

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 7 stycznia 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 4 i 5 grudnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Gminę Międzybórz**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 22 listopada 2019 r., w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz – etap II B”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Anna Packo</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Katarzyna Odrzywolska</b> <b>Katarzyna Prowadzisz</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 22 listopada 2019 r. zakończył kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz – etap II B”, prowadzonego przez zamawiającego – Gminę Międzybórz w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego 13 sierpnia 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 207506.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes UZP wskazał na naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, który obligował wykonawców do stosowania przy budowie sieci

kanalizacyjnych wyłącznie rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych produkowanych przez firmę Funke, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Powyższy zarzut naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

Przedmiotem zamówienia udzielonego w kontrolowanym postępowaniu były roboty budowlane obejmujące budowę kanalizacji sanitarnej o długości około 775,00 mb. Przedmiot zamówienia w sposób szczegółowy został opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Parametry techniczne rur, kształtek oraz studni kanalizacyjnych zostały określone w punkcie 8.1. opisu technicznego do projektu budowlano-wykonawczego kanalizacji sanitarnej w sposób następujący: „Kanalizację sanitarną projektuje się z rur kanalizacyjnych PVC-U Ø 200, ze ścianką litą klasy S o nominalnej sztywności obwodowej rury SN12. Ponadto na odcinku od skrzyżowania ul. Kolejowej z ul. Zieloną do oczyszczalni ścieków przewidziano rury PVC-U Ø 315, lite o sztywności obwodowej rury SN12. Przyłącza kanalizacyjne do granic posesji projektuje się z rur kanalizacyjnych PVC-U Ø 200 i Ø 160 mm ze ścianką litą klasy S, o sztywności obwodowej rury SN 12. Kolektory tłoczne ścieków projektuje się z rur PE100 HDPE Ø 110 SDR 17 układanych na podsypce żwirowej gr. 15 cm. Montaż przewodów grawitacyjnych będzie odbywał się poprzez łączenie rur na uszczelki gumowe, olejoodporne zapewniające szczelność połączeń. System rur, kształtek oraz studni musi być wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną montowaną przez producenta. System rur i kształtek o średnicach i grubości ścianek: DN/OD 160x5,5; DN/OD 200x6,6; DN/OD 315x10,0 – rury bezkielichowe, łączone na złączki dwukielichowe produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Kształtki od DN/OD 160 do DN/OD 315 muszą być produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Rury, kształtki oraz studnie DN 400 muszą posiadać Aprobatę techniczną ITB. Zastosowane rury, kształtki oraz studnie DN 400 muszą być ze sobą kompatybilne, a więc stanowić jeden system i być produkowane przez jednego producenta (ze względu na różnice w tolerancji wykonania). Możliwość układania systemu rur, kształtek oraz studni DN 400 w temperaturze do -10 stopni Celsjusza (rury oznaczone kryształkiem lodu). Rury muszą posiadać nadruk od wewnątrz umożliwiający identyfikację podczas inspekcji telewizyjnej. Rury muszą być odporne na płukanie przy ciśnieniu 240 bar.”

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wyjaśnił następujące kwestie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań oraz parametrów rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych: „Ad. 1 Zamawiający wymaga na kanalizacji sanitarnej zastosowania minimum systemu rur i kształtek z PVC-U, PE lub z PP min. SN12 SDR34 SLW60, który charakteryzuje się

następującymi parametrami technicznymi. Rury lite o minimalnych grubościach ścianek DN 160x5,5 mm, DN/OD 200x6,6 mm. System rur, kształtek wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną montowaną przez producenta. Szczelność połączeń rur i kształtek min. 2,5 bara. Rury bezkielichowe łączone na złączki produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Sztywność rur, kształtek min. SN 12kN/m<sup>2</sup>; SDR 34; SLW 60 kształtki (np. kolana, trójniki, przejścia szczelne do studni betonowych itd.) są produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Rury i kształtki są ze sobą kompatybilne, a więc stanowią jeden system i są projektowane przez jednego producenta. Rury posiadają nadruk wykonany wzdłużnie w rurze od wewnątrz umożliwiającą identyfikację podczas inspekcji telewizyjnej oraz są odporne na płukanie przy ciśnieniu min. 240 bar wykonanym w teście stacjonarnym. Wszystkie parametry techniczne zawarte są z Aprobacie Technicznej ITB (...). Ad. 3 Zamawiający, Projektant wymaga studzienek kanalizacyjnych zbiorczych lub przelotowych z PP lub PVC-U, o średnicy min. DN400, wykonanych z litego materiału. Studzienki muszą być wyposażone w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną, montowaną przez producenta, oraz nastawne kielichy do połączeń rur kanalizacyjnych, umożliwiające regulację średnic DN 160 i DN 200, sferycznie – w każdym kierunku min. 7,5°. Szczelność połączeń min. 2,5 bara. Sztywność studzienek min. SN 12kN/m<sup>2</sup>; SDR 34; SLW 60. Studzienki z PVC-U muszą posiadać aprobatę techniczną ITB. Zamawiający projektant wymaga zastosowania jednego systemu rur, kształtek i studni z PVC-U, PE lub z PP.”

Zamawiający w rozdziale III pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych: „Ilekcroć w dokumentacji projektowej użyta jest nazwa własna wyrobu bądź bezpośrednio wskazanie na producenta danego wyrobu, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów równoważnych pod względem parametrów technicznych i jakościowych. Za materiały równoważne Zamawiający uzna te, które posiadają takie same lub korzystniejsze parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej”.

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał m.in., że „Opis przedmiotu zamówienia zawarty w projekcie budowlanym nie obligował wykonawców do stosowania przy budowie kanalizacji sanitarnej rur, kształtek i studni firmy FUNKE POLSKA Sp. z o.o. Przedmiot zamówienia został opisany parametrami technicznymi, które należy spełnić przy realizacji inwestycji, która charakteryzowała się specyficznymi warunkami posadowienia kolektorów i studni

rewizyjnych, tj. lokalizacji w drogach publicznych oraz zagłębienie kolektorów, w których należy stosować materiał o odpowiednich wymaganiach zatwierdzanych przez Zarządców Dróg.” Jednocześnie Zamawiający poinformował, że „studnie rewizyjne na kolektorach należało zastosować jako studnie betonowe, których nie produkuje firma FUNKE POLSKA Sp. z o.o. (...). Parametry techniczne rur, kształtek i studni spełniało wielu producentów, dla przykładu między innymi mogą być: REHAU Sp. z o.o. Baranowo, FUNKE Polska Sp. z o.o., KARL SCHONGEN KG KUNSTSTOFF-ROHRSYSTEME, SALZGITTER-ENGERODE Niemcy.” Zamawiający poinformował też, że w rozdziale III pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych w niniejszym postępowaniu.

