowadzenia przez zamawiającego dalszej korespondencji z Kontrolującym.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....