

Sygn. akt: KIO 1219/19

WYROK
z dnia 11 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.06.2019 r. przez wykonawcę **PLASTPIPE Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Chodzieska 31, 64-700 Czarnków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa rur” (numer referencyjny KSW/2019/EZM/73)

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obejmującego brak precyzyjnego i jednoznacznego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, w tym wystąpienia rozbieżności tego opisu oraz zarzutu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych związanego ze wskazaniem nazw własnych rur w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w tym zakresie i dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącego się do sposobu sformułowania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu usunięcie z treści warunku postanowień odnoszących się do właściwości przedmiotu dostawy w postaci zwrotu „*trudnopalnych, antystatycznych okołnierzowanych posiadających dodatkowe (oprócz galwanizacji lub ocynku ogniowego) zabezpieczenie antykorozyjne pierścieni stalowych, np. poliamid*” oraz zmianę postanowień przez zastąpienie fragmentu „*spełniających wymagania do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego w pomieszczeniach ze stropem a, b, c niebezpieczeństwa wybuchu metanu*” treścią „*spełniających wymagania do stosowania w zakładach przemysłowych, takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego*”, jak również nakazuje Zamawiającemu usunięcie z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wzoru umowy postanowień odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia nazwy własnej rur oraz nazwy własnej w postaci wskazania złączki Victaulic S/905 i zastąpienie opisu rur i złączki opisem funkcjonalnym o obiektywnie pożądanym cechach w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

3. kosztami postępowania w wysokości **18 900 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PLASTPIPE Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Chodzieska 31, 64-700 Czarnków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka** na rzecz wykonawcy - **PLASTPIPE Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Chodzieska 31, 64-700 Czarnków** kwotę w wysokości **18 900 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

4. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1219/19

Zamawiający – Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa rur” (numer referencyjny KSW/2019/EZM/73)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 18.06.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2019/S 115 - 281905.

W dniu **18.06.2019 r.** Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz zamieścił na stronie internetowej treść SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28.06.2019 r.** przez wykonawcę PLASTPIPE Spółka z o.o. Spółka komandytowa od czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Ogłoszenia oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w niniejszym postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji;
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 i ust. 3 Pzp przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez dokonanie opisu

przedmiotu zamówienia w sposób jaki umożliwia złożenie oferty de facto tylko jednemu podmiotowi.

3) naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp polegające na opisie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz zawierający zapisy wzajemnie sprzeczne.

4) naruszenie art. 36 aa Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnione i ograniczające konkurencję odstąpienie od udzielenia zamówienia w częściach, z wyodrębnieniem w jednej z części monopolistycznej pozycji jednego z dostawców, w sytuacji braku obiektywnych przyczyn przemawiających za udzieleniem zamówienia w jednej części.

Podnosząc powyższe zarzuty Zamawiający wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści Ogłoszenia oraz SIWZ w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z ustawą, poprzez:

a) wykreślenie w treści ogłoszenia Sekcja III pkt 1.3) oraz treści SIWZ pkt VI - Warunki udziału ppkt 1.3) i odpowiednio VIII pkt 5.3) - warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz żądanych dokumentów na potwierdzenie jego spełnienia ewentualnie dokonanie modyfikacji warunku i żądanych na jego potwierdzenie dokumentów poprzez wykreślenie z jego treści fragmentu: *„trudnopalnych, antystatycznych okólnierzowanych posiadających dodatkowe (oprócz galwanizacji lub ocynku ogniowego) zabezpieczenie antykorozyjne pierścieni stalowych, np. poliamid”* oraz zmianę zapisu poprzez zastąpienie fragmentu *„spełniających wymagania do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego w pomieszczeniach ze stropem a, b, c niebezpieczeństwa wybuchu metanu”* treścią *„spełniających wymagania do stosowania w zakładach przemysłowych, takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego”* i odpowiednie zmodyfikowanie zapisu części VIII.

b) wykreślenie z treści wymagania określonego w Ogłoszeniu pkt II.2.4) ppkt 5 oraz SIWZ pkt 3.2. ppkt 5) zapisu o treści „wraz ze złączką Victaulic S/905” ewentualnie zmodyfikowanie tego zapisu poprzez wskazanie: „wraz ze złączką ciśnieniową do rur bosych”.

c) modyfikacji zapisów Ogłoszenia II.2.4) oraz SIWZ pkt 3.2 i 3.3. poprzez zastąpienie wskazanych nazw produktów firmy „ELPLAST+” Sp. z o. o. z Jastrzębia Zdroju opisem technicznym wymaganych przez Zamawiającego produktów.

d) doprecyzowania zapisów Ogłoszenia pkt II.2.4 oraz SIWZ 3.1, 3.2. i 3.5 poprzez jednoznaczne określenie czy Zamawiający oczekuje:

- rur opancerzonych czy bez pancerza;
- jednocześnie trudnopalnych i antystatycznych, czy tylko antystatycznych;
- spełniających wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. czy też nie wymagających potwierdzenia spełnienia tych wymagań

2) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia żądania, o którym mowa w pkt 1

3) unieważnienie postępowania i nakazanie Zamawiającemu udzielenia przedmiotowego zamówienia w częściach, z wyodrębnieniem części dotyczącej sprzedaży i dostawy złączek Victaulic S/905.

Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego doznaje uszczerbku. Wynika to z faktu, iż kwestionowane postanowienia Ogłoszenia oraz SIWZ, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji. Dowodzi to naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania.

Formalne przesłanki wniesienia odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu wraz z treścią SIWZ zostało opublikowane w dniu 18 czerwca 2019 r., a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 - dniowego terminu przewidzianego w ustawie Pzp. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania - dowód w załączeniu

Uzasadnienie

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2019r. ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informację o zamiarze udzielenia zamówienia dotyczącego dostawy rur do Kopalni Soli w Wieliczce. W tym samym dniu Zamawiający dokonał publikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odnoszących się do tego postępowania. Po przeanalizowaniu udostępnionych dokumentów Odwołujący stwierdził, iż zapisy Ogłoszenia oraz treść SIWZ są niezgodne z zasadami wynikającymi z Pzp, są nieproporcjonalne i w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencję, uniemożliwiając między innymi Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.

Dlatego złożenie odwołania stało się konieczne.

Nie budzi wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, jest takie sformułowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, aby były one zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym zasadami wynikającymi z treści art. 7 Pzp.

Odwołujący ma świadomość, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. Ma prawo ukształtować zapisy SIWZ w taki sposób, by pozwoliły najlepiej opisać jego potrzeby. Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb (Tak wypowiedziała się Izba m.in. w wyroku z dnia 18 marca 2019r. Sygn. akt: KIO 358/19).

W przedmiotowym postępowaniu - w ocenie Odwołującego - wymagania postawione przez Zamawiającego zostały opisane w sposób, który nie tylko preferuje jednego wykonawcę „ELPLAST+” Sp. z o. o. z Jastrzębia Zdroju, lecz wręcz uniemożliwia złożenie oferty innym podmiotom.

I.

Zamawiający w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych oczekuje wylegitymowania się przez wykonawcę - wykonaniem, co najmniej jednej dostawy rur polietylenowych trudnopalnych. antystatycznych okólnierzowanych posiadających dodatkowe (oprócz galwanizacji lub ocynku ogniowego) zabezpieczenie antykorozyjne pierścieni stalowych, np. poliamid, spełniających wymagania do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego w pomieszczeniach ze stopniem a.b.c niebezpieczeństwa wybuchu metanu o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania bądź wykonywania i podmiotów; na rzecz których dostawa została wykonana lub jest wykonywana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana lub jest wykonywana należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była lub jest wykonywana a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy".

W ocenie Odwołującego, tak opisane zdolności techniczne lub zawodowe, zwłaszcza w zakresie podkreślonym, z jednoczesnym domaganiem się przez Zamawiającego dokumentów bardzo drobiazgowo potwierdzającego jego wypełnienie, stanowi oczekiwanie nieuzasadnione, nieproporcjonalne zarówno z punktu widzenia celu przedmiotowego

postępowania i jego przedmiotu, jak i z punktu widzenia zagwarantowania wykonania usługi na odpowiednim poziomie.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 20 lutego 2019r. Sygn. akt: KIO 197/19 - „Wymagania Zamawiającego mogą być wyższe niż standardowe, wynikające z obowiązujących przepisów, określone na wyższym poziomie. Jednak takie wymagania muszą być skorelowane z przedmiotem zamówienia”. Jak wskazał Odwołujący warunek postawiony przez Zamawiającego nie może mieć na celu jedynie ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom.