Tymczasem, jak ustalono w toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, produkowane przez ww. firmę REHAU Sp. z o.o. w latach 2015-2016 rury, kształtki oraz studnie kanalizacyjne nie mogły spełnić wszystkich wymagań zawartych w dokumentacji technicznej opracowanej na potrzeby niniejszego postępowania. W szczególności rur kanałowych z PP SN 12 nie było w tym czasie w ofercie firmy REHAU na rynku polskim, a rury i kształtki, produkowane w oparciu o normę EN 1852 nie miały Aprobaty Technicznej ITB, rury wznoszące do studzienek nie osiągają sztywności obwodowej SN 12kN/m<sup>2</sup>.

Z przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów wynika także, że na etapie realizacji przedmiotowej inwestycji wbudowano rury, kształtki oraz studnie oferowane przez producenta Funke Polska Sp. z o.o.

W kolejnych wyjaśnieniach Zamawiający wskazał, iż: „Z informacji podanej w dniu 11.04.2019 r. przez PRO-EKO Projekt sp. z o.o. w Koninie wynika, że do przygotowania opisu technicznego do projektu budowlano-wykonawczego projektant posłużył się materiałami następujących firm: 1) rury, kształtki, studnie – Rehau sp. z o.o. Przeźmierowo, Funke Polska sp. z o.o. Kondratowice, 2) studnie – Matbet Sady k/Poznań, BS System sp. z o.o. Stargard Szczeciński.”

Ustalenia dokonane w toku kontroli poddały w wątpliwość dotychczas udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia, jakoby produkty innych producentów niż Funke Polska Sp. z o.o. również mogły spełniać wymogi określone w dokumentacji projektowej, zatem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do biegłego w sprawie wydania opinii, mającej na celu zweryfikowanie, czy opis przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych obligował do zastosowania przy budowie kanalizacji sanitarnej wyłącznie materiałów oferowanych przez jednego producenta, tj. firmę Funke Polska Sp. z o.o. Biegły w opinii udzielił odpowiedzi na pytania:

- 1) Czy parametry wyszczególnione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym w szczególności w wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego w zakresie treści

specyfikacji) dotyczące rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta. Jeżeli tak, to jakiego i które dokładnie parametry na to wskazują.

- 2) Czy ww. parametry były uzasadnione potrzebami Zamawiającego w stosunku do efektu, który chciał on osiągnąć realizując przedmiotowe zamówienie? Jeżeli nie, to które z tych parametrów można uznać za nadmiarowe, nieuzasadnione.
- 3) Czy przy tak skonstruowanym opisie rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeżeli tak, to jakich.
- 4) Czy odnoszący się do rur, kształtek czy studzienek parametr SN 12 w połączeniu z innymi parametrami mógł ograniczać krąg wyrobów możliwych do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu.

Opinia przekazana przez biegłego została przygotowana w oparciu o dokumentację dotyczącą przedmiotowego zamówienia oraz wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli. Odnosząc się do pytania 1. biegły wskazał, iż w jego ocenie „przy tak sformułowanych zapisach SIWZ w połączeniu z wyjaśnieniami zamawiającego na etapie przetargu tj. wymóg zamawiającego aby zastosowane rury, kształtki jak i studnie były ze sobą kompatybilne, posiadały ściśle określone grubości, wykonane z tego samego materiału muszą stanowić jeden system jednoznacznie wskazał na jednego producenta, tj. firmę Funke Polska Sp. z o.o.”

Biegły w części opisowej opinii zwrócił uwagę, że „w piśmie z dnia 14.04.2018 r. oraz z dnia 12.04.2019 r. Gmina Międzybórz twierdzi, że wymagania techniczne jakie postawiono w przetargu odnośnie rur, kształtek i studni spełniało wielu producentów np.: REHAU Sp. z o.o. Przeźmierowo, FUNKE Polska Sp. z o.o., KARL SCHONGEN KG KUNSTSTOFF-ROHRSYSTEME, SALZGITTER- ENGERODE Niemcy, studnie Matbet Sady k/Poznań, BS System Sp. z o.o. Stragard Szczeciński. Z ww. producentów tylko jeden spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego tj. FUNKE Polska Sp. z o.o. Firma Rehau Sp. z o.o. nie posiada w swojej ofercie studzienek kanalizacyjnych o sztywności obwodowej SN12 i szczelności 2,5 bara. Firma Karl Schongen KG Kunststoff-Rohrsysteme nie posiada np. Aprobaty Technicznej ITB na studzienki kanalizacyjnej o sztywności obwodowej SN 12 poza tym grubość ścianki dla średnicy rury DN200 wynosi 9,1 mm przy wymaganej przez zamawiającego grubości ścianki 6,6 mm. Podani przez zamawiającego producenci studni są to producenci studni betonowych, a nie studni z PVC-U, PP czy PE zatem nie podlegającym weryfikacji.”

W odpowiedzi na pytanie 2. biegły stwierdził, że: „Zamawiający mógł osiągnąć oczekiwany efekt opisując przedmiot zamówienia poprzez podanie określonych norm oraz poprzez ogólne określenie np. sztywności rur jakie mają być użyte do wykonania zamówienia np.

minimalna sztywność rur jakiej oczekuje Zamawiający to SN 12. Nie ma w tym przypadku znaczenia jaką metodą te rurociągi są wykonywane (zamawiający wymagał, aby rury były wykonane metodą wtryskową), czy jaką posiadają grubość ścianek, dla Zamawiającego liczy się końcowy efekt, czyli sztywność rury na poziomie SN 12. Jeśli rury wykonywane są wg norm, to nie ma obowiązku posiadania Aprobaty Technicznej ITB (Instytut Techniki Budowlanej, który posiada swoją siedzibę w Warszawie). Jest to kolejny zapis wykluczający potencjalnych producentów systemów kanalizacyjnych z Unii Europejskiej, którzy posiadają rury o wymaganej sztywności SN12, jednak nie posiadają Aprobaty Technicznej ITB (polskiej instytucji). Zamawiający precyzyjnie określił grubość ścianek poszczególnych rur kanalizacyjnych (m. in. wyjaśnienia zamawiającego do SIWZ z dnia 17.11.2015 r. oraz 19.11.2015 r.), co skutecznie ograniczyło zakres oferentów. Zupełnie niepotrzebny jest także wymóg, aby rury były bezkielichowe, łączone za złączki dwukielichowe. Równie dobrym rozwiązaniem lub lepszym jest rozwiązanie z rurami kielichowymi, ponieważ redukuje się o połowę liczbę połączeń”.

