

Sygn. akt: KIO/KD 5/22

UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 1 lutego 2022 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 stycznia 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 4 stycznia 2022 r. przez:

Zamawiającego: Kopalnię Soli „Wieliczka” S.A. od informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021 r. (znak: DKZP.WKZ2.442.122.2021.JC)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Dostawa rur i kształtek (znak postępowania: KSW/2020/EZM98)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Magdalena Rams

Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej: starą ustawą Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję, co mogło prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert.

Nie zgadzając się z powyższą oceną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający w dniu 4 stycznia 2022 r. zgłosił do tego organu umotywowane zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W swoim uzasadnieniu w pkt 1 zastrzeżeń zwrócił uwagę, że ustalone okoliczności sprawy nie dają podstaw do przyjęcia, że „literalne brzmienie” zapisów SIWZ przemawia za interpretacją, że całość oferowanego asortymentu (tj. każdy oferowany produkt) miał służyć do budowy rurociągów transportujących wodę, wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze.

Według Zamawiającego - takie ustalenie jest sprzeczne z brzmieniem SIWZ jak również ze znaczeniem spójnika „oraz” w jakim jest on używany zarówno w przepisach prawa jak i w obrocie gospodarczym. W szczególności reguły wykładni językowej nie wskazują na możliwość przyjęcia odmiennej interpretacji niż przedstawiona przez Zamawiającego.

Wyjaśnił, że zapisy SIWZ, zgodnie z którymi przedmiot zamówienia obejmował asortyment rur „przeznaczonych do budowy rurociągów transportujących wodę, wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze w szybach oraz podziemnych wyrobiskach kopalni w warunkach występujących tam zagrożeń w tym w pomieszczeniach i wyrobiskach zaliczonych do stopnia „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu” w sposób ogólny wskazują na wymagania co do przedmiotu zamówienia, w tym na typy rurociągów stosowanych w Kopalni i nie oznacza to samo przez się, że wszystkie typy rur, które wchodziły w zakres zamówienia, musiały jednocześnie spełniać wymagania do transportu wszystkich możliwych substancji.

W pierwszej kolejności wskazał, że nie ma podstaw do przyjęcia, że literalne brzmienie spójnika „oraz” oznacza, że łączy on dwa wymagania, które muszą być spełnione łącznie. Przeczy temu sposób wykorzystania tego spójnika w licznych przepisach prawa, przede wszystkim w samej ustawie prawo zamówień publicznych.

Zauważył, że przykładowo w art. 5 ust. 4. pkt 7) PZP, spójnik „oraz” użyty jest w takim samym znaczeniu jak w SIWZ przez Zamawiającego. Zgodnie z tym przepisem, „Działalnością sektorową w zakresie: (...) wydobywania paliw jest działalność polegająca na wydobywaniu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych.” Jak jednoznacznie wyjaśnia Komentarz do ustawy, przepis ten oznacza, że „zakres działalności sektorowej został odrębnie uregulowany w stosunku do ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz odrębnie w stosunku do węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych. W odniesieniu do pierwszej grupy paliw działalność sektorowa obejmuje wydobywanie tych paliw, zaś w odniesieniu do drugiej - zarówno ich poszukiwanie, jak i wydobywanie. Zatem użyty w ustawie spójnik „oraz” łączy dwie różne kategorie działalności, dokładnie w taki sposób jak w kwestionowanym opisie przedmiotu zamówienia łączy różne rodzaje rurociągów używanych w odrębnych celach, odmiennie niż spójnik „i” łączący w jedną kategorię ropę lub gaz i ich naturalne pochodne.

Podniósł, że przykłady takiego samego znaczenia spójnika „oraz” wielokrotnie występują w treści ustawy. Przykładowo, w definicji pojęcia „dostaw”. Ustawa w art. 7 pkt 4) stanowi: „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o (...) dostawach - należy przez to rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe (...)”.

Jest oczywiste dla Zamawiającego, że literalne odczytanie treści przepisu w odniesieniu do znaczenia spójnika „oraz”, nakazuje uważać za dostawę każde pojedyncze nabycie produktów spośród każdej z kategorii produktów i praw w nim wskazanych. Również takie samo znaczenie ma spójnik „oraz” użyty w definicji zamówienia klasycznego z art. 7 pkt 33) „należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego subsydiowanego (...)”. Także i w tym przypadku spójnik ten łączy w jednym zdaniu dwie odrębne kategorie zamawiających, przy czym zamówieniem klasycznym jest zarówno zamówienie udzielone samodzielnie przez zamawiającego publicznego jak i przez zamawiającego subsydiowanego.