Rozstrzygając o zasadności lub braku zasadności warunku przywołanego powyżej, zdaniem Odwołującego, należy mieć na uwadze także pozostałe postanowienia SIWZ, w szczególności te z których wynika, że Zamawiający otrzyma od wykonawców próbki oferowanych materiałów oraz zostaną mu przedstawione certyfikaty potwierdzające, że oferowane materiały spełniają opisane w SIWZ parametry i zostały dopuszczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego. Nie powinno budzić wątpliwości, w ocenie Odwołującego, że możliwość weryfikacji próbek oraz certyfikaty wystawione przez odpowiednie instytucje są dostatecznym materiałem pozwalającym Zamawiającemu na ocenę jakości oferowanych produktów, przydatności do założonego celu oraz zgodności z opisanymi w SIWZ parametrami.

Z kolei dla potwierdzenia zdolności organizacyjnych potencjalnych wykonawców, tj. możliwości dostarczenia wymaganej przez Zamawiającego ilości materiałów (a temu - jak przypuszcza Odwołujący - służyć ma opisany warunek), wystarczające wydaje się być wylegitymowanie się dostawą rur polietylenowych lub równoważnych o wartości wskazanej przez Zamawiającego, dostarczonych do zakładów przemysłowych, takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego. Zauważyć bowiem należy, że proces produkcji rur polietylenowych jest ten sam, jak rur opisanych przez Zamawiającego w kwestionowanym warunku. Jedyna różnica, to zastosowanie innego (dodatkowego) granulatu o właściwościach antystatycznych i trudnopalnych.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia Odwołujący jest producentem rur. Produkuje rury polietylenowe, także trudnopalne i antystatyczne. Posiada wszelkie Certyfikaty wydane przez jednostkę notyfikowaną dopuszczające rury do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych. Posiadane przez Odwołującego certyfikaty potwierdzają spełnianie wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych. (Zaświadczenie jednostki certyfikującej w załączeniu).

Od wielu lat Odwołujący z powodzeniem współpracuje z zakładami górniczymi, dostarczając im swoje produkty. Posiada zdolności organizacyjne oraz techniczne pozwalające zaoferować Zamawiającemu materiały na wysokim poziomie i spełniające jego oczekiwania, podobnie jak wielu innych producentów działających na rynku tego typu usług. Jednak drobiazgowo opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych lub zawodowych został skonstruowany w taki sposób, że uniemożliwia Odwołującemu przystąpienie do postępowania. Tak postawiony warunek powoduje, że ofertę może złożyć de facto jedna firma, o której była mowa powyżej i która od wielu lat współpracuje z Zamawiającym przy tego typu zamówieniach. Z góry eliminuje z udziału w postępowaniu podmioty, które mogą posiadać zdolności umożliwiające świadczenie usługi na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, a jedynie nie posiadają dokumentu - którego uzyskanie możliwe jest w zasadzie wyłącznie przez podmioty realizujące dostawę na rzecz Zamawiającego. Odwołujący wnosi o wykreślenie kwestionowanego warunku, ewentualnie dokonanie jego zmiany w sposób wskazany w petitum. Warunek nie znajduje bowiem uzasadnienia w okolicznościach przedmiotowego postępowania.

II.

Jak wskazał Odwołujący art. 29 ust. 2 Pzp zawiera jednoznaczną wytyczną, która zakazuje dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wynika ze stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowanego m.in. w uchwale z dnia 15 lutego 2019r. KIO/KD 11/19: *„Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów które chce zakupić; jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia zależy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisywanie przedmiotu zamówienia, które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.”*

W ocenie Odwołującego zakaz ten został złamany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Nieuzasadnione utrudnienie konkurencji powoduje nie tylko warunek, do którego Odwołujący odniósł się w punkcie I, ale także opisanie przez Zamawiającego parametrów zamawianych materiałów i elementów, w sposób wprost wskazujący na konkretnego producenta, tj. użycie

nazw produktów stosowanych przez „ELPLAST+” Sp. z o. o. z Jastrzębia Zdroju. Co prawda Zamawiający przewidział możliwość zaofiarowania produktów równoważnych, jednak biorąc pod uwagę całokształt zapisów SIWZ, w tym przede wszystkim zapisów wskazanych w niniejszym odwołaniu, nie powinno budzić wątpliwości, że możliwość ta jest pozorna.

W Ogłoszeniu II.2.4 oraz w SIWZ - opis przedmiotu zamówienia pkt 3.2 Zamawiający wskazuje

"3.2 Wykonawca sprzeda i dostarczy Zamawiającemu rury o następujących parametrach, w ilościach maksymalnych:

- 1) Rura PE-NP AS PE-GG PN 1,6 MPa Ø 180mm x 16,4mm x 6000mm trudnopalna i antystatyczna okońnerzowana obustronnie w ilości 3150 mb;
- 2) Rura PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 19,2mm x 6000mm trudnopalna i antystatyczna okońnerzowana obustronnie w ilości 1270 mb;
- 3) Rura PE-NP AS PE-GG PN 1,6 MPa Ø 110mm x 10,0mm x 5000mm trudnopalna i antystatyczna okońnerzowana obustronnie w ilości 2400 mb;
- 4) Rura PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 19,2mm x 1000mm trudnopalna i antystatyczna okońnerzowana obustronnie w ilości 10 szt;
- 5) Rura PE-NP AS PE-GG PN 1,6 MPa Ø HOmm x 10,0mm x 5000mm trudnopalna i antystatyczna do połączenia typu I/ictauuic wraz ze złączką Victaulic S/905 w ilości 100 mb
- 6) Rura PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 19,2mm x 2000mm trudnopalna i antystatyczna okońnerzowana obustronnie w ilości 10 szt
- 7) Rura bosa trudnopalna antystatyczna (bez pancerza) w krążkach a/100mb typu PE-NP. AS SDR11 PE-GG PN 1,6 MPa Ø 63 mm x 5,8mm w ilości 3350 mb

Zdaniem Odwołującego wskazanie „Rura PE-NP AS PE-GG”, to nic innego jak wskazanie nazwy produktu konkretnego producenta. Tak swoje produkty określa „ELPLAST+” Sp. z o. o. z Jastrzębia Zdroju. Wykonawcy chcąc poznać parametry, jakich spełnienia oczekuje Zamawiający, zobowiązani są "odkodować" je z nazwy oferowanych przez w/w firmę produktów.

Zdaniem Odwołującego podobnie Zamawiający opisał parametry innych elementów, których dostawy oczekuje, a wymienionych w SIWZ pkt 3.3.

Niewątpliwie, w ocenie Odwołującego, sytuacja ta prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego podmiotu i nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia. Zamawiający z powodzeniem może opisać przedmiot dostawy za pomocą dostatecznie dokładnych i powszechnie używanych określeń, bez konieczności odwoływania się do nazw stosowanych przez konkretnego producenta.

Dlatego żądana w petitum przez Odwołującego zmiana opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest uzasadniona.

Jak wskazał następnie Odwołujący najbardziej istotnym uchybieniem, jakie zauważył w przedmiotowym postępowaniu, naruszającym zasady opisane w art. 29 pzp oraz art. 7 pzp, jest zapis zawarty w Ogłoszeniu w pkt II.2.4. opis zamówienia ppkt 5) oraz w SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia pkt 3.2 ppkt 5), w którym Zamawiający zawarł oczekiwanie dostarczenia przez wykonawców Rury PE-NP AS PE-GG PN 1,6 MPa Ø 110mm x 10,0mm x SOO0mrn trudnopalnej i antystatycznej do połączenia typu Victaulic **wraz ze złączką Victaulic S/905**.

Odwołujący podniósł, że jedynym autoryzowanym dystrybutorem wyrobów amerykańskiej firmy VICTAULIC na terenie Polski od 2003r. i wyłącznym dystrybutorem na rynek górniczy jest firma „ELPLAST+” sp. z o.o. Podmiot ten od wielu lat współpracuje z Zamawiającym systematycznie biorąc udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzenie takiego oczekiwania przez Zamawiającego de facto prowadzi do wyeliminowania konkurencji, uniemożliwia złożenie oferty przez inne podmioty niż „ELPLAST+” sp. z o.o. Wprawdzie teoretycznie możliwe jest ubieganie się przez potencjalnych oferentów o zakup u w/w dystrybutora złączek wymaganych przez Zamawiającego. Oczywiście jednak jest, zdaniem Odwołującego, że o sprzedaży i cenie za te elementy nie będzie decydował „rynek”, tylko dążenie do uniemożliwienia innym podmiotom złożenia konkurencyjnej oferty.