Ustosunkowując się do pytania 3. biegły wskazał, że: „Z uwagi na wyżej opisany, przyjęty przez zamawiającego opis rur, kształtek i studzienek praktycznie nie było możliwości na etapie składania ofert zastosowania produktów równoważnych. Zamawiający tak sformułował zapisy SIWZ oraz sprecyzował swoje wymagania odnośnie wymaganego materiału w odpowiedziach na pytania na etapie przetargu, że z łatwością mógł na etapie realizacji zadania odrzucić każdy składany wniosek materiałowy poza materiałami firmy Funke Polska Sp. z o.o.”.

Odpowiadając na pytanie 4. biegły podniósł, iż: „Wymagany przez zamawiającego parametr wytrzymałości rur, kształtek i studzienek na poziomie SN12 w połączeniu z takimi wymaganiami jak:

- ściśle podanie grubości ścianek dla określonych średnic np. DN/OD 160x5,5; DN/OD 200x6,6; DN/OD/315x10,0,
- zastosowanie jednego systemu rur, kształtek i studni tj. od jednego producenta,
- system rur bezkielichowych łączonych za złączki dwukielichowe produkowane metodą wtrysku bezpośredniego,
- sztywność studzienek min. SN12kN/m<sup>2</sup>; SDR 34; SLW 60. Studzienki z PVC-U muszą posiadać aprobatę techniczną ITB (pismo zamawiającego z dnia 25.08.2015 r.), bezwzględnie ograniczył krąg wyrobów do jednego oferenta tj. firmy Funke Polska Sp. z o.o.”

W ocenie Prezesa UZP prowadzi to do następujących konkluzji.

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie

dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie w myśl art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym również poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Wskazane przepisy służą realizacji jednej z podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający, przygotowując opis przedmiotu zamówienia, powinien unikać wszelkich sformułowań lub też parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego producenta. 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 nazywany 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. 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 w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonych zapisów, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

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.

Zdaniem Prezesa UZP okoliczności niniejszej sprawy dowodzą, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji projektowej, uzupełniony następnie wyjaśnieniami

udzielonymi przez Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych został sporządzony w sposób nie pozwalający na zaoferowanie urządzeń innych producentów niż Funke Polska Sp. z o.o., co potwierdza również opinia sporządzona przez biegłego. Wprawdzie Zamawiający nie posłużył się bezpośrednio nazwą samego producenta Funke Polska Sp. z o.o., niemniej całokształt zawartych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów i wymogów, w tym także kluczowy, aby zastosowane rury, kształtki i studnie stanowiły jeden system, jednoznacznie wskazywał na jednego producenta, tj. Funke Polska Sp. z o.o. Producent ten jako jedyny w owym czasie posiadał rury, kształtki i studnie, które mogły zostać zastosowane w konfiguracji wymaganej przez Zamawiającego, co stanowi przejaw ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego wymagania techniczne, jakie postawiono w niniejszym postępowaniu odnośnie rur, kształtek i studni spełniało wielu producentów, np.: REHAU Sp. z o.o., Funke Polska Sp. z o.o. czy KARL SCHONGEN KG KUNSTSTOFF – ROHRSYSTEME. Tymczasem w opinii biegłego spośród ww. producentów tylko jeden spełniał wszystkie wymagania, tj. FUNKE Polska Sp. z o.o. Ponadto Zamawiający opisał parametry i wymagania w zakresie rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych zbyt rygorystycznie, nie zważając przy tym na swoje racjonalne potrzeby, np. wymóg, aby rury były bezkielichowe, łączone na złączki dwukielichowe. W ocenie biegłego równie dobrym lub lepszym jest rozwiązanie z rurami kielichowymi, ponieważ redukuje się o połowę liczbę połączeń. Jednocześnie, zdaniem biegłego, wymóg w zakresie posiadania Aprobaty Technicznej ITB stanowi kolejny zapis wykluczający potencjalnych producentów systemów kanalizacyjnych z Unii Europejskiej.

Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach powoływał się na możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, ale możliwość ta miała jedynie iluzoryczny charakter, gdyż, jak stwierdził biegły, z uwagi na przyjęty przez zamawiającego opis rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych w praktyce nie było możliwości na etapie składania ofert zastosowania produktów równoważnych, a sformułowanie wymagań dawało mu podstawy do tego, by swobodnie odrzucić materiały oferowane przez innych producentów niż Funke Polska Sp. z o.o.

Jak wynika z ustaleń dokonanych w toku kontroli, dokumentacja postępowania nie potwierdza, aby zastosowane zapisy uzasadnione były obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Tym, samym Zamawiający opisując wymagania dotyczące rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych działał zbyt rygorystycznie, na co wskazuje opinia sporządzona przez biegłego. Powyższy rygoryzm promował produkty firmy Funke Polska Sp. z o.o., które w opinii biegłego były jedynymi produktami spełniającymi wymogi wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale z 25 listopada



2015 r., sygn. akt KIO/KD 61/15. stopień ograniczenia konkurencji sprowadzający się do nieuzasadnionego uniemożliwienia, czy nawet tylko nieuzasadnionego utrudnienia zaoferowania i zastosowania produktów innych niż produkty konkretnego producenta opisane pośrednio w opisie przedmiotu zamówienia, należy uznać za naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji Prezes UZP uznał, że Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, poprzez określenie wymogów w zakresie rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych, naruszył wskazane na wstępie przepisy, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający, pismami z 4 i 5 grudnia 2019 r., złożył wyjaśnienia, które Prezes UZP uznał za zastrzeżenia do wyniku kontroli.