Zaznaczył, że przykłady użycia spójnika „oraz” w obrocie gospodarczym w znaczeniu w jakim wykorzystał je Zamawiający są powszechnie spotykane w obrocie. Przykładowo, powszechnie występują sklepy oferujące asortyment odzieży i obuwia dziecięcego, męskiego oraz damskiego, przy czym nie budzi wątpliwości, że oferują sprzedaż innego asortymentu przeznaczonego dla dzieci, innego dla mężczyzn oraz innego dla kobiet. Są to dwie odrębne kategorie towarów połączone w ogólnej nazwie spójnikiem „oraz”. Przykłady takiego znaczenia spójnika „oraz” można mnożyć, np. w przypadku ofert dotyczących konstrukcji drewnianych oraz metalowych, transportu morskiego oraz lotniczego, etc.

Dalej, wywodził, że w ten sam sposób, w postępowaniu na zakup rur, spójnikiem „oraz”

połączone zostały w jednym zdaniu odrębne typy rurociągów.

W związku z tym – w ocenie Zamawiającego - nie ma więc podstaw do tego aby w przedmiotowym postępowaniu, przypisywać temu spójnikowi odmienne znaczenie niż wykorzystywane w przepisach i powszechnie stosowane w obrocie gospodarczym i nie ma również przesłanek dla stwierdzenia, że literalne znaczenie spójnika „oraz” jest w nim odmienne niż w cytowanych powyżej przykładach, w jakich ma on znaczenie takie jak podnosi Zamawiający, tzn. że postępowanie dotyczy rur na potrzeby trzech typów rurociągów, transportujących różne substancje.

Argumentował, że żadne z zapisów SIWZ nie wskazują aby w postępowaniu wymagane było dostarczenie rur służących jednocześnie do transportu wody, wodnych zawieszin oraz sprężonego powietrza całości oferowanego asortymentu. W szczególności w pkt 3.1, 3.4 oraz 3.5 postępowania KSW/2019/EZM/73 jak również w pkt 3.1, 3.5 oraz 3.6 nie pojawia się takie sformułowanie ani również podobne, które wskazywałoby - wbrew zasadom wiedzy technicznej - że te same rurociągi jednocześnie miałyby służyć do transportu różnych substancji.

Przekonywał, że wobec braku w SIWZ takiego zapisu, przyjęcie interpretacji zgodnie z którą, wszystkie rurociągi miałyby służyć jednocześnie do transportu wody, wodnych zawieszin i sprężonego powietrza, oraz że konieczność dostarczania rur służących do transportu wody, wodnych zawieszin i sprężonego powietrza dotyczy całości oferowanego asortymentu rur, byłoby wyjściem poza literalne brzmienie SIWZ. Co byłoby sprzeczne z przedstawianym przez KIO stanowiskiem, w którym Izba wskazywała na pierwszeństwo wykładni językowej SIWZ, przykładowo w uzasadnieniu wyroku KIO 2712/17, gdzie stwierdzono, że podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa i istotna jest przede wszystkim treść SIWZ. Nie jest zatem dopuszczalne rozbudowywanie treści SIWZ o zapisy, które w niej nie występują. W szczególności w postępowaniu KSW/2020/EZM/98, w świetle wiążących Wykonawców wyjaśnień z 8 i 20 stycznia 2021 r. interpretowanie SIWZ w sposób wychodzący ponad jej literalne brzmienie nie może być uznane za prawidłowe.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z literalnym brzmieniem pkt 3.4 SIWZ „Przedmiot zamówienia będzie służyć do budowy rurociągów transportujących wodę oraz ciecz niepalną i wodne zawiesziny oraz sprężone powietrze w szybach i podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego.” Sama konstrukcja powyższego zapisu wyraźnie wskazuje, że użyty dwukrotnie w pkt 3.4 spójnik „oraz”, w znaczeniu powołanym powyżej, jednoznacznie rozróżnia trzy

odrębne kategorie rurociągów wykorzystywanych w Kopalni, natomiast spójnik „i” łączy w jedną kategorię ciecz niepalną i wodne zawiesziny.