Jak wskazała następnie Odwołujący sytuacja ta nie jest do pogodzenia z obowiązkiem po stronie Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

III.

Jak zostało wskazane w kolejnym punkcie uzasadnienia obowiązkiem Zamawiającego jest, w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przedmiotowym przypadku zapisy zawarte w Ogłoszeniu oraz w treści SIWZ są, w ocenie Odwołującego, niejednoznaczne i wzajemnie sprzeczne.

W pkt 3.1 SIWZ oraz odpowiednio Ogłoszenia, Zamawiający wskazał, że:

„3.1 Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż wraz z dostarczeniem:

1. rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) okólnierzowanych z dociskami stalowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie,
2. rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) do połączenia typu Victaulic, wraz z łącznikiem składającym się z dwóch obejm
3. rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą antystatyczną (bez pancerza) bosych w krążkach a/100mb zwanych dalej „rurami”,
4. kształtek montażowych, w postaci:
 - a) trójników i kolan polietylenowych, ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) okólnierzowanych z dociskami stalowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie,
 - b) zaworów i złącz,
 - c) tulei kołnierzowych PE-NPAS (do zgrzewania) wraz z dociskami stalowymi pokrytymi tworzywem, zwanych dalej „kształtkami montażowymi”.

Natomiast już wskazując w pkt 3.2 parametry rur poprzez odwołanie się do nazw stosowanych „ELPLAST+” Sp. z o.o. Zamawiający wskazuje na rury z pancerzem. „ELPLAST+” produkuje wielowarstwowe, polietylenowe rury opancerzone PE-NP-AS typu PE-GG, dopuszczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Informacje te są udostępnione na stronach internetowych wymienionego producenta - <https://elplastplus.pl/produkty-kat/victaulic/> (wydruk w załączeniu).

Zdaniem Odwołującego niejasność w zakresie oczekiwania Zamawiającego pojawia się także w zakresie dostaw rur polietylenowych typu PE-NP AS SDR11 PE-GG PN 1,6 MPa 063mm x 5,8 mm w krążkach, gdzie opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazuje na warstwę antystatyczną, natomiast wskazując już co Wykonawca ma sprzedać i dostarczyć, przy zapisach odnoszących się do w/w rur pojawia się oczekiwanie rury trudnopalnej antystatycznej.

W pkt 3.5 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia spełniał:

- 1) wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. Z 2017r. Poz. 1118)
- 2) posiadać dopuszczenie do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu.

Aby te wymagania mogły być spełnione, w ocenie Odwołującego, poszczególne elementy dostawy powinny posiadać zarówno warstwę trudnopalną, jak i antystatyczną. Tymczasem Zamawiający wskazując dostawy jakich elementów oczekuje, w pkt 3.3 ppkt 1 i 2 SIWZ oraz odpowiednio Ogłoszenia wymaga dostawy:

- 1) złącza do zgrzewania PE-AS 0 63mmx5,8mm elektrooporowe PN 1,6 MPa w ilości 12 szt
- 2) złącza PE-AS okołnierzone 0 63mmx5,8mm PN 1,6 MPa w ilości 20 szt.

W pkt 3.1 ppkt 3) SIWZ - opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga: „rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą antystatyczną (bez pancerza) bosych w krążkach a/100mb”

Powyższe zapisy, w ocenie Odwołującego, wskazują na posiadanie przez wyszczególnione elementy warstwy antystatycznej. Nie zawierają w opisie warstwy trudnopalnej. Brak którejkolwiek z tych warstw powoduje, że dostarczany element nie może spełniać wymagań określonych przez Zamawiającego w przywołanym powyżej pkt. 3.5 SIWZ. Nie jest natomiast rolą wykonawców domyślanie się, które z przedstawionych oczekiwań Zamawiającego jest oczekiwaniem właściwym, a które zostało wprowadzone przez pomyłkę. Równie uprawniona w świetle tych zapisów jest teza, że Zamawiający przez niedbałość lub nieuwagę pominął wymienienie przy przywołanych zapisach warstwę trudnopalną, jak teza, że Zamawiający przez pomyłkę lub nieuwagę zamieścił zapisy pkt. 3.5 SIWZ.

Konieczne jest więc doprecyzowanie wymagań Zamawiającego w tym zakresie.

IV.

Jak wskazał Odwołujący art. 36 aa ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający może podzielić zamówienie na części. Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia protokołu, w którym wyjaśni powody niedokonania podziału. Mimo wątpliwości co to tego, czy podzielenie zamówienia na części jest uprawnieniem, czy obowiązkiem zamawiającego, w przedmiotowym przypadku brak takiego podziału jest działaniem ograniczającym w stopniu istotnym konkurencję i nieuzasadnionym.

Jak zostało wskazane m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2018r. Sygn. akt: KIO 2016/18 - „*Decyzja w zakresie samego podziału zamówienia na części, jak też co do samego sposobu, w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa w tym zakresie swoje potrzeby mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Jednak swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą*

uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia nie naruszy konkurencji przez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie". Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2018r. Sygn. akt: KIO 1022/18, gdzie wskazała, że: „Uprawnienie Zamawiającego w zakresie podziału zamówienia na części, o którym mowa w art. 36aa ust. 1 pzp nie może być interpretowane w oderwaniu od regulacji wynikającej z ustawy z 2004r. - Prawo zamówień publicznych, jak również przepisów prawa wspólnotowego. Tym samym ww. uprawnienie zamawiającego niejednokrotnie będzie przekształcało się w obowiązek podziału zamówienia na części, w szczególności w sytuacji, gdy brak takiego podziału będzie naruszał konkurencję między wykonawcami zainteresowanymi danym zamówieniem. Zatem w kontekście powyższego stwierdzić należy, iż zasadą w zamówieniach publicznych jest podział zamówienia na części o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, które uzasadniają brak takiego podziału".

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieusprawiedliwiony odstąpił od udzielenia zamówienia w częściach, ograniczając w sposób niedopuszczalny konkurencję, a w zasadzie eliminując z postępowania potencjalnych konkurentów firmy „ELPLAST+” .

Posługując się pewnym uproszczeniem wskazać należy, że przedmiotem postępowania jest dostawa trzech rodzajów elementów, tj. rur, kształtek oraz złączek. Firmy produkujące rury proste, co do zasady produkują również kształtki. Proces technologiczny produkcji tych elementów jest zbliżony. Odmienny jest natomiast proces technologiczny złączek i zasadniczo produkcją tego elementu zajmują się inne firmy. Naturalnym w takiej sytuacji działaniem Zamawiającego, pozwalającym na pozyskanie konkurencyjnych ofert i korzystnych cen, było udzielenie zamówienia w częściach, w taki sposób, by złączki były elementem odrębnej części zamówienia. Zamawiający nie podjął takiego działania, co nie znajduje usprawiedliwienia zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczności opisane poniżej.

W ocenie Odwołującego, zasadniczym elementem przemawiającym za tym, że Zamawiający powinien był dokonać wyodrębnienia części, jest oczekiwanie dostarczenia złączek Victaulic S/905. Zakładając, że Zamawiający posiada uzasadnienie dla dostawy właśnie takich złączek, konkretnego producenta, to i tak połączenie tego oczekiwania z zamówieniem dotyczącym pozostałych elementów dostawy nie znajduje usprawiedliwienia.

