

WYROK

z dnia 18 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz POLSKIE RURY
PREIZOLOWANE Sp. z o.o.**

ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A.

ul. Stefana Batorego 2, 02-591 Warszawa

protestu z dnia 6 października 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Zakład Produkcyjno Usługowy
Międzyrzecz POLSKIE RURY PREIZOLOWANE Sp. z o.o.,
ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz POLSKIE RURY PREIZOLOWANE Sp. z o.o., ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz,
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Zakładu Produkcyjno Usługowego Międzyrzecz POLSKIE RURY PREIZOLOWANE Sp. z o.o., ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz.

U z a s a d n i e

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej na *dostawę fabrycznie nowych materiałów preizolowanych w wersji cienko i grubościennej, w tym również w płaszczu osłonowym "spiro" w zakresie średnic Dn 32-700*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 24 września 2008 r. pod numerem 2008/S 185-245560. Tego samego dnia specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę ok. 18 mln złotych.

6 października 2008 r. Odwołujący wniósł protest na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która, jego zdaniem, narusza przepisy:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wprowadzenie w pkt. 2.3.1. Specyfikacji Technicznej dla Rur Preizolowanych HDPE (tj. załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) obowiązku wykonywania badań w Laboratorium Badawczym OBRC SPEC S.A. w czasie realizacji umowy i trwania dostaw,

2. art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wprowadzenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączonych do niej projektów umów zapisów dających prawo Zamawiającemu na każdym etapie realizacji umowy do kontroli polegającej na badaniu wyrobów preizolowanych we własnym Laboratorium Badawczym OBRC SPEC S.A., przy jednoczesnym wprowadzeniu zapisów do projektów umów dających prawo Zamawiającemu obciążenia wykonawcy kosztami badań na podstawie wyników otrzymanych we własnym laboratorium oraz dających prawo nieprzyjęcia partii materiałów i w konsekwencji naliczenie kar umownych, a dalej prawo do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a w przypadku trzykrotnego wykazania niezgodności w odniesieniu do tego samego producenta daje mu prawo do wykluczenia z następnego przetargu, co narusza art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez określenie w pkt. 5. Specyfikacji Technicznej wymogu dostarczenia w ramach przedmiotu zamówienia złącz dla rurociągów o średnicach od DN32 do DN 300 z nasuwką usieciowaną tylko radiacyjnie,
4. art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wprowadzenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu zastosowania do produkcji wyrobów preizolowanych przewodowych rur stalowych posiadających badania jakościowe wydane wyłącznie przez Ośrodek Badania Jakości Wyrobów ZETOM Warszawa.

Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy, aby były one zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności wprowadzenie zamiast Laboratorium Badawczego OBRC SPEC S.A. innego, niezależnego, dopuszczenie możliwości zaoferowania innych równoważnych złącz z nasuwką usieciowaną o parametrach nie gorszych niż nasuwki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dopuszczenie możliwości zaoferowania wyrobów preizolowanych z przewodową rurą stalową posiadającą badanie jakościowe ZETOM, wydane przez inny ośrodek badań

jakości wyrobów niż wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na etapie przygotowania ofert przetargowych oraz na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazane przez Zamawiającego Laboratorium Badawcze OBRC SPEC S.A. jako jednostka rozstrzygająca spór, jaki może powstać na etapie realizacji umowy nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pozyskane w ten sposób wyniki z badań od jednostki zależnej od Zamawiającego, w szczególności, gdy niektóre z tych badań będą przeprowadzone na podstawie własnej metodyki prowadzenia badań, mogą być wynikami nieobiektywnymi. W związku z powyższym wykonawca może ponieść na etapie realizacji znacznie większe koszty, które to musi przewidzieć w cenie oferty przetargowej. Tak sporządzona oferta może być ofertą niekonkurencyjną w stosunku do ofert innych wykonawców preferowanych przez Zamawiającego. Ponadto tak skonstruowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia może mieć wpływ na inne postępowania publiczne organizowane przez innych zamawiających. Wydane przez Laboratorium Badawcze OBRC SPEC S.A. niekorzystne opinie dotyczące oferowanych przez wykonawcę wyrobów preizolowanych i niepotwierdzone przez inne, niezależne od stron umowy, laboratorium badawcze, mogą trafić do informacji publicznej, co może mieć wpływ na pozyskiwanie innych zamówień publicznych.