Podniósł, że z brzmienia pkt 3.4 SIWZ nie można wnioskować – w sposób przedstawiony w protokole kontroli - że wszystkie rury miałyby służyć jednocześnie do transportu wody, cieczy niepalnych i zawieszin oraz sprężonego powietrza, ponieważ wniosek taki stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem SIWZ.

Zauważył, że takie same zapisy znalazły się w pkt 3.5 postępowania nr KSW/2020/EZM/98 i powyższe uwagi zachowują wobec niego aktualność.

Zdaniem Zamawiającego - wykładnia językowa dotycząca znaczenia spójników „oraz” i „i” zgodna z interpretacją przedstawioną przez Zamawiającego występuje w całej ustawie Prawo zamówień publicznych, np. zgodnie z art. 223 PZP „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.” Także w tym przepisie nie budzi wątpliwości, że Zamawiający może żądać zarówno samych wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert jak i samych wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnień jednocześnie w obu tych sprawach. Natomiast czynność badania i oceny ofert jest połączona spójnikiem „i”, który w tym kontekście ma inne znaczenie niż spójnik „oraz” a który łączy te dwie czynności.

W dalszej kolejności przekonywał, że punkt 3.5 SIWZ postępowania KSW/2019/EZM/73 zawiera natomiast przytoczenie wymagań jakie przepisy prawa stawiają wobec przedmiotu zamówienia, przy czym podobne wymagania obowiązują nie tylko wobec różnych typów rur, ale ogólnie wobec wszystkich narzędzi i materiałów stosowanych w ruchu podziemnych zakładów górniczych, co wynika z treści przytoczonych przepisów i jest powtórzone w pkt 3.2, który podkreśla jedynie wymagania jakie Zamawiający stawiał rurom, a co dodatkowo w przypadku postępowania KSW/2020/EZM/98 znajduje potwierdzenie w jednoznacznej treści wyjaśnień z dnia 8 i 20 stycznia 2021 r. Nie ma wśród tych wymagań wskazania aby wszystkie typy rur, które wchodziły w zakres zamówienia, musiały jednocześnie spełniać wymagania do transportu

wszystkich możliwych substancji.

Wskazał przy tym, że również pkt 3.6 postępowania KSW/2020/EZM/98 zawiera analogiczne zapisy, odnoszące się do całości narzędzi i materiałów stosowanych w ruchu podziemnych zakładów górniczych w tym do wszystkich rodzajów rurociągów.

Zwrócił nadto uwagę, że fakt wykorzystania różnych rurociągów i różnego ich przeznaczenia w Kopalniach jest faktem powszechnie znanym, przynajmniej w kręgu przedsiębiorców współpracujących z branżą górniczą. Jest to okoliczność nierozdzielnie związana z funkcjonowaniem zakładów górniczych i zasadami wiedzy technicznej a prawidłowość stosowanych w Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. rozwiązań technicznych była wielokrotnie potwierdzana, w tym w ostatnim czasie m.in. w toku dwóch kontroli Okręgowego Urzędu Górniczego, o których informowano w wyjaśnieniach w sprawie.

Zaznaczył, że okoliczność funkcjonowania różnego typu rurociągów jako fakt powszechnie znany nie wymaga dowodu, przy czym zadeklarował, że Kopalnia może na żądanie udostępnić obszerną dokumentację związaną z tym elementem procesu technologicznego.

Podkreślił, że SIWZ a w szczególności opis przedmiotu zamówienia jest dokumentem skierowanym do profesjonalnych podmiotów, od których można i należy wymagać nie tylko należytej staranności jak również odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Ustawa wprost dopuszcza stawienie potencjalnym Wykonawcom warunku doświadczenia w zakresie objętym przedmiotem zamówienia a Zamawiający wykorzystuje tę możliwość.

Tym samym – w jego ocenie - uzasadnione jest oczekiwanie stron procedury zamówieniowej, że zarówno Zamawiający jak i Wykonawcy dysponują specjalistyczną wiedzą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, co z kolei przekłada się na fakt, że nie ma uzasadnienia dla nadmiernego rozbudowania treści SIWZ o kwestie techniczne, które są okolicznościami powszechnie znanymi uczestnikom rynku, już choćby z tego powodu że wynikają z technicznych uwarunkowań funkcjonowania każdego zakładu górniczego.