Przede wszystkim, jak zostało to podniesione powyżej, zdaniem Odwołującego, wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia tego elementu dostawy istotnie ograniczyło,

a w zasadzie uniemożliwiło konkurencję lub wzięcie udziału w postępowaniu. Biorąc od uwagę wymaganą ilość rur, które mają być połączone wskazaną złączką, wartość tego elementu nie przekracza 7.000 zł (szacować należy ok. 27 szt. złączek do łączenia 100mb rur). Dla możliwości zastosowanie złączki tego typu nie ma natomiast znaczenia, jakie rury będą dostarczone, gdyż po uwzględnieniu wskazanego rozmiaru i ciśnienia, złączka będzie kompatybilna z każdym rodzajem rury spełniającej opisane przez Zamawiającego parametry, dostarczonej przez dowolnego wykonawcę. Uwzględniając, że wartość zamówienia szacować należy na kwotę ok. 2.000.000 zł, nie powinno budzić wątpliwości, że włączenie do tego zamówienia tak mało istotnego, z punktu widzenia wartości i konieczności łącznego wykonania, elementu (złączki Victaulic S/905), zostało dokonane tylko w tym celu by ograniczyć, bez obiektywnie uzasadnionych powodów, konkurencję.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że udzielenie natomiast przedmiotowego zamówienia w częściach z wyodrębnieniem części, gdzie w zasadzie monopolistyczną pozycję posiada firma „ELPLAST+” , nie będzie miało niekorzystnego wpływu na realizację zamierzonego przez Zamawiającego celu, zwłaszcza że wyłączenie złączek Victaulic S/905 w przedmiotowym przypadku najprawdopodobniej pozwoli na zlecenie dostawy tej części w trybie bezprzetargowym.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, zasadne wydaje się twierdzenie, że brak jest uzasadnionych podstaw do udzielenia zamówienia o takim przedmiocie, jako jednego zamówienia. Jedyną przyczyną takiego działania jest dążenie do ograniczenia konkurencji. Takie działanie zamawiającego powoduje, że zastosowany tryb postępowania jest pozorny. W tym stanie rzeczy odwołanie jest uzasadnione i Odwołujący wniósł o jego uwzględnienie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest podmiotem zainteresowanym udziałem w przedmiotowym postępowaniu, zaś sformułowane w dokumentacji postępowania warunki udziału w postępowaniu oraz wymagania opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu. We wniesionym środku ochrony prawnej Odwołujący zmierza do modyfikacji postanowień stanowiących przeszkodę w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie publiczne. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami.

Izba dopuściła również i przeprowadziła następujące dowody z dokumentów złożone przez Odwołującego:

1. Karta katalogowa nr 025 (08.2017) ELPLAST+ polietylenowych rur i kształtek opancerzonych PE-NP.-AS typu PE-GG;
2. Pismo z dnia 27.06.2019 r. skierowane przez J.S. Hamilton Poland Spółka z o.o. do Odwołującego z informacją, że rury typu ASTP2/W i ASTP3/G objęte certyfikatem wydanym dla Plastpipe Spółka z o.o. Spółka komandytowa przeszły badania z wynikiem pozytywnym i mogą być stosowane w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych;
3. Informacji ze strony internetowej ELPLAST+ wskazującym, że ww. wykonawca od 2003 r. jest autoryzowanym dystrybutorem wyrobów amerykańskiej firmy VICTAULIC na terenie Polski i wyłącznym dystrybutorem na rynek górniczy;
4. Karty katalogowej ELPLAST+ dla złączek VICTAULIC do rur HDPE typu 995 i 905;

5. Wydruk dwóch ogłoszeń o udzieleniu zamówienia z portalu www.eGospodarka.pl z 2009 r. i 2011 r. wskazujących, że Zamawiający udzielił na rzecz wykonawcy ELPLAST+ zamówienia na dostawę rur polietylenowych;

6. Karty katalogowej D4pro Spółka z o.o. Spółka komandytowa dla elektroprzewodzącej złączki instalacyjnej bezkołnierzowej systemu D4/G do instalacji kopalnianych wraz z certyfikatem z dnia 26.08.2016 r. wystawionego dla tego typu złączy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **18.06.2019 r.** Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz zamieścił na stronie internetowej treść SIWZ.

Jak Izba ustaliła w oparciu o akta prowadzonego postępowania Zamawiający w następujący sposób uzasadnił w protokole postępowania (druk ZP-PN) brak podziału zamówienia na części:

Czy zamówienie zostało podzielone na części:

nie - powody niedokonania podziału zamówienia na części (możliwość składania ofert częściowych/ udzielanie zamówienia w częściach):

Zakres dostawy rur polietylenowych uzasadnia udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy. Decyzja w sprawie podzielenia przedmiotu niniejszego zamówienia nie spowodowałaby zwiększenia konkurencyjności postępowania. Wprowadzenie podziału zamówienia mogłoby doprowadzić nawet do ograniczenia konkurencji, bowiem funkcjonujący na rynku dostawcy rur polietylenowych są zainteresowani realizacją większych kontraktów. Podział zamówienia na mniejsze pakiety mógłby spowodować, iż wykonawcy nie byłiby nimi zainteresowani. Zwłaszcza iż Zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji i w ramach maksymalnych ilości dostawy, zobowiązuje się do zakupu rur o wartości 60% ceny całkowitej brutto

zaoferowanej przez wykonawcę. Zakup pozostałej ilości rur o wartości 40% ceny całkowitej brutto zależy będzie od potrzeb Zamawiającego. Realizacja przedmiotowej dostawy staje się opłacalna dla wykonawców tylko wówczas, gdy stanowi niewydzielony element większego zamówienia. Przedmiot zamówienia z uwagi na swą wielkość i ilość dostaw, nie narusza zasad uczciwej konkurencji oraz nie utrudnia małym i średnim przedsiębiorcom dostępu do zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ zatytułowanym „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” obejmuje on:

1. Nomenklatura

Wspólny Słownik Zamówień (CPV) Główny przedmiot zamówienia: 44163100-1 -

2. Nazwa

Dostawa rur.

3. Opis przedmiotu zamówienia

3.1 Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż wraz z dostarczeniem:

1) rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) okólnierzowanych z dociskami stalowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie,

2) rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) do połączenia typu Victaulic, wraz z łącznikiem składającym się z dwóch obejm

3) rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą antystatyczną (bez pancerza) bosych w krążkach a/100mb zwanych dalej „rurami”,

4) kształtek montażowych, w postaci:

a) trójników i kolan polietylenowych, ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) okólnierzowanych z dociskami stalowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie,

b) zaworów i złącz,

c) tulei kołnierzowych PE-NPAS (do zgrzewania) wraz z dociskami stalowymi pokrytymi tworzywem, zwanych dalej „kształtkami montażowymi”.

3.2 Wykonawca sprzeda i dostarczy Zamawiającemu rury o parametrach, w ilościach maksymalnych:

1) Rura PE-NP AS PE-GG PN MPa Ø 180mm x 16,4mm x i antystatyczna okólnierzowana obustronnie w ilości 3150 mb

2) PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 19,2mm x 6000mm i antystatyczna okólnierzowana obustronnie w ilości 1270 mb

3) Rura PE-NP AS PE-GG PN MPa Ø 110mm x 10,0mm x 5000mm trudnopalna i antystatyczna okólnierzowana obustronnie w ilości 2400 mb

- 4) Rura PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 1000mm i antystatyczna okólnierzowana obustronnie w ilości 10 szt.
- 5) Rura PE-NP AS PE-GG PN MPa Ø 110mm x 10.0mm x 5000mm trudnopalna i antystatyczna do połączenia typu Victaulic wraz ze złączką Victaulic S/905 w ilości 100 mb
- 6) PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 19,2mm x 2000mm trudnopalna i antystatyczna okólnierzowana obustronnie w ilości 10 szt.
- 7) Rura bosa trudnopalna antystatyczna (bez pancerza) w krążkach a/100mb typu PE-NP. AS SDR11 PE-GG PN MPa Ø 63 mm x 5,81m ilości 3350 mb

3.3 Wykonawca sprzeda i dostarczy Zamawiającemu kształtki montażowe o następujących parametrach, w ilościach maksymalnych:

- 1) Złącze do zgrzewania PE-AS Ø 63mm x 5,8mm elektrooporowe PN 1,6 MPa w ilości 12 szt.
- 2) Złącze PE-AS okólnierzowe Ø 63mm x 5,8mm PN 1,6 MPa w ilości 20 szt.
- 3) Kolano segmentowe PE-NPAS PE-GG 1200 Ø 140mm x 19,2mm 2,5 MPa okólnierzowane w ilości 8 szt.
- 4) Kolano segmentowe PE-NPAS PE-GG 900 Ø 140mm x 19,2mm -2,5 MPa okólnierzowane w ilości 8 szt.
- 5) Trójkąt PE-NPAS PE-GG 900 Ø 110mm x 10,0 mm - 1,0 MPa okólnierzowany 10 szt.
- 6) Tuleja kołnierzowa PE-NPAS PE-GG Dz 180 + docisk stalowy pokryty poliamidem DN 180 — 1,6 MPa w ilości 300 szt.
- 7) Trójkąt PE-NPAS PE-GG Ø 140mm x 19,2mm - 2,5 MPa - wylot 900 okólnierzowany w ilości 14 szt.
- 8) Tuleja kołnierzowa PE-PNAS PE-GG Dz 110 + docisk stalowy pokryty poliamidem DN 110 - MPa w ilości 200 szt.
- 9) Trójkąt PE-NPAS PE-GG Ø 63mm x 5,8mm - MPa - wylot 900 bosa w ilości 40 szt.
- 10) Złącze proste skręcane PE-AS Ø 63mm PN 16 w ilości 30 szt.
- 11) Kolano segmentowe PE-NPAS PE-GG 900 Ø 63mm x 5,8mm - 1,0 MPa bosa w ilości 30 szt.
- 12) Zawór PE AS skręcany fi 63mm 1,0 MPa w ilości 30 szt.
- 13) Tuleja kołnierzowa PE-PN-AS PE-GG 140 x 19,2 PN 25 + docisk pokryty poliamidem 140 PN 25 - 2,5 MPa w ilości 300 szt.