Zamawiający wymagając w pkt. 5 Specyfikacji Technicznej dostarczenia złącza dla rurociągów o średnicach od DN32 do DN300 z nasuwką usieciowaną wyłącznie radiacyjnie naruszył art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający opisując przedmiot zamówienia jest zobowiązany dopuścić rozwiązania równoważne w stosunku do określonego przedmiotu zamówienia. Odwołujący posiada w swojej ofercie handlowej złącza z nasuwką sieciowaną w inny sposób, tj. przez sieciowanie silanami dające

wyższy stopień sieciowania niż stopień, jaki można uzyskać metodą sieciowania radiacyjnego. Zgodnie z Normą PN-EN ISO 15875-2 (tabela 8) przez sieciowanie wiązką elektronów (radiacyjnie) można uzyskać sieciowanie o wartości $\geq 60\%$, natomiast przez sieciowanie silanami można uzyskać sieciowanie o wartości $\geq 65\%$. W związku z powyższym złącza, jakie może zaoferować Odwołujący, są równoważne do złącz określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą spełniać minimalne wymagania stawiane przez Zamawiającego. Konieczność zaoferowania wyrobów nie własnej produkcji, jakie może zaoferować Odwołujący, nie daje możliwości przedstawienia oferty konkurencyjnej, a zatem zasada uczciwej konkurencji nie została zachowana.

Interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ specyfikacja istotnych warunków zamówienia narusza podstawowe zasady ustawy Prawo zamówień publicznych i nie gwarantuje Odwołującemu uczestniczenia w przetargu publicznym zapewniającym równe traktowanie i uczciwą konkurencję.

16 października 2008 r. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutów dotyczących zapisów w Specyfikacjach Technicznych – pkt 2.4. zał. nr 6 i pkt 4. zał. nr 7 o treści: *trzykrotne wykazanie niezgodności w odniesieniu do tego samego Producenta spowoduje wykluczenie z następnego przetargu*, w pkt. 2.5. i 2.5.1. zał. nr 6 oraz w pkt. 5. i 5.1. zał. nr 7 o treści: *Wraz z każdą dostawą dostawca musi dostarczyć następujące dokumenty: Świadectwo odbioru 3.1 wg PN-EN 10204:2006 oraz poświadczenie badania jakościowego stalowych rur przewodowych wydane przez Ośrodek Badania Jakości Wyrobów ZETOM w Warszawie*. W pozostałym zakresie protest oddalił.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wprowadzenia w pkt. 2.3.1. Specyfikacji Technicznej dla Rur Preizolowanych HDPE (zał. nr 6) zapisu: *Wykonawca umowy na dostawę wyrobów preizolowanych ON 32 + 250 ma obowiązek w czasie realizacji umowy i trwania dostaw zlecać na swój koszt, nie rzadziej niż raz na 2 miesiące, badania swoich wyrobów do Laboratorium Badawczego OBRC SPEC S.A. oraz umieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projekcie umowy ramowej (wraz z umową dostawy)*