W pierwszym z pism Zamawiający wskazał, że od rozpoczęcia prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej przez firmę PRO-EKO Projekt sp. z o.o. w Koninie Zamawiający był utwierdzony w przekonaniu, że z uwagi na specyficzne położenie geograficzne miasto Międzybórz jest miejscem, gdzie prowadzenie prac ziemnych jest trudne, co potwierdza dokumentacja geotechniczna ustalająca warunki gruntowo-wodne w rejonie projektowanej budowy kanalizacji sanitarnej (specyficzne właściwości łął, które na skutek zmian wilgotności (nawodnienia), przemarzania lub drgań mogą znacznie pogorszyć swoje parametry fizyko-mechaniczne tj. ulec uplastycznieniu, co spowoduje osłabienie ich nośności). Rozwiązaniem zaproponowanym przez projektanta, zapewniającym prawidłowe wykonanie prac budowlanych, miało być zastosowanie materiałów budowlanych o odpowiednich parametrach, dostosowanych do istniejących warunków. W celu uniknięcia potencjalnych awarii sieci kanalizacji Zamawiający w pełni korzystał z wiedzy technicznej i doświadczenia biura projektowego. Zamierzeniem Zamawiającego nie było dopuszczenie się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający miał prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, a fakt, że nie wszystkie podmioty mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Podwyższone parametry techniczne zastosowanych materiałów podyktowane były ciężkimi warunkami gruntowymi.

Zamawiający, nie posiadając rzetelnej i fachowej wiedzy na temat rozwiązań technologicznych mających zastosowanie podczas procesu budowlanego, w pełni zawierzył doświadczeniu, wiedzy technicznej oraz zapewnieniom projektanta, że przedłożona dokumentacja w pełni odpowiada wymogom określonym przez przepisy prawa, w tym również ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamieszczony w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia zapis o możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych lub lepszych od opisanych za pomocą parametrów technicznych tylko upewnił Zamawiającego, że działa zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

Podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły pytania od wykonawcy, dotyczące szczegółowych parametrów technicznych materiałów, z których ma zostać wybudowana kanalizacja sanitarna. W przypadku tego typu pytań Zamawiający zawsze zwracał się do projektanta z prośbą o wyjaśnienia wątpliwości. Zgodnie z art. 17 ustawy Prawo budowlane uczestnikami procesu inwestycyjnego są: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant i kierownik budowy. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie miał jeszcze ustanowionego inspektora nadzoru inwestorskiego, jedynym i rzetelnym źródłem wiedzy technicznej, z jakiego mógł korzystać Zamawiający, był projektant. Zamawiający wyjaśnił kwestie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań oraz parametrów rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych kierując się wyjaśnieniami otrzymanymi od projektanta. Zgodnie z art. 20 ust 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane, do podstawowych obowiązków projektanta należy wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań. Jednocześnie pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres samego zamówienia na prace projektowe, bowiem jest nierozdzielnie związane z opracowaniem samego projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. Zamawiający nie miał podstaw do poddawania w wątpliwość opinii oraz informacji udzielanych przez projektanta.

W piśmie z 5 grudnia 2019 r. Zamawiający przytoczył stanowisko uzyskane od projektanta i wskazał, że opisał przedmiot zamówienia stosując optymalne rozwiązania dla danych warunków wyjściowych.

W projekcie budowlanym nie została użyta żadna nazwa określonego producenta, lecz określone zostały minimalne parametry techniczne, jakie miały być spełnione przez system kanalizacji. W dokumentacji projektowej opisane są rury, kształtki i studnie przyjęte do obliczeń na podstawie warunków geotechnicznych i warunków technicznych wydanych zarządców dróg. W trakcie prowadzenia prac projektowych dokonano wyboru systemów kanalizacji sanitarnej i zastosowano produkty rury i kształtki o sztywności obwodowej min. SN 12 lub lepsze. Jest to zgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z wyrokiem KIO 2520/10 każdy producent może wyprodukować wyrób (czyt. studnie i kształtki) dostosowany do wymienionych parametrów technicznych na w/w zadaniu w oparciu o bazę, jaką w tym wypadku stanowi produkcja rur w zakresie występujących średnic na tym zadaniu i posiadanie urządzeń do produkcji w/w produktów.

Analiza producentów przeprowadzona przez biegłego jest pobieżna i nie uwzględnia pełnego asortymentu producentów wskazanych w uzasadnieniu. Z materiałów dostępnych wynika, iż

firma Rehau i firma Shongen posiadają asortyment zawarty w opisie przedmiotu zamówienia, ponieważ produkują rury, kształtki i studnie z tworzywa sztucznego (PP) o sztywności obwodowej SN16, a więc o parametrach odpowiadających opisowi (min. SN12), które zostały dopuszczone przez Zamawiającego na etapie przetargu, jako rozwiązanie równoważne w zakresie tworzyw sztucznych (PP, PE, PVC-U).

Grubości ścianek rur przywołane w opisie projektu budowlanego dotyczą wyłącznie rur PVC-U. Jest to parametr przywołany jako minimalny, a w przypadku zastosowania rur PE lub PP wykonawca powinien dostosować grubości ścianek rur do proponowanego materiału, biorąc pod uwagę warunki techniczne, geotechniczne i realizacji w terenie. W tym zakresie firma Rehau i firma Shongen spełnia warunki.