3.4 Przedmiot zamówienia będzie służyć do budowy rurociągów transportujących wodę oraz ciecze niepalne i wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze w szybach i podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego.

3.5 Przedmiot zamówienia, powinien spełniać:

l) wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1 1 18),

2) posiadać dopuszczenie do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu

3.6 Rury powinny być wykonane z tworzywa sztucznego trudnopalnego antystatycznego, nietoksycznego powinny posiadać kołnierze z pierścieniami stalowymi, które oprócz ocynku ogniowego lub galwanizacji powinny posiadać dodatkowe zabezpieczenie antykorozyjne (np. pokrycie warstwą poliamidu).

3.7 Rury powinny posiadać badania odporności na uderzenie zewnętrzne metodą schodkową wykonane zgodnie z normą PN-EN 141 1:1998 lub z zastosowaniem rozwiązań równoważnych przez akredytowane laboratorium. Jako rozwiązanie równoważne Zamawiający dopuści zastosowanie energii uderzenia na poziomie nie mniejszym niż 480J. Przedmiotowe badanie oferent powinien posiadać przynajmniej na jedną z oferowanych średnic rur.

3.8 Rury o których mowa w pkt 3.2 ppkt 7 winny być zwinięte w rulon o średnicy nie większej niż 1800 mm.

3.9 W ramach maksymalnych ilości, Zamawiający zobowiązuje się do zakupu przedmiotu zamówienia o wartości 50% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Zakup pozostałej części przedmiotu zamówienia o wartości 50% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie, zależeć będzie od potrzeb Zamawiającego (prawo opcji).

Szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji zawarte zostały we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ.

W Rozdziale IV SWIZ zatytułowanym „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ZA POMOCĄ ZNAKÓW TOWAROWYCH, PATENTÓW LUB SFORMUŁOWAŃ WSKAZUJĄCYCH NA POCHODZENIE, ŹRÓDŁO LUB SZCZEGÓLNY PROCES, KTÓRY CHARAKTERYZUJE PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA, A TAKŻE PRZEZ ODNIESIENIE DO NORM, EUROPEJSKICH OCEN TECHNICZNYCH, APROBAT, SPECYFIKACJI TECHNICZNYCH I SYSTEMÓW REFERENCJI TECHNICZNYCH” Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

I. W przypadku gdy do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznikach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia został użyty znak towarowy, patent lub sformułowanie wskazujące na pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje przedmiot zamówienia Zamawiający wskazuje, że dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych opisywanym (art. 29 ust. 3 ustawy). Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne

opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

2. W przypadku gdy opisu przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznikach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonano przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy, Zamawiający wskazuje, że dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (art. 30 ust. 4 i 5 ustawy).

W Rozdziale V SIWZ zatytułowanym „TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA” Zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczania przedmiotu umowy w okresie do 12 miesięcy, licząc od daty zawarcia umowy.

2. Umowa zostaje zawarta z dniem jej podpisania przez obie Strony.

Następnie Zamawiający w treści SIWZ w następujący sposób określił jeden z warunków udziału w postępowaniu, który został objęty zarzutem odwołania:

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

3) zdolności technicznej lub zawodowej udokumentowanie należytego wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — tym okresie co najmniej jednej dostawy rur polietylenowych trudnopalnych, antystatycznych okólnierzowanych posiadających dodatkowo (oprócz galwanizacji lub ocynku ogniowego) zabezpieczenie antykorozyjne pierścieni stalowych, np. poliamid, spełniających wymagania do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego w pomieszczeniach ze stopniem a,b,c niebezpieczeństwa wybuchu metanu o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawa została wykonana lub jest wykonywana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty "stawione przez podmiot, na rzecz których dostawa była lub jest wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy.

Ocena spełnienia przez Wykonawców ww. warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana na podstawie złożonych dokumentów określonych w części VIII niniejszej specyfikacji.

W załączniku nr 6 do SIWZ „WZÓR UMOWY” zostało w § 2 zatytułowanym „Przedmiot umowy. Prawo opcji” wskazane, że:

1. Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż wraz z dostarczeniem:

- 1) rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) okołnierzowanych z dociskami stalowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie,
- 2) rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza), do połączenia typu Victaulic, wraz z łącznikiem składającym się z dwóch obejm
- 3) rur polietylenowych ze stałą monolityczną warstwą antystatyczną (bez pancerza) bosych w krążkach a/100mb zwanych dalej „rurami”, 4) kształtek montażowych, w postaci:
 - a) trójników i kolan polietylenowych, ze stałą monolityczną warstwą trudnopalną i antystatyczną (bez pancerza) okołnierzowanych z dociskami stalowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie,
 - b) zaworów i złącz,
 - c) tulei kołnierzowych PE-NPAS (do zgrzewania) wraz z dociskami stalowymi pokrytymi tworzywem, zwanych dalej „kształtkami montażowymi”.

2. Wykonawca sprzeda i dostarczy Zamawiającemu rury o następujących parametrach, w ilościach maksymalnych:

- 1) Rura PE-NP AS PE-GG PN 1,6 MPa 180mm x 16,4mm x 6000mm trudnopalna i antystatyczna okołnierzowana obustronnie w ilości 3150 mb
- 2) Rura PE-NP AS PE-GG PN MPa Ø 140mm x 19,2mm x trudnopalna i antystatyczna okołnierzowana obustronnie w ilości 1270 mb
- 3) Rura PE-NP AS PE-GG PN 1,6 MPa Ø 110mm x 10,0mm x 5000mm trudnopalna i antystatyczna okołnierzowana obustronnie w ilości 2400 mb
- 4) Rura PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 19,2mm x 1000mm trudnopalna i antystatyczna okołnierzowana obustronnie w ilości 10 szt.
- 5) Rura PE-NP AS PE-GG PN MPa Ø 110mm x 10,0mm x 5000mm trudnopalna i antystatyczna do połączenia typu Victaulic wraz ze złączką Victaulic S/905 w ilości 100 mb
- 6) Rura PE-NP AS PE-GG PN 2,5 MPa Ø 140mm x 19,2mm x 2000mm trudnopalna i antystatyczna okołnierzowana obustronnie w ilości 10 szt.
- 7) Rura bosa trudnopalna antystatyczna (bez pancerza) w krążkach a/100mb typu PE- NP. AS SDR11 PE-GG PN 1,6 MPa Ø 63 mm x 5,8mm w ilości 3350 mb

3. Wykonawca sprzeda i dostarczy Zamawiającemu kształtki montażowe o następujących parametrach, w ilościach maksymalnych:

- 1) Złącze do zgrzewania PE-AS Ø 63mmx5,8mm elektrooporowe PN 1,6 MPa w ilości 12 szt.
- 2) Złącze PE-AS okołnierzone Ø 63mmx5,8mm PN 1,6 MPa w ilości 20 szt.
- 3) Kolano segmentowe PE-NPAS PE-GG 1200 Ø 140mm x 19,2mm 2,5 MPa okołnierzowane w ilości 8 szt.
- 4) Kolano segmentowe PE-NPAS PE-GG 900 Ø 140mm x 19,2mm -2,5 MPa okołnierzowane w ilości 8 szt.
- 5) Trójkąt PE-NPAS PE-GG 900 Ø 110mm x 10,0mm -1,0 MPa okołnierzowany 10 szt.
- 6) Tuleja kołnierzowa PE-NPAS PE-GG Dz 180 + docisk stalowy pokryty poliamidem DN 180 — 1,6 MPa w ilości 300 szt.
- 7) Trójkąt PE-NPAS PE-GG Ø 140mm x 19,2mm - 2,5 MPa — wylot 900 okołnierzowany w ilości 14 szt.
- 8) Tuleja kołnierzowa PE-PNAS PE-GG Dz 110 + docisk stalowy pokryty poliamidem DN 110 — MPa w ilości 200 szt.
- 9) Trójkąt PE-NPAS PE-GG Ø 63mm x 5,8mm - MPa - 900 bosa w ilości 40 szt.
- 10) Złącze proste skręcane PE-AS Ø 63mm PN16 w ilości 30 szt.
- 11) Kolano segmentowe PE-NPAS PE-GG 900 Ø 63mm x 5,8mm - 1,0 MPa bosa w ilości 30 szt.
- 12) Zawór PE AS skręcany fi 63mm 1,0 MPa w ilości 30 szt.
- 13) Tuleja kołnierzowa PE-PN-AS PE-GG 140 x 19,2 PN 25 + docisk pokryty poliamidem 140 PN 25 - 2,5 MPa w ilości 300 szt.