zapisów dających Zamawiającemu prawo do kontroli (na każdym etapie realizacji umowy), polegającej na badaniu wyrobów preizolowanych we własnym Laboratorium Badawczym OBRC SPEC S.A., wraz z uprawnieniami do obciążania wykonawcy kosztami badań na podstawie wyników otrzymanych we własnym laboratorium, Zamawiający stwierdził, iż na trwałość i bezawaryjną pracę rurociągu ciepłowniczego układanego bezpośrednio w gruncie wpływają m.in. jakość zastosowanych elementów preizolowanych oraz jakość i wykonanie złączy preizolowanych. W związku z tym istnieje potrzeba okresowego sprawdzania materiałów. Z uwagi na fakt, iż w strukturze Zamawiającego działa niezależne laboratorium badawcze akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji – jest to jednostka badawcza bezstronna, obiektywna i kompetentna, dostarczająca wiarygodnych informacji o badanym produkcie i uprawniona do badania materiałów preizolowanych niezasadnym byłoby zlecenie wykonania badań innym podmiotom. Taki wymóg nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji, ponieważ nie utrudnia żadnemu wykonawcy udziału w postępowaniu oraz realizacji zamówienia i nie stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania potencjalnych wykonawców. W przypadku wątpliwości co do obiektywizmu przeprowadzonych badań wykonawca może przekazać próbki wyrobów do innego laboratorium. W przypadku dopuszczenia realizacji badań przez inne niż wskazane przez Zamawiającego laboratorium badawcze, koszty badań oraz koszty związane z badaniami (np. koszty transportu materiałów preizolowanych do laboratorium) obciążłyby wykonawcę. Efektem byłby wyższy koszt realizacji przedmiotu zamówienia i w związku z tym również większe nakłady finansowe poniesione przez Zamawiającego (wykonawca musiałby uwzględnić koszty badań w cenie oferty), co byłoby sprzeczne z interesem ekonomicznym Zamawiającego. Rozwiązanie to jest korzystne również dla wykonawcy, ponieważ pozwala mu uniknąć kosztów koniecznych do poniesienia w przypadku, gdyby ilość badań miała przekroczyć ilość przewidzianą przez wykonawcę na etapie składania oferty, więc ograniczone zostało ryzyko wykonawcy, szczególnie w sytuacji, gdy dostarczone materiały preizolowane będą zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wymogu dostarczenia złączy dla rurociągów o średnicach od DN32 do DN300 z nasuwką usieciowaną tylko radiacyjnie Zamawiający uznał, iż stosowanie tych złączy wynika z ich najwyższej jakości i niezawodności oraz z faktu, że jest to rozwiązanie technicznie lepsze w stosunku do innych. Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Zamawiającego, sieciowanie silanami powoduje zanieczyszczenie polimeru i niekorzystnie wpływa na finalne – mechaniczne własności wyrobu, a materiały poddane temu procesowi ulegają procesowi starzenia, co nie występuje, gdy sieciowanie prowadzone jest metodą radiacyjną. Nasuwki HDPE usieciowane silanowo mają gorsze własności mechaniczne oraz charakteryzują się mniejszym skurczem, niż nasuwki usieciowane radiacyjnie. Jednostkowy koszt sieciowania radiacyjnego jest niższy niż sieciowania chemicznego. Poza tym specyfika sieciowania radiacyjnego pozwala na zachowanie początkowych własności polietylenu w miejscach przeznaczonych na wykonanie otworów montażowych, co daje większą szczelność złącza preizolowanego. Zatem sieciowanie radiacyjne pozwala uzyskać wyrób o lepszych własnościach, a sieciowanie chemiczne i radiacyjne nie są metodami równoważnymi, jeżeli chodzi o jakość i wytrzymałość wykonanego złącza.

Zamawiający uznał zarzut dotyczący poświadczania badań wyłącznie przez Ośrodek Badania Jakości Wyrobów ZETOM w Warszawie wykreślając powyższy zapis i dopuszczając poświadczenia wydane przez jeden z Ośrodków Badania Jakości Wyrobów posiadający odpowiednie uprawnienia w tym zakresie.