Zastosowanie złązek dwukielichowych jest rozwiązaniem korzystniejszym dla potencjalnego użytkownika sieci i coraz więcej producentów akcentuje zalety tego rozwiązania. Złączka dwukielichowa jest rodzajem połączenia kielichowego. Przy połączeniu rur poprzez złączki dwukielichowe eliminuje się wszystkie wady tradycyjnego połączenia kielichowego, umożliwiając niższe nakłady na eksploatację i wyższą żywotność systemu kanalizacyjnego. Produkowane systemy rurowe łączone są przeważnie poprzez rury z uformowanym kielichem. Takie rozwiązanie nie do końca jest rozwiązaniem dobrym. Praktycznie na placu budowy powstaje wiele odpadów, których nie można w późniejszym czasie wykorzystać. Aby wykorzystać wszystkie odpady, trzeba zastosować złączki dwukielichowe (mufy przesuwne nie mogą być wykorzystywane ze względu na brak wewnętrznego ogranicznika). Ekonomicznym uzasadnieniem jest stosowanie jednego systemu o ujednoliconym systemie łączenia. Jeżeli producent zapewnia pozostałe kształtki do łączenia rur bezkielichowych (kolana dwukielichowe; trójniki trzykielichowe) istnieje możliwość wykorzystania wszystkich odcinków. Rury z gładkimi końcami łączone na złączki dwukielichowe tworzą gładki, wolny od przesunięć wewnętrznych kanał. Jest to łatwiejszy i szybszy montaż. Ważnym czynnikiem jest rodzaj zastosowanych uszczelek. Uszczelka, która jest na stałe osadzona w kielichu kształtki, pozwala na osiągnięcie ciśnienia roboczego do 2,5 bara. Uszczelka musi spełniać parametry normy PN EN 681, musi być olejoodporna z pierścieniem wsporczym z polipropylenu. Uformowanie kielicha na rurze odbywa się kosztem pomniejszenia grubości ścianki tej rury (zwiększa się średnicę nie dodając w procesie produkcji materiału). Norma PN EN 1401 określa, że grubość ścianki rury PVC-U DN/OD 200 wynosi 5,9 mm. Natomiast ścianka rowka, w której osadzona jest uszczelka, wg tej normy wynosi 4,5 mm (dla DN/OD 200). Jest to najsłabsze miejsce rury. Nie ma takiej sytuacji przy rurze bez kielicha. Grubość ścianki jest jednakowa na całej długości. Złączka dwukielichowa nakładana na bosy koniec rury zwiększa sztywność obwodową całego elementu. Norma PN EN 1401 określa długość wsunięcia bosego końca rury do kielicha. Jest ona określona wg tej normy wielkością A. Przy połączeniach na złączki dwukielichowe zapewnia się układowi wielkość połączenia

dwukrotnie większą (2xA). W tym przypadku, przy złym gruncie lub gruncie mało stabilnym, zapewnia się całemu układowi możliwość optymalnego funkcjonowania. Wysunięcie z kielicha rury DN/OD 200 wynosi 50 mm, natomiast przy użyciu złączki dwukielichowej  $2 \times 50 = 100$  mm na każdym połączeniu. Używa się również kształtek z odpowiednio uformowanymi kielichami (kolana dwukielichowe, trójniki trzykielichowe). Złączka dwukielichowa posiada pierścień dystansowy, do którego dobiega koniec bosego końca rury. Ścianki rury licują się z pierścieniem dystansowym i nie powstają szczeliny do tworzenia osadzania się złożeń, co powoduje zaburzenia przepływów hydraulicznych. Poprzez zastosowanie złączki dwukielichowej na każdym połączeniu występuje przekos wynoszący trzy stopnie. System jest więc o 100% bardziej elastyczny i odporny na ewentualne błędy wykonawcze.

Przywołany przez biegłego argument, jakoby zamawiający wymagał, aby rury miały być produkowane metodą wtryskową, jest błędny, ponieważ jest to parametr dotyczący kształtek systemowych, a nie rur. Kształtki produkowane metodą wtrysku są wyrobami o większej dokładności wykonania i następuje dokładniejsze dopasowanie z rurami. Gniazda muf mają dokładniejsze wymiarowanie, co przekłada się na możliwość zastosowania nowoczesnych uszczelek z pierścieniem z polipropylenu, co powoduje, że uszczelka nie ma możliwości podwinięcia przy układaniu rurociągów.

Zapis dotyczący aprobaty ITB dotyczy wyłącznie producentów systemów rur z PVC, gdyż norma PN/EN 1401 obejmuje asortyment rur i kształtek do sztywności SN 8. Producenci systemów rur PP mogą powołać się na normę PN/EN 1852, dla których zamawiający nie wymagał aprobaty ITB, a tym samym nie ograniczał konkurencji.

Zastosowanie systemu rur, kształtek i studni tworzywowych od jednego producenta jest uzasadnione faktem, że producenci deklarują, iż łączenie poszczególnych elementów jest ściśle dopasowane i kompatybilne w obrębie spójnego systemu. Normy zawsze określają tolerancję wymiarową, więc użycie produktów od różnych producentów może powodować większe odstępstwa w ich dopasowaniu.

Zamawiający kierował się intencją długiej żywotności systemu kanalizacji, co przekładać się powinno na mniejsze koszty eksploatacji. Ponadto kanalizacja sanitarna projektowana była w drogach: krajowej, powiatowych i gminnych, na których wstępują obciążenia stałe i dynamiczne zmienne. W związku z tym zarządcy dróg postawili określone warunki, które należało spełnić przy doborze systemu kanalizacji sanitarnej. Na poszczególnych etapach wykonawcy wykorzystywali materiał różnych producentów, więc argument, jakoby można było odrzucać wnioski materiałowe reprezentujące wyroby innych producentów niż firma Funke jest nadużyciem.

Zamawiający podkreślił rozbieżność opinii specjalistów (biegłego powołanego przez UZP i projektanta), a tym samym stwierdzenie o naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych uznał za krzywdzące.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP.

Odnosząc się do stwierdzenia, że do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej dojść mogło w sposób niezależny od Zamawiającego zauważył, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego. Opisując przedmiot zamówienia zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może posiłkować się firmą zewnętrzną, jednak w dalszym ciągu to on ponosi odpowiedzialność za nieprzestrzeganie ustawowych reguł opisywania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający winni dokonywać powyższych czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to m. in. że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem jednak, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Ustawodawca stanął więc jednoznacznie na stanowisku, iż 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 wpływać bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert lub może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje *quasi*-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta.

Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni, tj. poprzez wskazanie wprost na określonego producenta lub produkt albo poprzez takie opisanie parametrów/wymogów dotyczących zamówienia, które wskazuje na konkretnego producenta lub produkt. Na powyższe zwróciła uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 6 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 634/10, w którym stwierdziła, że: „dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub

posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenie tylko jednego producenta”.

Z powyższego wynika, iż naruszenie zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje m. in. w przypadku takiego zestawienia przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów. Przy czym dla naruszenia ww. przepisu wystarczająca jest możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne jej utrudnienie.

Obowiązek przestrzegania powyższych reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego.