4. Przedmiot zamówienia o którym mowa w ust. 1 będzie służyć do budowy rurociągów transportujących wodę oraz ciecz niepalne i wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze w szybach i podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego.

5. Przedmiot zamówienia, o którym mowa powinien spełniać:

- 1) wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118),
- 2) posiadać dopuszczenie do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu.

6. W ramach maksymalnych ilości, Zamawiający zobowiązuje się do zakupu przedmiotu zamówienia o wartości 50% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Zakup pozostałej części przedmiotu zamówienia o wartości 50% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie, zależeć będzie od potrzeb Zamawiającego (prawo opcji).

7. Rury powinny być wykonane z tworzywa sztucznego trudnopalnego antystatycznego, nietoksycznego powinny posiadać kołnierze z pierścieniami stalowymi, które oprócz ocynku ogniowego lub galwanizacji powinny posiadać dodatkowe zabezpieczenie antykorozyjne (np. pokrycie warstwa poliamidu).

8. Rury powinny posiadać badania odporności na uderzenie zewnętrzne metodą schodkową wykonane zgodnie z normą PN-EN 1411:1998 lub z zastosowaniem rozwiązań równoważnych przez akredytowane laboratorium. Jako rozwiązanie równoważne Zamawiający dopuści zastosowanie energii uderzenia na poziomie nie mniejszym niż 480J.

9. Przedmiotowe badanie oferent powinien posiadać przynajmniej na jedną z oferowanych średnic rur.

10. Rury, o których mowa w ust 2 pkt. 7 powinny być zwinięte w rulon o maksymalnej średnicy 1800mm.

W § 3 wzoru umowy zatytułowanym „Sposób przeprowadzenia dostawy” w ust. 1 zostało wskazane, że: „Przedmiot umowy będzie dostarczany przez Wykonawcę na zlecenia Zamawiającego, sukcesywnie, partiami (maksymalnie 20 partii), w ciągu okresu trwania umowy.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 03.07.2019 r.) Zamawiający dokonał częściowego uwzględnienia zarzutów i idącej za nim częściowej modyfikacji postanowień SIWZ.

Odnosząc się do pierwotnej treści SIWZ wskazać należy, że Zamawiający ograniczył w prowadzonym postępowaniu konkurencję na kilku ważkich poziomach. Po pierwsze w sposób bardzo szczegółowych, a wręcz kazuistyczny, dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu, jednocześnie dokonując opisu parametrów odnoszących się do rur posłużył się symboliką i nazwami modeli oferowanych przez konkretny podmiot (ELPLAST+) i dodatkowo wskazał jako jeden z elementów armatury (w tym wypadku złączki) konkretny model tego produkt (złączka

Victaulic S/905) łącząc go w jedną całość z całym zamówieniem obejmującym rury, kształtki oraz złączki do rur.

Dokonując modyfikacji treści SIWZ, która była wynikiem wniesionego odwołania i poskutkowała częściowym uwzględnieniem zarzutów, *de facto* Zamawiający nie otworzył postępowania na konkurencję, gdyż takie działanie w zaistniałym stanie faktycznym musiałoby obejmować wiele aspektów dokonanego opisu przedmiotu zamówienia oraz treści warunku (zarówno treści warunku, opisu przedmiotu zamówienia oraz treści wzoru umowy).

Niewątpliwie przedmiotem dostawy jest produkt specjalistyczny, który jest oferowany na rynku przez ograniczony krąg wykonawców. Już tylko ta okoliczność powinna u Zamawiającego wymusić refleksję powodującą konieczność oceny rynku właściwego z punktu widzenia konieczności ochrony zasad ukonstytuowanych w treści art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazał Odwołujący, Zamawiający nie dokonał takiej analizy, kierując się błędnym przeświadczeniem, że jego indywidualne potrzeby oraz ocena istniejącego stanu są w pełni miarodajne i usprawiedliwione. Nie budzi bowiem żadnej wątpliwości, że ze względu na brak dowodów przeciwnych, od kilku lat jedynym dostawcą zamawianych rur, kształtek i złączek jest jeden i ten sam podmiot – na dowód czego Odwołujący złożył dowody w postaci ogłoszeń o udzieleniu zamówienia.

Izba w tym miejscu zwraca uwagę Zamawiającego na fakt, iż konkretne typy rur, kształtek i złączek zostały wskazane także we wzorze umowy i winny być one z niego usunięte.

1. W pierwszej kolejności Izba rozpoznaniu poddała zarzuty **art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp** związane ze sformułowaniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – uznając ten zarzut za zasługujący na uwzględnienie.

W ramach tych zarzutów Odwołujący wskazał, że są one sformułowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji.

Wskazane przez Odwołującego wzorce kontroli w postaci art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp nakazują podmiotowi zamawiającemu sformułowanie warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp) oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy

lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 ustawy Pzp).

Izba w niniejszym składzie, uznaje za własną argumentację wyrażoną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach połączonych KIO 1126/13 – 1133/13, w którym zostało wskazane, że: „(...)„*Proporcjonalność do przedmiotu zamówienia*”, o której mowa w art. 22 ust. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, może być rozpatrywana w dwóch aspektach – proporcjonalności w sensie słownikowym i matematycznym, czyli określonego stosunku części do całości lub stosunku do jakiejś wielkości, jak też proporcjonalności w znaczeniu adekwatności (zasady proporcjonalności). W drugim jednak znaczeniu proporcjonalności należałoby wskazać za Trybunałem Konstytucyjnym na trzy kwestie: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza (tu: warunek udziału w postępowaniu) jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, 2) czy regulacja ta (warunek) jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (względnie interesu zamawiającego), 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (wykonawcę)? Zdaniem Trybunału z zasady proporcjonalności wyływa bowiem, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a wynikającymi z niej ciężarami czy niedogodnościami. Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególnie nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, iż jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi. (por. np. orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94, z 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95). Innymi słowy, jest to pytanie, czy zachowana została proporcja pomiędzy celami (efektami) regulacji a ciężarami, jakie jej wprowadzenie nałoży na obywateli – podmioty wolności działalności gospodarczej (tamże).

Oczywiście Trybunał Konstytucyjny odnosił się do zasady proporcjonalności wyrażonej w Konstytucji, lecz rozważania te – dotyczące celu i potrzeby takiego ukształtowania warunków – przystają również do niniejszej sprawy. Na wszystkie postawione powyżej pytania należy odpowiedzieć negatywnie”.

Oznacza to, że warunek ma służyć ocenie zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś spełnieniu przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Przedmiotem dostawy, w ramach postawionego warunku, nie musi zaś być przedmiot dostawy w identycznej konfiguracji, jak również dostawa wykazana w ramach warunków nie musi być zrealizowana na rzecz tożsamego z Zamawiającym podmiotu. Jest

bowiem bez znaczenia, czy dostawa tożsamyh przedmiotowo rur, kształtek, czy też złączek jest realizowana na rzecz kopalni soli, węgla, miedzi, czy też inne zakładu wydobywczego.

