Sygn. akt: KIO 671/16

WYROK
z dnia 23 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę **ITRON POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**
przy udziale:

A. wykonawcy **Fiorentini Polska sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
B. wykonawcy **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych "Intergaz" sp. z o.o., siedzibą w Tarnowskich Górach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie wykreślenie punktu 2.5.15 ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ITRON POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **zamawiającego Polskiej Spółce Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wykonawcy ITRON POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: piętnaście złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 671/16

UZASADNIENIE

W dniu 28 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Itron Polska sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. (dalej „Zamawiający") naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. Przedmiot zamówienia będzie obejmował dostawy fabrycznie nowych gazomierzy miechowych o wielkościach od G1,6 do G65 do pomiaru gazu ziemnego grapy E i L według norm PN-C-04750:2011 „Paliwa gazowe. Klasyfikacja, oznaczenie i wymagania" i PN-C-04753:2011 „Gaz ziemny. Jakość gazu dostarczanego odbiorcom z sieci dystrybucyjnej. Zgodnie z pkt 2.5. SIWZ (część Opisu przedmiotu zamówienia) oferowane gazomierze winny:

2.5.1. posiadać: a) ważny, wydany przed dniem 7 stycznia 2007r., dokument lub decyzję zatwierdzenia typu gazomierza i być zalegalizowane zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami metrologicznymi. Legalizacja będzie przeprowadzona w roku dostawy; lub b) aktualne dokumenty pozwalające na wystawienie Deklaracji zgodności oraz na umieszczenie na gazomierzu Oznakowania zgodności CE (wraz z numerem jednostki notyfikowanej) oraz dodatkowego oznakowania metrologicznego świadczącego, że przyrząd pomiarowy przeszedł pomyślnie ocenę zgodności z zasadniczymi wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2007 r. Nr 3, poz.27), (litera „M" z dwiema ostatnimi cyframi roku w prostokątnej ramce) i być oznaczone tymi oznakowaniami. Oznakowanie metrologiczne powinno być zgodne z rokiem dostawy.

2.5.2. posiadać zabezpieczenie przed nielegalnym pobieraniem paliwa gazowego, uniemożliwiające ingerencję osób trzecich w pracę gazomierza bez pozostawienia widocznych, trwałych uszkodzeń lub innych widocznych śladów ingerencji, a w
a) przed w liczydło według rozwiązań szczególności; zabezpieczenie ingerencją

stosowanych przez producenta oraz przy pomocy plomb samoprzylepnych umieszczonych pomiędzy obudową gazomierza a osłoną liczydła, których konstrukcja i miejsce lokalizacji w przypadku próby ingerencji w liczydło powodować będzie jednoznaczne wizualne objawy zarówno na powierzchni gazomierza jak i na powierzchni plomby. Plomby powinny być odporne na warunki zewnętrzne przez okres min. 10 lat. Plomby powinny zawierać niepowtarzalny numer identyfikacyjny dla danego roku produkcji gazomierza, b) zabezpieczenie przed ingerencją w mechanizmy wewnętrzne poprzez króćce przed pierwszym montażem gazomierzy - zabezpieczenie powinno być wykonane przy pomocy: - zaślepek zabezpieczonych plombami samoprzylepnymi zawierającymi niepowtarzalny numer identyfikacyjny dla danego roku produkcji gazomierza, lub - kapsli jednorazowego użytku, tj. o konstrukcji umożliwiającej zdjęcie kapsla bez użycia dodatkowych narzędzi, jednocześnie powodując jego nieodwracalne uszkodzenie w czasie zdejmowania, c) zabezpieczenie przed ingerencją polegającą na cofaniu wskazań liczydła gazomierza w wyniku przepływu wstecznego według rozwiązań stosowanych przez producenta;

2.5.3. charakteryzować się stabilnością metrologiczną (trwałością) zgodną lub lepszą od wymagań określonych w punkcie 7.1.2 normy PN-EN 1359:2004 lub normy PN-EN 1359:2004 wraz ze zmianami określonymi w PN-EN 1359:2004/A1:2006 (U);

2.5.4. charakteryzować się deklarowanym zakresem temperatury otoczenia i gazu nie mniejszym niż od -25 stopni C do +40 stopni C. Informacja o deklarowanym zakresie temperatury i gazu powinna być umieszczona na tabliczce znamionowej gazomierza;

2.5.5. charakteryzować się błędami wskazań w deklarowanym zakresie temperatury otoczenia i gazu zgodnymi lub mniejszymi od wymagań określonych w punkcie 7.1.3 normy PN-EN 1359:2004 lub normy PN-EN 1359:2004 wraz ze zmianami określonymi w PN-EN 1359:2004/A1:2006 (U);

2.5.6. charakteryzować się odpornością na wysoką temperaturę otoczenia (zgodnie z punktem 6.5.5. - PN-EN 1359:2004) i oznakowaniem symbolem „T" na tabliczce znamionowej gazomierza;