20 października 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 23 października 2008 r.), w którym powtórzył zarzuty z protestu (w zakresie wynikającym z oddalenia protestu) dodając zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie modyfikacji postanowień *Specyfikacji Technicznej Przetargowej dla Rur Preizolowanych w Płaszczu Osłonowym HDPE(...)* oraz *Specyfikacji Technicznej Przetargowej dla Rur Preizolowanych w Płaszczu Osłonowym SPIRO (...)* zgodnie z rozstrzygnięciem protestu Odwołującego i dokonana 16 października 2008 r. modyfikacją treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów, gdyż aktualnie po rozstrzygnięciu protestu zapisy ww. Specyfikacji Technicznych sprzeczne są ze zmodyfikowanymi postanowieniami specyfikacji, co w konsekwencji może prowadzić tylko do pozornej zmiany warunków przetargowych.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (i wszystkich załączników) przez wprowadzenie zamiast Laboratorium Badawczego OBRC SPEC S.A. innego, w pełni niezależnego od Zamawiającego laboratorium badawczego w celu zapewnienia bezstronności i obiektywizmu w trakcie realizacji umowy,
3. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (oraz załączników) przez wprowadzenie zapisu dopuszczającego możliwość oferowania innych równoważnych złącz z nasuwką usieciowaną o parametrach nie gorszych niż nasuwki usieciowane radiacyjnie,
4. zobowiązanie Zamawiającego do odpowiedniej zmiany projektu umowy ramowej oraz *Specyfikacji Technicznej Przetargowej dla Rur Preizolowanych w Płaszczu Osłonowym HDPE przeznaczonych do stosowania w Warszawskim Systemie Ciepłowniczym oraz Specyfikacji Technicznej Przetargowej dla Rur Preizolowanych w Płaszczu Osłonowym SPIRO z systemem sygnalizacyjno-alarmowym BRANDES przeznaczonych do budowy rurociągów naziemnych w W.S.C.*, a także w pozostałych miejscach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikach do niej,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego (wniosek został wycofany podczas rozprawy).

Zdaniem Odwołującego rozstrzygnięcie protestu w zakresie, w jakim Zamawiający uwzględnił zarzuty Odwołującego nie przełożyło się na precyzyjną i konsekwentną zmianę całej dokumentacji, stanowiącej specyfikacje istotnych warunków zamówienia, ponieważ Zamawiający nie