Celem warunku jest ocena minimalnych zdolności wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia przy założeniu, że jeżeli wykonawca zrealizował z sukcesem zbliżone dostawy, jest również w stanie dokonać realizacji zbliżonego zamówienia, o ile cechuje się ono podobnymi właściwościami, zaś oferowany przedmiot dostawy jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Realizacji tego celu służyć ma sformułowana w treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zasada proporcjonalności, którą należy odczytywać w ten sposób, że podmiot zamawiający nie powinien przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu stosować wymagań nadmiernych do przewidzianego do osiągnięcia celu jakim jest wyłonienie wykonawcy potencjalnie zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zwrócić należy również uwagę na wskazaną przez Odwołującego okoliczność, że Zamawiający w § 3 ust. 1 wzoru umowy określił konieczność dostarczenia przedmiotu dostawy sukcesywnie partiami (maksymalnie 20 partii) w ciągu okresu trwania umowy. Tym samym nie mamy do czynienia z jednorazową dostawą znacznej partii asortymentu, co powoduje, że tego rodzaju wymaganiom może sprostać wiele małych i średnich podmiotów.

Zgodzić się należy także ze stanowiskiem Odwołującego, zaprezentowanym na rozprawie, że Zamawiający mylnie odczytał znaczenie warunku w ramach prowadzonego postępowania. Otóż przedmiotem dostawy jest w niniejszym wypadku zestaw trzech produktów (rur, kształtek oraz złączek) w określonym czasie i ze wskazaniem określonego miejsca. Bez znaczenia jest zatem, czy potencjalny wykonawca jest producentem tych produktów, ich dystrybutorem, czy też posiada jedynie możliwość nabycia tego asortymentu i dostarczenia go we wskazane przez Zamawiającego miejsce w określonym czasie. Zatem przedmiotem warunku winna być zdolność wykonawcy do sprostania elementom dostawy pod względem logistycznym z zachowaniem specyfiki miejsca dostawy i charakteru samego podmiotu zamawiającego.

Stąd też Izba przychyliła się do żądania Odwołującego nakazując Zamawiającemu usunięciem z opisu warunku szczegółowych odniesień, zarówno do przedmiotu dostawy, jak również do właściwości miejsca docelowego wykorzystania dostarczanych produktów. W ocenie Izby za wystarczające należy uznać pozostawienie ogólnego opisu przedmiotu dostawy, rozszerzenia miejsca jego przeznaczenia w sposób referujący do zbliżonych do eksploatowanego przez Zamawiającego miejsca zakładów górniczych z zachowaniem wskazanej pierwotnie w warunku wartości, który to element nie był zasadniczo kwestionowany przez Odwołującego.

Za uwzględnieniem omawianego zarzutu przemawiała również okoliczność, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu określił szereg elementów ograniczających konkurencję, od treści warunku poczynając, na opisie przedmiotu zamówienia kończąc.

2. W zakresie zarzutu z **art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp**, w ramach którego Odwołujący wskazał w odwołaniu, że doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jaki umożliwia złożenie oferty *de facto* tylko jednemu podmiotowi i skorelowanego z nim żądania wykreślenia z treści wymagania określonego w Ogłoszeniu pkt II.2.4) ppkt 5 oraz SIWZ pkt 3.2. ppkt 5) zapisu o treści „wraz ze złączką Victaulic S/905” Izba uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, w ramach ogólnych rozważań związanych z kształtowaniem opisu przedmiotu zamówienia, Izba wskazuje, iż istotna w tym aspekcie jest treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym zakresie, co jest zgodne ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym na rozprawie, nie jest konieczne wykazanie, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, lecz konieczne jest wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w sposób bezsprzeczny zaoferowanie większej liczby produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych.

Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 229/12 – 247/12 „(...) w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: *„przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp **wymaga tylko uprawdopodobnienia**, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu”*. (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji **ciężar dowodu** w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis

przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11)”.

W tym samym orzeczeniu (wyrok w sprawach połączonych o sygn. KIO 229/12 – 247/12) zostało wskazane, że: „Ponadto, Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwie KIO wyrok z dnia 16.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1400/08, wyrok z dnia 12.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 984/09 oraz wyrok–KIO z dnia 6.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/09 zgodnie z którym, *„oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności bowiem nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Zaś rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.*

Dodatkowo, należy wskazać, że za orzecznictwem, iż w wobec jednoznacznego odrzucenia, jak zostało to wskazane, możliwości żądania, aby oferowany produkt równoważny posiadał wszystkie parametry urządzenia proponowanego, w sytuacji braku jednoznacznych wskazania w SIWZ jakie z parametrów są najistotniejsze dla Zamawiającego, koniecznym jest odwołanie się do przewidywanego przeznaczenia niniejszych urządzeń w ramach przedmiotowego zamówienia i roli jaką będą pełnić u Zamawiającego”. (podobnie wyrok KIO z 19.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 189/09).

Tym samym samo użycie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wskazanej w nazwy złączki zwrotu „lub równoważne” nie jest wystarczające dla zachowania obiektywności i przejrzystości opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem dokonać oceny, które z opisanych przez niego parametrów są dla niego istotne i w jakim zakresie odstępstwo od nich będzie dopuszczalne – a zatem nadal uważane za spełniające jego wymagania. Zamawiający zaś w toku postępowania odwoławczego bezrefleksyjnie odsyłał do aktów prawnych w postaci art. 2 ustawy z dnia 10 czerwca Prawo geologiczne i górnicze oraz § 28 ust. 2 i § 271 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych.

Art. 2 ww. ustawy określa jej zakres przedmiotowy wskazując do jakiego typu zakładów przemysłowych (w tym wypadku kopalni i wyrobisk) odnoszą się regulacje tego aktu prawnego.

Zgodnie z § 28 ust. 2 *Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych* W wyrobiskach górniczych stosuje się materiały, substancje chemiczne i ich mieszaniny oraz wyroby z tworzyw sztucznych spełniające wymagania:

- 1) trudnopalności;
- 2) antyelektrostatyczności;
- 3) nietoksyczności.

Zgodnie z § 271 ww. *Rozporządzenia Wyrobiska w polach metanowych zalicza się do:*

- 1) niezagrażonych wybuchem metanu, ze stopniem „a” niebezpieczeństwa wybuchu metanu, w przypadku gdy nagromadzenie metanu w powietrzu większe niż 0,5% jest wykluczone;
- 2) zagrożonych wybuchem metanu, ze stopniem „b” niebezpieczeństwa wybuchu metanu, jeżeli w normalnych warunkach przewietrzania nagromadzenie metanu w powietrzu większe niż 1,0% jest wykluczone;
- 3) zagrożonych wybuchem metanu, ze stopniem „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu, jeżeli nawet w normalnych warunkach przewietrzania nagromadzenie metanu w powietrzu może przekroczyć 1,0% .

Jak wynika z treści odwołania Odwołujący nie kwestionuje konieczności zastosowania w wyrobiskach eksploatowanych przez Zamawiającego konieczności zastosowania rur o właściwościach trudnopalnych, antyelektrostatycznych i nietoksycznych. Zarzuty odnoszą się bowiem do sytuacji uprzywilejowania konkretnego podmiotu oraz oferowanych przez niego wyrobów. Stąd też nieuzasadnione są obawy Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie z dnia 03.07.2019 r., że „(...) w odczuciu Zamawiającego spowoduje możliwość dostarczenia rur stosowanych na powierzchni.” Choć powyższy argument odnosił się do uwzględnionego zarzutu związanego z warunkiem udziału w postępowaniu, wskazuje on na niezrozumienie po stronie Zamawiającego znaczenia warunków, opisu przedmiotu zamówienia i cech jakimi powinny charakteryzować się te opisy w kontekście norm z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż aby doszło do złamania określonego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazu sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych, tj. w określonej sytuacji rynkowej, dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku mamy do czynienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Przez wspomnianą wyżej sytuację rynkową należy uznać możliwość i konieczność identyfikacji przez podmiot zamawiający tzw. rynku właściwego. Jego cechy oraz znaczenie