Podniósł, że podobne stanowisko przedstawiła KIO w wyroku KIO 943/19 z dnia 7 czerwca 2019 r., gdzie Izba stwierdziła, że Postanowienia SIWZ niejednokrotnie zawierają szereg określeń budzących wątpliwości interpretacyjne. Ich interpretacja winna być jednak dokonywana zarówno z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, wszystkich zapisów SIWZ jak i profesjonalizmu podmiotów uczestniczących w przetargu. Stanowisko to potwierdza, że zasadne jest oczekiwanie Zamawiającego, że interpretacja SIWZ musi uwzględniać profesjonalny charakter Wykonawców oraz specyfikę zamówienia - w niniejszej sprawie fakt istnienia rurociągów służących do transportu różnych rodzajów substancji.

Wskazał, że skoro tylko wyspecjalizowany krąg podmiotów, oferujący rury jakie mogą być wykorzystywane w ruchu podziemnego zakładu górniczego, może wziąć udział w

postępowaniu przetargowym, okoliczność ta musi być brana pod uwagę zarówno w procesie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia jak i przy jego interpretacji.

Tym samym, zaakcentował, że wbrew ustaleniom zawartym w protokole, należy uznać, że okoliczność ta ma istotne znaczenie w sprawie, ponieważ przemawia za tym, że dla Wykonawców - uczestników rynku dostaw i usług dla górnictwa, zapisy SIWZ musiały być jasne.

Nie można przy tym pominąć faktu, że pierwsze rzekome wątpliwości co do powtarzających się zapisów SIWZ pojawiły się dopiero w postępowaniu KSW/2020/EZM/98 i dopiero wówczas, kiedy okazało się, że oferta Wykonawcy, który przez wiele lat realizował na rzecz Kopalni Soli „Wieliczka” dostawy rur, okazała się mniej korzystna niż oferta innego konkurencyjnego Wykonawcy.

Zaznaczył przy tym, że kiedy w postępowaniu KSW/2019/EZM/73, Zamawiający jako korzystniejszą wybrał ofertę nowego Wykonawcy, dotychczasowy Wykonawca wniósł odwołanie zarzucające Zamawiającemu szereg nieprawidłowości w przeprowadzonym postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem 2378/19 oddaliła to odwołanie nie stwierdzając zaistnienia nieprawidłowości w tym m.in. naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Również dopiero w 2021 skierowane zostały do Okręgowego Urzędu Górniczego anonimowe donosy zarzucające rzekome nieprawidłowości w zakresie wykorzystywanych w Kopalni rur, które nie znalazły potwierdzenia w wyniku przeprowadzonych kontroli.

Według Zamawiającego - powyższe okoliczności wskazują jednoznacznie, że interpretacja zapisów SIWZ w rozumieniu przedstawionym przez Zamawiającego jest zgodna z powszechnie stosowaną praktyką rynkową oraz zasadami wykładni ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna także uwzględniać profesjonalny charakter Wykonawców i specyfikę zamówienia a rzekome wątpliwości podnoszone są wyłącznie w celu ograniczenia dostępu większego kręgu Wykonawców do realizacji zamówienia a tym samym do ograniczenia konkurencji.

W motywacji w zakresie pkt 2) Zamawiający podał, że ustalone okoliczności sprawy nie dają podstaw do stwierdzenia, że sposób sformułowania zapisów SIWZ mógł naruszać uczciwą konkurencję.

Przed wszystkim podniósł, że jak wykazano w pkt 1), brak jest podstaw do wykładni zapisów SIWZ w sposób odmienny od wskazanej przez Zamawiającego. Ponadto, nawet gdyby przyjąć interpretację SIWZ jaką przyjęto w protokole - z czym Zamawiający się nie 7

zgadza - ustalone okoliczności sprawy nie dają podstaw do stwierdzenia, że Wykonawcy nie dysponowali jasnymi i

jednakowymi informacjami w oparciu o które będą sporządzali i wyceniali swoje oferty, przez co miałyby dojść do ograniczenia lub utrudniania uczciwej konkurencji.