Co do stanowiska firmy projektowej, wskazanego przez Zamawiającego w zastrzeżeniach z 5 grudnia 2019 r., Prezes UZP wystąpił do biegłego o opinię uzupełniającą, w której biegły stwierdził, iż: „Projektant (...) ogranicza się tylko do niektórych, pojedynczych wymagań postawionych na etapie przetargu. Oczywiście poszczególne parametry rur, kształtek i studzienek spełnia wielu producentów. Niemniej jednak zestawiając wszystkie wymagania zamawiającego, które musiał uwzględnić potencjalny wykonawca startujący w przetargu wymuszały zastosowanie firmy Funke Polska Sp. z o. o. Co zresztą zostało potwierdzone w trakcie realizacji zadania, poprzez faktyczne wbudowanie rur, kształtek i studzienek firmy Funke Polska Sp. z o. o. Zamawiający bardzo lakonicznie stwierdza, że z materiałów dostępnych wynika, iż firma Rehau i firma Shongen posiadają asortyment zawarty w opisie przedmiotu zamówienia ponieważ produkują rury, kształtki i studnie z tworzywa sztucznego (PP) o sztywności obwodowej SN 16, a więc o parametrach odpowiadających opisowi (min. SN 12), które zostały dopuszczone przez zamawiającego na etapie przetargu, jako rozwiązanie równoważne w zakresie tworzyw sztucznych (PP, PE, PVC-U). W zamieszczonej tabelce odnosi się jednak tylko do czterech parametrów i to tylko dotyczących rur, bez odniesienia się, czy podani producenci, tj. firma Rehau i firma Shongen (powinno być Schongen) posiadały Aprobatę Techniczną ITB w czasie przetargu. Zapewne świadomie, ponieważ ww. firmy nie posiadały Aprobaty Technicznej ITB na rury, kształtki i studzienki o min. SN 12, co zostało wskazane w opinii z dnia 8 sierpnia 2019 r. Zamawiający próbuje także przekonać, że zastosowanie złączy dwukielichowych jest

rozwiązaniem korzystniejszym niż stosowanie rur kielichowych. Fakt jest jednak taki, że przeszło 90% kanalizacji z PVC-U wykonywane jest w oparciu o rury kielichowe. W opinii z dnia 8 sierpnia 2019 r. wskazano, że wg biegłego jest to system bardziej zawodny niż system bazujący na rurach kielichowych z uwagi na dwukrotnie większą liczbę połączeń i stanowisko to podtrzymuje. Niezrozumiały jest także ostatni akapit na stronie 2 pisma, gdzie zamawiający stwierdza, że <<produkowane systemy rurowe łączone są przeważnie poprzez rury z uformowanym kielichem. Takie rozwiązanie nie do końca jest rozwiązaniem dobrym. Praktycznie na placu budowy powstaje wiele odpadów, których nie można w późniejszym czasie wykorzystać. Aby wykorzystać wszystkie odpady, musimy zastosować złączki dwukielichowe (mufy przesuwne nie mogą być wykorzystywane ze względu na brak wewnętrznego ogranicznika)>>. Czy zamawiający sugeruje, że kanalizacja wykonana z <<odpadów>> z wykorzystaniem złączek dwukielichowych (które są w produkcji każdego producenta rur i kształtek PVC-U – karty katalogowe w załączeniu) jest lepsza niż wykonana z rur kielichowych? Jest to twierdzenie bardzo ryzykowne, aby nie powiedzieć niedorzeczne. Zamawiający podnosi także kwestię cieńszej ścianki na kielichu rury sugerując jednocześnie, że jest to najslabsze miejsce rury i rura w tym miejscu ma mniejszą sztywność niż podaje producent. Jest to oczywiście błędne rozumowanie, ponieważ rury produkowane są zgodnie z normą PN EN 1401, która uwzględnia najslabsze miejsce na rurze podczas określania jej sztywności w zależności, czy jest to SN2, SN4 czy SN8. Na marginesie należy wskazać, że norma, na którą powołuje się zamawiający, tj. PN EN 1401 (bez podania roku) nie dotyczy rur o sztywności SN12, zatem rur, które są przedmiotem wymagań zamawiającego. Nie przeszkadza to jednak zamawiającemu podawać konkretnej grubości rur, które dotyczą rur o SN8, próbując wprowadzać kontrolującego w błąd. Pomijając fakt przywołania złej normy należy zwrócić uwagę, że ta sama norma dotyczy także kształtek PVC-U, czyli analogiczne zmniejszenie grubości występuje także na kielichach kształtek np. złączkach dwukielichowych. Zatem przy połączeniach na złączki dwukielichowe wg rozumowania zamawiającego tych najslabszych miejsc jest dwa razy więcej.

Zamawiający wskazuje także, że przewagą połączeń na złączki dwukielichowe jest możliwość dwukrotnie dłuższego wysunięcia (wynosząca 100 mm = 2 x 50 mm) niż w przypadku rur kielichowych. Niestety jest to argument chybiony, ponieważ prawie każdy producent rur PVC-U posiada w swojej ofercie rury z wydłużonym kielichem, które także umożliwiają wysunięcie rury z kielicha (np. przy rurze DN200 długość kielich wynosi aż 200 mm zatem możliwość wysunięcia rury z kielicha jest jeszcze większa niż przy połączeniu na złączki dwukielichowe – w załączeniu karta katalogowa firmy Wavin).

Gmina Międzybórz w swoim piśmie twierdzi, że <<zapis dotyczący aprobaty ITB dotyczy wyłącznie producentów systemów rur z PVC, gdyż norma PN/EN1401 obejmuje asortyment rur i kształtek do sztywności SN8. Producenci systemów rur PP mogą powołać się na normę

PN/EN 1852, dla których zamawiający nie wymagał aprobaty ITB, a tym samym nie ograniczał konkurencji>>. Jest to twierdzenie mijające się z prawdą (...). W Opisie Przedmiotu Zamówienia (pkt 8.1 str. 17 – opisu technicznego do projektu budowlano-wykonawczego kanalizacji sanitarnej dla miasta Międzybórz) zapisano <<Rury, kształtki oraz studnie DN400 muszą posiadać Aprobatę Techniczną ITB>> bez określania, czy elementy te wykonywane są z PVC-U czy PP oraz bez podawania także, jakiej normy dotyczy powyższy wymóg, stosowania Aprobatek Technicznych ITB. Wymóg, aby producent rur i kształtek posiadał Aprobatę Techniczną ITB został potwierdzony przez zamawiającego w piśmie z dnia 25 sierpnia 2015 r., który w odpowiedzi na zadane pytanie nr 1 dotyczące rur i kształtek stwierdził, że „wszystkie parametry techniczne zawarte są w Aprobacie Technicznej ITB (...)”.