w kontekście przepisów związanych z zasadami zachowania uczciwej konkurencji najlepiej oddają wytyczne Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jak wynika z opracowania pt. „Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji” (UOKiK Bonn/Warszawa 2007 ISBN 978-83-60632-05-5) *„Wyznaczenie rynku ma każdorazowo wymiar przedmiotowy i geograficzny. Wedle stosowanej przez Komisję Europejską definicji, rynek właściwy produktowo obejmuje wszelkie wyroby i/lub usługi, które w ocenie konsumentów są zamiennie lub substytucyjne z punktu widzenia ich właściwości, cen oraz zastosowania. Rynek właściwy geograficznie obejmuje obszar, na którym zaangażowane przedsiębiorstwa oferują właściwe produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednolite i który od obszarów sąsiadujących odróżnia się odczuwalnie odmiennymi warunkami konkurencji. Produktowy rynek właściwy zostaje wyznaczony wtedy, gdy wzrost cen staje się dla monopolisty opłacalny; w takim wypadku żaden produkt alternatywny nie stanowi substytutu dla wystarczająco dużej liczby konsumentów. Punktem wyjścia jest tym samym wyznaczenie rynku właściwego w sposób maksymalnie zawężony.”* W kolejnym opracowaniu zatytułowanym „Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski” (autor Małgorzata Krasnodębska – Tomkiel UOKiK Warszawa 2006 ISBN 83-60632-03-0, 978-83-60632-03-1) zostało wskazane, że: *„Potrzeba określenia rynku relewantnego. Pojęcie zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji jest kategorią ekonomiczną i zawsze musi być rozpatrywane w odniesieniu do konkretnego rynku. W pierwszej kolejności należy zatem ustalić, jaki jest rynek relewantny (właściwy) w danej sprawie; dopiero później można badać, czy w związku z danym porozumieniem nastąpiło ograniczenie konkurencji na tym rynku. Na określenie rynku relewantnego składają się zwykle dwa, a niekiedy trzy czynniki – produkt, terytorium oraz umiejscowienie w czasie danej praktyki. Rynek relewantny produktowo zwykle obejmuje wszelkie produkty lub usługi, które ze względu na ich cechy, cenę i przeznaczenie uważane są przez konsumentów za substytucyjne. Rynek relewantny geograficznie zwykle obejmuje terytorium, gdzie zaangażowani przedsiębiorcy dokonują obrotu produktami lub usługami oraz gdzie warunki konkurencji są dostatecznie jednorodne i różne od warunków istniejących na terytoriach sąsiednich.”*

Jak słusznie wskazywał Odwołujący i co wynika z zaniechań dowodowych Zamawiającego, ten ostatni nie dokonał analizy w tym zakresie, w tym nie poddał ocenie tej kwestii w kontekście postanowień SIWZ w zakresie sformułowanych warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanego opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący złożonymi dowodami, w postaci karty katalogowej złączki Victaulic do rur HDPE oraz kart katalogowych polietylenowych rur i kształtek opancerzonych wykazał, że wskazane w SIWZ opisy wskazują na produkty oferowane przez ELPLAST+.

Poddając analizie zarzuty i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu w odniesieniu do naruszenia przepisów związanych z opisem przedmiotu zamówienia dostrzec należało, iż

zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, brak było podstaw do uznania, iż uzasadnione potrzeby Zamawiającego uprawniały go do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto Zamawiający, na co słusznie wskazywał Odwołujący, nie przedstawił żadnych dowodów, że istnieją inni wykonawcy mogący zaoferować wskazany w SIWZ asortyment, jak również, że istnieją produkty równoważne do wskazanych z nazw własnych, które mogą spełnić oczekiwania Zamawiającego. Tym samym nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, co w ocenie Izby zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, spowodowało, iż doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższy zarzut, jak również treść normy z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, oraz wskazaną wyżej argumentację odnoszącą się do istoty naruszenia uczciwej konkurencji związanej z opisem przedmiotu zamówienia (obejmującej także preferowany funkcjonalny sposób konstruowania tego opisu), brak wykazania przez Zamawiającego, że tylko ten rodzaj produktu jest w stanie spełnić uzasadnione wymagania związane z przedmiotem zamówienia, jak również przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci karty katalogowej Elplast + złączki Victaulic do rur HDPE oraz karty katalogowej D4pro Spółka z o.o. Spółka komandytowa Izba uznała, że doprowadzenie opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu będzie możliwe tylko i wyłącznie przez usunięcie nazwy własnej rur oraz złączki Victaulic i zastąpienie jej obiektywnym i respektującym zasady uczciwej konkurencji opisem funkcjonalnym. Powyższe wynika przede wszystkim z faktu, iż takie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest możliwe tylko i wyłącznie wówczas, gdy dokonanie takiego opisu w inny sposób jest z obiektywnych przyczyn niemożliwe (vide art. 29 ust. 3 ustawy Pzp).

Zamawiający takiej okoliczności nie wykazał zachowując w tym zakresie bierność procesową. Nadto Zamawiający nie wykazał, że jedynie zakup produktu wskazanego z nazwy jest w stanie sprostać jego uzasadnionym potrzebom i wymaganiom. Jak wyżej wskazano dowód na okoliczność przeciwną w postaci karty katalogowej produktów D4pro Spółka z o.o. Spółka komandytowa (elektroprzewodzące złączki instalacyjne bezkołnierzowe do instalacji kopalnianych) przedstawił zaś Odwołujący, co stanowiło uprawdopodobnienie, że na rynku istnieją produkty, które przy funkcjonalnym opisie przedmiotu zamówienia, mogą spełniać uzasadnione wymagania Zamawiającego. Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku wskazanych przez Zamawiającego typów rur, referujących do określonego produktu ELPLAST+ (vide: złożona przez Odwołującego jako dowód karta katalogowa polietylenowych rur i kształtek

opancerzonych), które poskutkowały nakazaniem Zamawiającemu usunięcia tych nazw własnych z całej dokumentacji postępowania, w tym z projektu umowy.

Stąd też Izba nie uwzględniła zarzutu z art. 36aa ustawy Pzp, uwzględniając dalej idący zarzut z art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazując Zamawiającemu w ramach uwzględnionego zarzutu usunięcie nazw własnych i zastąpienie ich opisem funkcjonalnym.

Na powyższe wpływ miała również wykazana przez Odwołującego okoliczność, że jedynym dystrybutorem złączek Victaulic jest Elplast+, który to podmiot, zgodnie ze złożonymi przez Odwołującego dowodami w postaci ogłoszeń o udzieleniu zamówienia z lat 2009 i 2011 w kolejnych postępowaniach na ten sam przedmiot zamówienia uzyskuje u Zamawiającego zamówienia.

3. W zakresie zarzutu z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp zgodzić się należy z poglądami orzecznictwa, że co do zasady przepis art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp nie formułuje bezwzględnego nakazu umożliwiającego składanie ofert częściowych. Jednakże przepis ten nie może funkcjonować w oderwaniu od innych norm prawnych ujętych w ustawie Pzp, w szczególności norm konstytuujących zasady systemu zamówień publicznych. W przeciwnym wypadku brak byłoby możliwości objęcia tymi zasadami wszystkich aspektów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznaczałoby, że ustawa Pzp posiada luki umożliwiające przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wówczas połączenie w jeden przedmiot zamówienia w ramach jednej oferty produktów opisanych z zachowaniem powyższych zasad i produktów opisanych niezgodnie z tymi zasadami umożliwiłoby przeprowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji, lecz bez kolizji z regulacją art. 36aa ustawy Pzp. Takie stanowisko nie daje się jednak pogodzić z ideą funkcjonowania Państwa prawa wyrażoną w aktach prawnych wyższego rzędu.

W konkretnych sytuacjach powyższe może oznaczać, że uprawnienie podmiotu zamawiającego przeistacza się w jego obowiązek, jeżeli konkretne i specyficzne realia rynkowe przemawiają za tym, że jedynym sposobem otwarcia zamówienia na konkurencję jest umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych. W omawianym przypadku, opierając się na tezach i dowodach przedstawionych przez Odwołującego, przy braku jakichkolwiek dowodów przeciwnych, mamy do czynienia z najbardziej skrajnym przypadkiem ograniczenia konkurencji, tj. sprowadzenia tego ograniczenia *de facto* do jednego produktu oferowanego przez jeden podmiot – wykonawcę posiadającego w swoim asortymencie dokładnie odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia produkty z jednoczesnym takim określeniem warunku udziału w postępowaniu, że tylko ten podmiot, jako dotychczasowy dostawca, spełnia go w pełnym zakresie.

Jednakże w niniejszym wypadku Izba, nie będąc związaną żądaniami sformułowanymi w treści odwołania, uwzględniając zarzut z art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazała zamawiającemu usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy nazwy własnej złączki (Victaulic S/905) oraz nazw własnych rur uczyniła zadość jednemu z żądań sformułowanych w treści odwołania, co doprowadziło do skonsumowania dalej idącego zarzutu od zarzutu z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp, w ramach którego Odwołujący na rozprawie podniósł żądanie obejmujące możliwość udzielenia zamówienia w częściach.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Mając na uwadze okoliczność, że czynność uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów zawartych w odwołaniu i dokonana w wyniku tego uwzględnienia modyfikacji treści SIWZ miała charakter pozorny, Izba w całości obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