Zauważył przy tym, że Zamawiający przewidział w postępowaniu prawo opcji, odnosząc je do 50% wartości całego postępowania. Z uwagi na uwarunkowania geologiczne górotworu, wpływające w sposób istotny na postępek zabezpieczenia podziemnych wyrobisk co przekłada się na możliwości techniczne zabudowy rurociągów, nie jest możliwe precyzyjne zaplanowanie ilości i rodzaju rur niezbędnych do wykorzystania w danym roku.

Pokazał, że nie można nadto wykluczyć usterek i awarii, które wymagają stałej dostępności pełnego asortymentu rur, kompatybilnych z istniejącymi już rurociągami. Tym samym właśnie cały wymieniony w SIWZ zakres różnych typów rur niezbędnych do konstruowania różnych rurociągów, w tym do transportu sprężonego powietrza, jest wskazany jako opcjonalny.

W opinii Zamawiającego - jest to sposób postępowania zgodny ze sformułowanym w części końcowej protokołu zaleceniem przewidzenia opcji. Rury do transportu sprężonego powietrza były wymagane do zaoferowania po ustalonej, z góry określonej cenie, ale nie okazały się potrzebne. Dlatego też, pomimo że były objęte zakresem SIWZ i umową nie były zamawiane, zgodnie z postanowieniami SIWZ i umowy dopuszczającymi prawo opcji. Prawidłowe zabezpieczenie interesów Kopalni wymagało jednak aby były one nieustannie dostępne.

Dostrzegł również, że zgodnie z warunkami SIWZ i umowy, Wykonawca nie dostarczał rur przeznaczonych do transportu sprężonego powietrza, ponieważ w okresie objętym obowiązywaniem umowy Zamawiający nie zlecał ich dostarczenia. Niemniej istniała możliwość zamówienia rur tego rodzaju. Możliwość ta istniałaby bez względu na to, z jakim Wykonawcą zawarta zostałaby umowa, ponieważ warunki SIWZ i umowy były takie same dla wszystkich Wykonawców.

W ocenie Zamawiającego - nie ma zatem przesłanek pozwalających na stwierdzenie, że wybrany Wykonawca mógł nie uwzględnić w swojej kalkulacji możliwości obowiązku realizacji zamówienia obejmującego także rury służące do transportu sprężonego powietrza. Wszyscy Wykonawcy dysponowali dokładnie takimi samymi informacjami, przy czym w postępowaniu KSW/2019/EZM/73 nie składali żadnych zapytań w zakresie transportu sprężonego powietrza. W postępowaniu KSW/20'20/EZM/98, w którym jeden z Wykonawców 8

zwrócił się z wątpliwościami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia Wykonawcy mieli zapewniony dostęp do tych samych informacji (szczegółowo przedstawionych w wyjaśnieniach dla UZP z dnia 7 października 2021 r.).

Zamawiający nie zgodził się z tezą kontrolującego, że odmienne procesy technologiczne mogły stanowić „potencjalnie istotny czynnik cenotwórczy”. Przeciwnie, ustalone okoliczności sprawy wskazują na odmienny wniosek.

Zaznaczył, że Zamawiający nie jest producentem rur i jakkolwiek znane są mu odmienne parametry rur służących do transportu różnych substancji, nie posiada on szczegółowych informacji o procesach produkcyjnych poszczególnych Wykonawców i już z tej przyczyny nie może przyznać, że proces ten jest znacznie bardziej kosztowny niż w stosunku do rur transportujących np. wodę. Sam fakt niewielkiej odmienności parametrów technicznych różnych typów rur nie wskazuje sam przez się, że jest on istotnym czynnikiem cenotwórczym, za czym przemawia analiza cen oferowanych w postępowaniach.

Wyjaśnił przy tym, że w postępowaniu na: „Dostawę rur” (nr sprawy: KSW/2019/EZM/73) wpłynęły dwie oferty o bardzo zbliżonej cenie: oferta spółki Plastpipe Sp. z o. o. Sp. k. na kwotę 1896 801,75 zł (brutto) oraz oferta spółki ELPLAST+ Sp. z o. o. na kwotę 1 915 269,90 zł (brutto). Różnica pomiędzy wartościami ofert wynosi zatem zaledwie 18 468 zł brutto, a więc przy wartości zamówienia oszacowanej na kwotę 2 337 000 zł brutto, różnica pomiędzy ofertami stanowi zaledwie 079% wartości zamówienia. Tym samym gdyby nawet przyjąć założenie, że profesjonalni uczestnicy rynku dostaw rur na potrzeby podziemnych zakładów górniczych, zignorowali specyfikę zamówienia i przyjęli całkowicie odmienną interpretację zapisów SIWZ, i zaoferowali odmienny asortyment, cena oferowanych rur kształtuje się dokładnie na takim samym poziomie.