Zamawiający w swoim piśmie powołuje się na wymagania zarządców dróg (krajowych, powiatowych i gminnych – pomimo że w dokumentacji projektowej zapisano, że <<trasę projektowanej kanalizacji sanitarnej przewidziano generalnie w pasach dróg powiatowych i gminnych>> – brak mowy o drogach krajowych, brak też w projekcie wytycznych z Zarządu Dróg Krajowych są tylko wytyczne z Zarządu Dróg Powiatowych), którzy wg Gminy <<postawili określone warunki, które należało spełnić>>. Nie wyjaśniając jednak, co oznacza stwierdzenie <<określone warunki>>”.

W konsekwencji biegły podtrzymał swoje wnioski, iż jedynym producentem spełniającym wszystkie wymagania Zamawiającego była firma Funke Polska Sp. z o. o., a Zamawiający mógł odrzucić każdy wniosek materiałowy obejmujący innego producenta rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych powołując się na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym również Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. Wynika to z faktu, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji projektowej, uzupełniony następnie wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uniemożliwił zaoferowanie rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych innych producentów niż Funke Polska Sp. z o.o. Wprawdzie Zamawiający nie posłużył się bezpośrednio nazwą producenta, jednak całość parametrów i wymogów, w tym także kluczowy, aby zastosowane rury, kształtki i studnie stanowiły jeden system, jednoznacznie wskazywał na jednego producenta. Przyjęty przez Zamawiającego opis rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych w praktyce nie pozwalał na zastosowanie produktów równoważnych.

Jak wynika z ustaleń dokonanych w toku kontroli, dokumentacja postępowania nie potwierdza, aby kwestionowane zapisy w opisie przedmiotu zamówienia uzasadnione były obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Tym samym Zamawiający, opisując wymagania dotyczące rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych, działał zbyt rygorystycznie, na co



wskazuje opinia sporządzona przez biegłego. W dokumentacji przekazanej do UZP brak jest informacji wskazujących, iż budowę niniejszej kanalizacji sanitarnej przewidziano w pasie drogi krajowej, a projektant nie sprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem „określone warunki”.

W związku z tym argumenty podnoszone przez Zamawiającego w zastrzeżeniach nie znajdują potwierdzenia w okolicznościach faktycznych sprawy.

W związku z powyższym Prezes UZP podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a zgłoszone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

**Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

Tym samym Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w informacji o wyniku kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego i – nie powtarzając – zawartą tam argumentację.

Z informacji o wyniku kontroli doraźnej wynika, że Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, który obligował wykonawców do stosowania przy budowie sieci kanalizacyjnych wyłącznie rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych produkowanych przez firmę Funke Polska Sp. z o.o., co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W stanie prawnym obowiązującym dla niniejszego postępowania, tj. na dzień jego wszczęcia – 13 sierpnia 2015 r. art. 29 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowił, że:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych

określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy <<lub równoważny>>.”, zaś art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia można wskazać także na regulacje art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych: „1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;
- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w ust. 2, uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne.

4. Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

6. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1-3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

7. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.”

Jak wynika z dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wymóg ten został częściowo powielony w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym podkreślono jeszcze raz, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Jak wynika z zastosowanego przez Zamawiającego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, starał się on wypełnić zawarte w art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych wymagania, by przedmiot zamówienia w zakresie koniecznych do zastosowania, spornych, materiałów budowlanych opisać – dokładnie – za pomocą cech technicznych i jakościowych oraz wskazać wymagania funkcjonalnych.

Jednak w konsekwencji okazało się, że zastosowany opis rur, kształtek i studzienek kanalizacyjnych był zbyt dokładny w stosunku do wykazanych w trakcie kontroli Prezesa UZP potrzeb, co w konsekwencji spowodowało nieuzasadnione ograniczenie możliwych do zastosowania materiałów budowlanych.

Izba podziela bowiem stanowisko Prezesa UZP, że Zamawiający przede wszystkim nie wykazał, że zastosowany przez niego opis: „Kanalizację sanitarną projektuje się z rur kanalizacyjnych PVC-U Ø 200, ze ścianką litą klasy S o nominalnej sztywności obwodowej rury SN12. Ponadto na odcinku od skrzyżowania ul. Kolejowej z ul. Zieloną do oczyszczalni ścieków przewidziano rury PVC-U Ø 315, lite o sztywności obwodowej rury SN12. Przyłącza kanalizacyjne do granic posesji projektuje się z rur kanalizacyjnych PVC-U Ø 200 i Ø 160 mm ze ścianką litą klasy S, o sztywności obwodowej rury SN 12. Kolektory tłoczne ścieków projektuje się z rur PE100 HDPE Ø 110 SDR 17 układanych na podsypce żwirowej gr. 15 cm. Montaż przewodów grawitacyjnych będzie odbywał się poprzez łączenie rur na uszczelki gumowe, olejoodporne zapewniające szczelność połączeń. System rur, kształtek oraz studni musi być wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną montowaną przez producenta. System rur i kształtek o średnicach i grubości ścianek: DN/OD 160x5,5; DN/OD 200x6,6; DN/OD 315x10,0 – rury bezkielichowe, łączone na złączki dwukielichowe produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Kształtki od DN/OD 160 do DN/OD 315 muszą być produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Rury, kształtki oraz studnie DN 400 muszą posiadać Aprobataę techniczną ITB. Zastosowane rury, kształtki oraz studnie DN 400 muszą być ze sobą kompatybilne, a więc stanowić jeden system i być produkowane przez jednego producenta (ze względu na różnice w tolerancji wykonania). Możliwość układania systemu rur, kształtek oraz studni DN 400 w temperaturze do -10 stopni Celsjusza (rury oznaczone kryształkiem lodu). Rury muszą posiadać nadruk od wewnątrz umożliwiający identyfikację