wprowadził zmiany postanowień umowy ramowej oraz załącznika nr 6 i 7. W takiej sytuacji istnieje poważne niebezpieczeństwo dla wykonawców, którzy chcieliby ubiegać się o zamówienie w ramach niniejszego przetargu, że zmiana modyfikacji miała tylko pozorny charakter, a zapisy umowy ramowej i tak pozostały bez zmian. Sposób zmodyfikowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego na skutek wniesionego protestu i w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów narusza art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, niedopuszczalne jest bowiem, by w specyfikacji istotnych warunków zamówienia były sprzeczne ze sobą zapisy, które mogą wprowadzić w błąd Wykonawców. Na aktualnym etapie postępowania Zamawiający powinien konsekwentnie dostosować pozostałą część dokumentów do dokonanej 16 października 2008 r. modyfikacji. W szczególności chodzi o § 9 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 umowy ramowej (dotyczący zmiany OBJW ZETOM na inny ośrodek posiadający odpowiednie uprawnienia), a także o pkt 2.4, 2.5.1 zał. nr 6 oraz pkt 4 i 5.1 zał. nr 7. Odwołujący nie zgodził się również z opinią Zamawiającego dotyczącą niezależności Laboratorium Badawczego OBRC SPEC S.A. oraz oceną stosowania do izolowania złączy preizolowanych nasuwek termokurczliwych usieciowanych radiacyjnie jako lepszych od innych dostępnych rozwiązań. Zamawiający, dokonując oceny nasuwek posiadanych w ofercie Odwołującego, nie przedstawia żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, a podkreślić należy, że wszystkie produkty Odwołującego, w tym nasuwki termokurczliwe znajdujące się w ofercie Odwołującego, spełniają wszystkie wymagania zawarte w obowiązujących w tym zakresie normach i są produktem równoważnym, a nawet lepszym w stosunku do sieciowanych radiacyjnie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego domniemanego braku obiektywizmu ze strony Laboratorium Badawczego Ośrodek Badawczo – Rozwojowy Ciepłownictwa (OBRC) SPEC S.A. skład orzekający Izby uznał, iż nie znalazł powodów, by podważyć bezstronność, niezależność i rzetelność tego laboratorium, a przez to de facto samą akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji, a także stosowane przez nie metody badawcze. Poza tym podziela stanowisko wyrażone przez zastępcę dyrektora Polskiego Centrum Akredytacji w piśmie z 16 kwietnia 2008 r. nr PB-L 2548/TW/2008 skierowanym do dyrektora LB OBRC SPEC S.A., iż to Polskie Centrum Akredytacji jest podmiotem kompetentnym do weryfikacji stawianych zarzutów nieprzestrzegania wymagań akredytowanej organizacji, w przypadku złożenia stosownej skargi, a w przypadku potwierdzenia zarzutów – podjęcia odpowiednich działań, natomiast stawianie zarzutów akredytowanej organizacji bez podania dowodów potwierdzających te zarzuty, jest poddawaniem w wątpliwość udzielonej akredytacji, co jest niedopuszczalne. Natomiast, zgodnie ze słowami ww. zastępcy dyrektora, Polskie Centrum Akredytacji nie odnotowało takich skarg. Poza tym Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów pozwalających stwierdzić, iż jego twierdzenia nie są jedynie przypuszczeniami. Dodatkowo nie ma przeszkód proceduralnych, aby Zamawiający na etapie realizacji umowy nie mógł wybrać laboratorium, do którego ma zaufanie i które będzie przeprowadzało zleczone badania jakości. Zwłaszcza, iż część kosztów tych badań będzie ponosił Zamawiający (jak wynika z punktu 2.3. załącznika nr 6 i punktu 4. załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 10 ust. 4 projektu umowy ramowej), a – co nie było sporne między Stronami – w Polsce istnieją tylko dwa laboratoria, które mogą takie badania wykonać.

Podczas rozprawy Odwołujący częściowo zmodyfikował swoje stanowisko stwierdzając, iż może zaakceptować badania przeprowadzane przez LB OBRC SPEC S.A., pod warunkiem wprowadzenia do umowy postanowienia dotyczącego możliwości przedstawienia, w razie sporu, opinii innego akredytowanego laboratorium (trzeciej opinii), natomiast Zamawiający

oświadczył, iż, w razie sporu, wykonawca będzie miał prawo przedstawić третią opinię.

W związku z powyższymi oświadczeniami, a także po zapoznaniu się z projektem umowy ramowej, wzorem umowy dostawy oraz załącznikami nr 6 i 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład orzekający Izby stwierdził, iż żaden z powyższych dokumentów (punkt 2.3. załącznika nr 6, punkt 4. załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani § 10 projektu umowy ramowej dotyczący kontroli jakości) nie reguluje sposobu rozwiązywania sporów, natomiast w § 4 wzoru umowy dostawy, również dotyczącym kontroli jakości, znajduje się wyraźne stwierdzenie, iż strony mogą ustalić dodatkowe warunki w tym zakresie. W związku z powyższym, zdaniem składu orzekającego Izby, nie jest konieczne wprowadzanie zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wymaganie złącz dla rurociągów z nasuwką usieciowaną tylko radiacyjnie skład orzekający Izby również nie podzielił stanowiska Odwołującego. To zamawiający decyduje o tym, jakich produktów potrzebuje, i jakie zakupi, przy zachowaniu pewnych zasad wynikających z obowiązujących przepisów, m.in. art. 29 i 30 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast zgodnie z ustępem 2. tego artykułu, zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający opisał swoje wymagania w sposób jasny i jednoznaczny – wymaga złączy z nasuwką usieciowaną radiacyjnie – wymóg ten nie budzi wątpliwości również Odwołującego – tak więc Zamawiający nie naruszył w tym zakresie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący przyznał także, iż metoda radiacyjna jest metodą znaną i powszechnie stosowaną, a jego zarzut nie dotyczył kwestii, iż nie ma