Następnie, zwrócił uwagę, że w postępowaniu na: „Dostawę rur i kształtek” (nr sprawy KSW/2020/EZM/98) - gdzie zakres zamówienia był istotnie mniejszy niż w poprzednim roku -także wpłynęły dwie oferty o zbliżonej cenie: oferta spółki Plastpipe Sp. z o. o. Sp. k. na kwotę 702 883,50 (brutto) oraz oferta spółki ELPLAST+ Sp. z o. o. na kwotę 834 732, 12 zł (brutto). Warto podkreślić, że w tym postępowaniu wszyscy Wykonawcy dysponowali dodatkowymi informacjami wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 8 oraz 20 stycznia 2021 r. - precyzującymi ponad wszelką wątpliwość jakie wymagania mają spełniać poszczególne typy rur. W tym przypadku, różnica w cenie wynosi 131848,60 zł brutto, przy wartości zamówienia oszacowanej na kwotę 1285 465,62 złotych (brutto). Różnica pomiędzy ofertami rzędu 10% wartości zamówienia, również kształtuje się w granicach normalnych różnic cenowych. Biorąc pod uwagę, że w tym postępowaniu, żaden z wykonawców nie mógłby się zastrzeżać 9

hipotetycznym brakiem wiedzy co do zakresu zamówienia, nie ma podstaw do przyjmowania że „potencjalnie istotnym czynnikiem cenotwórczym” w odniesieniu do wartości ofert jest spełnienie wymagań do transportu sprężonego powietrza przez niewielką część asortymentu.

W przekonaniu Zamawiającego - porównanie powyższych ofert i okoliczności jednoznacznie wskazuje, że istotnym czynnikiem cenotwórczym jest raczej całościowy koszt produkcji rur, w tym koszt surowców, energii, maszyn, pracy ludzi oraz marża a być może także organizacja procesu technologicznego jak również koszty transportu rur do siedziby Zamawiającego, natomiast sam koszt wyprodukowania rur spełniających wymagania dla transportu sprężonego powietrza nie wpływa znacząco na wysokość cen (jak wynika jednoznacznie z analizy ofert w postępowaniu

KSW/2019/EZM73).

Zaznaczył, że zarówno w postępowaniu KSW/2019/EZM73 jak i w postępowaniu KSW/2020/EZM98 nie było żadnych różnic w zakresie informacji jakimi dysponowali Wykonawcy. Również w protokołach kontroli nie są przedstawione żadne okoliczności, które mogłyby na taki fakt wskazywać.

W tej sytuacji – w ocenie Zamawiającego - nie ma podstaw twierdzenie, że sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w jakikolwiek sposób narusza uczciwą konkurencję, a analiza wartości ofert jednoznacznie wskazuje, że w ostatnich dwóch postępowaniach jeden z Wykonawców konsekwentnie oferuje korzystniejsze ceny niż Wykonawca, który we wcześniejszych okresach dostarczał rury do Kopalni.

Ponadto, przypomniał, że w drugim postępowaniu, w którym ponad wszelką wątpliwość zostały wyjaśnione wątpliwości co do zakresu przedmiotu zamówienia, różnica w cenie jest większa, co dowodzi że sama wartość części umowy dotyczącej rur do transportu sprężonego powietrza ma znikomy wpływ na wartość całości oferty a o jej wysokości decydują inne czynniki.

Zarówno w postępowaniu KSW/2019/EZM73 jak i w postępowaniu KSW/2020/EZM98 Wykonawcy musieli spełnić wyłącznie wymagania określone w SIWZ (w zakresie jednoznacznie określonym w SIWZ i potwierdzonym w wyjaśnieniach ze stycznia 2021 r.) i tylko spełnienie tych wymagań było badane w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego - w toku kontroli nie ustalono żadnej okoliczności, która wskazywałaby na zachwianie zasad uczciwej konkurencji a nadto jedno z postępowań było przedmiotem badania przez KIO na skutek złożonego odwołania, w którym nie stwierdzono nieprawidłowości.