podczas inspekcji telewizyjnej. Rury muszą być odporne na płukanie przy ciśnieniu 240 bar.”, uzupełniony następnie o wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Ad. 1 Zamawiający wymaga na kanalizacji sanitarnej zastosowania minimum systemu rur i kształtek z PVC-U, PE lub z PP min. SN12 SDR34 SLW60, który charakteryzuje się następującymi parametrami technicznymi. Rury lite o minimalnych grubościach ścianek DN 160x5,5 mm, DN/OD 200x6,6 mm. System rur, kształtek wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną montowaną przez producenta. Szczelność połączeń rur i kształtek min. 2,5 bara. Rury bezkielichowe łączone na złączki produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Sztywność rur, kształtek min. SN 12kN/m<sup>2</sup>; SDR 34; SLW 60 kształtki (np. kolana, trójniki, przejścia szczelne do studni betonowych itd.) są produkowane metodą wtrysku bezpośredniego. Rury i kształtki są ze sobą kompatybilne, a więc stanowią jeden system i są projektowane przez jednego producenta. Rury posiadają nadruk wykonany wzdłużnie w rurze od wewnątrz umożliwiającą identyfikację podczas inspekcji telewizyjnej oraz są odporne na płukanie przy ciśnieniu min. 240 bar wykonanym w teście stacjonarnym. Wszystkie parametry techniczne zawarte są z Aprobacie Technicznej ITB (...). Ad. 3 Zamawiający, Projektant wymaga studzienek kanalizacyjnych zbiorczych lub przelotowych z PP lub PVC-U, o średnicy min. DN400, wykonanych z litego materiału. Studzienki muszą być wyposażone w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną, montowaną przez producenta, oraz nastawne kielichy do połączeń rur kanalizacyjnych, umożliwiające regulację średnic DN 160 i DN 200, sferycznie – w każdym kierunku min. 7,5°. Szczelność połączeń min. 2,5 bara. Sztywność studzienek min. SN 12kN/m<sup>2</sup>; SDR 34; SLW 60. Studzienki z PVC-U muszą posiadać aprobatę techniczną ITB. Zamawiający projektant wymaga zastosowania jednego systemu rur, kształtek i studni z PVC-U, PE lub z PP.” w całości był podyktowany jego szczególnymi potrzebami, które mogły być spełnione jedynie przy łącznym zastosowaniu wszystkich wymienionych parametrów, właściwości i cech, a owe parametry, właściwości i cechy posiadają również produkty inne niż wytwarzane przez firmę Funke.

Należy bowiem podkreślić, że każdy zamawiający każdorazowo nie tylko jest uprawniony, ale wręcz zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, by spełniał on jego uzasadnione potrzeby, a tym samym, by poniesione na jego realizację wydatki były dokonane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów (art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.).

Jednak potrzeby te, jeśli zostaną zanegowane, np. w ramach kontroli lub wniesionego odwołania, należy każdorazowo określić i wykazać w sposób konkretny, a nie tylko ogólnikowy („specyficzne właściwości łąków”), a nawet udowodnić – zwłaszcza, gdy wprowadza się szczegółowe wymagania, które ze swojej istoty ograniczają liczbę materiałów możliwych do wykorzystania. Bowiem to po stronie zamawiającego leży obowiązek udowodnienia poprawności swojego działania, co wynika z zakazów niedozwolonego działania zawartych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na typowo techniczny charakter sporu pomiędzy powołanym przez Prezesa UZP biegłym a projektantem systemu kanalizacji sanitarnej i brak w procedurze opiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyniku kontroli, zawartej w art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych, odniesienia do możliwości powołania własnego biegłego, Izba nie odnosi się do profesjonalnego uzasadnienia zastosowania danych rozwiązań budowlanych. W szczególności zaś wskazania, która technologia w danych warunkach jest lepsza i powinna zostać zastosowana, przy czym stwierdza, że skoro produkowane i wykorzystywane są oba rodzaje złączek, to można założyć, że każda z nich ma swoje zalety i wady.

Podstawą uznania stanowiska Prezesa UZP za prawidłowe jest zaś stwierdzenie, że Zamawiający nie wykazał poprawności dokonanego przez siebie opisu przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie. Zamawiający nieprawidłowo bowiem zidentyfikował dwa podstawowe zagadnienia związane z opisem przedmiotu zamówienia.

Przede wszystkim uznał, że wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych powoduje, że dokonany opis jest poprawny. W rozdziale III pkt 4 specyfikacji wskazał bowiem: „Ilekcioć w dokumentacji projektowej użyta jest nazwa własna wyrobu bądź bezpośrednio wskazanie na producenta danego wyrobu, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów równoważnych pod względem parametrów technicznych i jakościowych. Za materiały równoważne Zamawiający uzna te, które posiadają takie same lub korzystniejsze parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej”. Również art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w ówczesnym brzmieniu odnosi się do wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, któremu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Podobnie art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych rozwiązania równoważne odnosi do norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 artykułu 30.

Zamawiający w opisie produktów nie zastosował jednak nazwy własnej wyrobu (znaku towarowego wyrobu) bądź nazwy producenta wyrobu (patentu, pochodzenia wyrobu), lecz oznaczenie jego cech technicznych i właściwości. Tym samym nie występowała tu sytuacja opisana w ww. regulacjach, w której wykonawca mógłby powoływać się na produkt równoważny. Przy czym wymóg punktu 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy odczytywać w całości, a nie każde ze zdań osobno. Dodatkowo, nawet gdyby odnieść się jedynie do zdania drugiego, to – jak wskazuje polemika biegłego i projektanta – uznanie, które wyroby „posiadają takie same lub korzystniejsze parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej”, które zaś nie, jest dość niepewne.

Po drugie Zamawiający pominął fakt, na który zwracał uwagę zarówno Prezes UZP, jak i biegły, tj. że – skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto wyszczególnienie pewnych cech, które muszą posiadać poszczególne produkty, jako cech równorzędnych i koniecznych, a nie preferowanych lub alternatywnych – to obowiązkowe jest, by dany produkt spełniał jednocześnie wszystkie wymagania, które się do niego odnoszą, a nie tylko niektóre. Niespełnienie choćby jednego z nich powodowałoby niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający, pomimo powołania się na produkty innych firm niż Funke Polska Sp. z o.o., nie udowodnił, że istnieją jakieś konkretne produkty, które wszystkie te wymogi spełniają.

Poza tym, już na marginesie, należy podkreślić, że zakaz ograniczania konkurencji obejmuje ogół sytuacji rynkowej i istniejących na nim produktów. Zatem nie chodzi tu o wskazanie konkretnej liczby produktów, które spełniają wymogi i nie jest tak, że jeśli np. 2 lub 3 z dostępnych na rynku podobnych do siebie 20 produktów mogłyby być zastosowane, to nie naruszono uczciwej konkurencji pomiędzy ich producentami. Istotne jest tu bowiem – jak wskazano na wstępie, by wymagania zamawiającego były adekwatne do jego uzasadnionych – i następnie w miarę konieczności wykazanych – potrzeb.

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

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....

.....