na rynku pewnej liczby podmiotów mogących taki produkt dostarczyć. Także Zamawiający podczas rozprawy wskazał kilku producentów: Logstor, Canusa, Raihem, Radpol oraz Finpol, czemu Odwołujący nie przeczył. Zatem w tym zakresie istnieje konkurencja. Przy tym zakaz wyrażony w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie.* (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” wyd. Wolters Kluwer, 2007). Zamawiający wykazał, iż istotna dla niego jest metoda sieciowania – sprawdzona i, jego zdaniem, najbardziej niezawodna. Istotą zarzutu i żądania Odwołującego było żądanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie także złączy z nasuwką usieciowaną metodą silanową jako produktów równoważnych, które Odwołujący uważa za nowatorskie w skali europejskiej. Pomijając kwestię, czy produkty te są równoważne, co stanowiło przedmiot sporu między Stronami, należy stwierdzić, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają na Zamawiającego obowiązku wprowadzenia takiej zmiany do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak już stwierdzono powyżej – to Zamawiający ustala, jaki będzie przedmiot zamówienia, a jeżeli nie narusza przy tym zasad uczciwej konkurencji, wykonawcy muszą jego wymagania respektować, tzn. zaoferować mu żądany towar. Odwołujący powołuje się w proteście i odwołaniu na powinność dopuszczenia przez Zamawiającego produktów równoważnych, jednak, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek taki istnieje tylko w dwóch przypadkach – gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia wskazując znaki towarowe, patenty lub pochodzenie (art. 29 ust. 3) albo z pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30

ust. 1 – 3 (art. 30 ust. 4). Żadna z tych sytuacji w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi. Przepis art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy bowiem nie możliwości żądania dopuszczenia innego produktu niż wskazany przez zamawiającego, ale *oznacza to, że oferent może zaproponować produkty niemające certyfikatu zgodności z normą, aprobatą, czy specyfikacją techniczną zastosowaną przez zamawiającego, o ile wyroby te spełniają wymagania będące przedmiotem oceny tej zgodności.* (G. Wicik, P. Wiśniewski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. C.H. Beck 2007, str. 221).

Podobnie W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” wyd. Wolters Kluwer, 2007: *w każdym przypadku, kiedy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jest obowiązany do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Wynika to z regulacji prawa europejskiego, na gruncie których w przypadku harmonizacji wymogów odnoszących się do danego produktu na poziomie wspólnotowym przez przyjęcie dyrektywy producent może dostosować się do jej wymogów bądź do wymogów normy europejskiej. Nie można więc narzucić stosowania jedynie rozwiązań wynikających z norm europejskich, o ile wyrób jest zgodny z wymogami wynikającymi z odpowiednich dyrektyw. Jeżeli wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodny z takimi wymogami, a nie posiada certyfikatu zgodności, może za pomocą innych dowodów wykazać, że oferowany przedmiot jest zgodny z wymogami dyrektyw lub norm. Należy jednak podkreślić, że to na wykonawcy - powołującym się na rozwiązania równoważne - ciążyć będzie wykazanie dowodu, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane zgodne są z wymaganiami zamawiającego. W związku z powyższym nie zachodzi konieczność modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W odniesieniu do zarzutu niepełnej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład orzekający Izby, zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzec w tym zakresie, nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Poza tym skład orzekający Izby zwraca uwagę na to, iż, zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający nie uwzględnił protestu w całości, żądanej czynności dokonuje dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Natomiast moment „ostatecznego rozstrzygnięcia protestu” określony został w art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....