Okoliczności powyższe dowodzą dla Zamawiającego tego, że w postępowaniach zachowana jest zasada uczciwej konkurencji (co także potwierdza cytowany wyżej wyrok KIO) jak również, że Zamawiający dba o zachowanie uczciwej konkurencji w najmniejszym nawet stopniu nie preferując dotychczasowych dostawców, kosztem nowych Wykonawców a w postępowaniach kieruje się wyłącznie spełnieniem wymagań określonych w przepisach prawa oraz kryterium wysokości cen.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający stwierdził, że nie można znaleźć podstaw do twierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia w jakikolwiek sposób narusza lub utrudnia uczciwą konkurencję, a także nie ma podstaw do przyjęcia, żeby profesjonalni uczestnicy rynku znający specyfikę zamówienia i mający dostęp do tych samych informacji mogli złożyć nieporównywalne oferty, skoro wymagania co do przedmiotu zamówienia były niezmiennie, sprecyzowane w SIWZ i potwierdzone w wyjaśnieniach.

Tym samym – w ocenie Zamawiającego - uzasadnione jest uwzględnienie zastrzeżeń w całości i stwierdzenie, że brak jest podstaw do przyjęcia, żeby w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych a w szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że sposób opisu przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2022 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z 23 grudnia 2021 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa rur i kształtek (znak postępowania: KSW/2020/EZM98) pismem z dnia 19 stycznia 2022 r. poinformowano Zamawiającego, że podtrzymano stanowisko dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej starą ustawą Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021 r., przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.122.2021.JC).

Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że stosownie do treści art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

Nadto, Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z powyższych zastrzeżeń.

Według zapatrywania Izby - dokonując oceny naruszenia przez zamawiającego przepisów, Izba powinna przede wszystkim skoncentrować się na badaniu wystąpienia przesłanek lub ich braku opisanych w cyt. wyżej przepisach art.29 ust.1 i 2 starej ustawy Pzp, bowiem to one stanowiły podstawę prawną do działania zamawiającego.

Wymaga przypomnienia, że przepis art.29 ust.1 starej ustawy Pzp stanowił, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Natomiast, stosownie do ust.2 powołanego wyżej poprzednio obowiązującego przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Oceniając, całokształt argumentacji zaprezentowanej przez zamawiającego nie uszło uwadze Izby, że zamawiający w istocie przyznał okoliczności, że rozumienie pkt 3.1., 3.5., 3.6. SIWZ wymagało wykładni.

Jeżeli zaś przyjmie się, że powyższe postanowienia SIWZ wymagały zabiegów interpretacyjnych, to nie można powiedzieć, że mogły być one w ten sam sposób rozumiane przez wszystkich faktycznych i potencjalnych uczestników omawianego przetargu.

Powyższy stan rzeczy oznacza, że Zamawiający mógł w sposób arbitralny stosować powyższy opis przedmiotu zamówienia, żądając w określonych okolicznościach od wykonawców dostarczenia rur posiadających uniwersalne właściwości, służących jednocześnie do budowy rurociągów transportujących wodę, ciecz niepalną i wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze, podczas gdy obecnie twierdzi, że wystarczające było posiadanie cechy charakterystycznej dla jednego rodzaju rur.

Z takim poglądem nie sposób się zgodzić, bowiem to na Zamawiającym ciążył obowiązek jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, a nie wprowadzenia do obrotu takiego opisu, który pozwala na dowolną ocenę wymaganego asortymentu rur ponad literalną treść tego opisu.

Opiniując przedmiotowe zastrzeżenia, Izba oparła się o definicję spójnika „oraz”, który używany jest do łączenia zdań lub innych wyrażeń, które charakteryzują te same osoby, rzeczy lub fakty (vide: III tom słownika języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN, str.379).

Wobec powyższego znaczenia powyższego spójnika „oraz” należało przyjąć, że wymagane przez Zamawiającego rury powinny posiadać łącznie wszystkie połączone tym łącznikiem właściwości, to znaczy, że miały one służyć jednocześnie do budowy rurociągów transportujących wodę, ciecz niepalną i wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze, a nie jak obecnie twierdzi Zamawiający, że wystarczającą okolicznością było fakt, że wymaganie było kierowane do branżowych profesjonalistów.

Z tych powodów, Izba uznała, że doszło w opiniowanej sprawie do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 starej ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....