2.5.7. w przypadku gazomierzy o wielkościach od G1,6 do G4 włącznie, które nie mają

fabrycznie zamontowanego nadajnika impulsów - charakteryzować się możliwością podłączenia nadajnika impulsów bez potrzeby demontażu gazomierza oraz ingerencji w konstrukcję gazomierza wymagającej ponownej legalizacji, przy czym 1 impuls=0,01m3, co powinno zostać oznaczone na tabliczce znamionowej;

2.5.8. w przypadku gazomierzy o wielkościach od G6 do G65 włącznie muszą być dostarczone wraz z nadajnikiem impulsów odpowiednim dla danego typu Gazomierza, przy czym: a) nadajnik impulsów nie będzie zamontowany w gazomierzu i powinien być dostarczony z gazomierzem w jednym opakowaniu; b) nadajnik impulsów powinien posiadać możliwość łatwego montażu przez pracowników Zamawiającego; c) waga impulsów dla Gazomierzy G6: 1 impuls =0,01m3; d) waga impulsów dla Gazomierzy od G10 do G65: 1 impuls=0,1m3; e) waga impulsów będzie opisana czytelnie na tabliczce znamionowej;

2.5.9. charakteryzować się oznakowaniem umieszczonym na tabliczce znamionowej zapisanym alfanumerycznym kodem kreskowym w standardzie 128 (pod kodem kreskowym winien być umieszczony dodatkowo, jawny jego zapis) zawierający: a) rok produkcji (dwie ostatnie cyfry), b) kod producenta (jeden znak), c) typ (sześć znaków - jeżeli oznaczenie typu jest krótsze niż sześć znaków powinno być uzupełnione spacjami za tym oznaczeniem), d) rozstaw króćców (trzy cyfry), e) numer fabryczny (osiem cyfr - jeżeli numer fabryczny jest krótszy niż osiem cyfr powinien być poprzedzony zerami). Powyższe oznakowanie powinno być zgodne ze standardem Izby Gospodarczej Gazownictwa ST-IGG-1401 „Kody kreskowe dla urządzeń w punktach gazowych. Kody kreskowe dla gazomierzy miechowych.” Taki sam kod kreskowy (wraz z zapisem jawnym), wydrukowany w trzech egzemplarzach na folii samoprzylepnej (etykiecie) należy umieścić luzem w opakowaniu każdego gazomierza.

2.5.10. w sposób wyraźny i trwały mieć oznakowany kierunek przepływu za pomocą strzałki między króćcami;

2.5.11. charakteryzować się odpornością na działanie magnesów neodymowych;

2.5.12. charakteryzować się dopuszczalnym ciśnieniem roboczym nie niższym niż 10 kPa;

2.5.13. zapewniać bezobsługową eksploatację bez wykonywania dodatkowych czynności zalecanych przez producenta, przez cały okres ważności legalizacji pierwotnej gazomierza;

2.5.14. być wykonane z materiałów odpornych na korozję lub zabezpieczonych antykorozyjnie;

2.5.15. być pokryte powłokami lakierniczymi w kolorach: szarym, jasnoszarym lub białym;

2.5.16. posiadać deklarowany okres eksploatacji minimum 20 lat;

2.5.17. posiadać gwarancję udzieloną przez Wykonawcę na okres minimum 5 lat.

Odwołujący wskazał, że przywołane powyżej wymogi, tj. pkt od 2.5.1. do 2.5.17, z wyłączeniem pkt 2.5.15 SIWZ mogą mieć istotne znaczenie techniczne lub użytkowe dla Zamawiającego z powodów podanych poniżej: a) dokument lub decyzja zatwierdzenia typu gazomierza oraz legalizacja zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami metrologicznymi lub aktualne dokumenty pozwalające na wystawienie Deklaracji zgodności oraz na umieszczenie na gazomierzu Oznakowania zgodności CE (wraz z numerem jednostki notyfikowanej) oraz dodatkowego oznakowania metrologicznego świadczącego, że przyrząd pomiarowy przeszedł pomyślnie ocenę zgodności z zasadniczymi wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2007 r. Nr 3, poz.27), (litera „M” z dwiema ostatnimi cyframi roku w prostokątnej ramce) i być oznaczone tymi oznakowaniami. Oznakowanie metrologiczne powinno być zgodne z rokiem dostawy. Wymóg ten jest istotny, gdyż jest niezbędny do zalegalizowania (sprawdzenia, stwierdzenia i poświadczenia zgodności urządzenia z obowiązującymi wymaganiami metrologicznymi) i wprowadzenia gazomierza do obrotu, b) posiadać zabezpieczenie przed nielegalnym pobieraniem paliwa

gazowego, uniemożliwiające ingerencję osób trzecich w pracę gazomierza bez pozostawienia widocznych, trwałych uszkodzeń lub innych widocznych śladów ingerencji. Wymóg ten jest istotny, gdyż zabezpiecza interes Zamawiającego poprzez eliminowanie możliwości nielegalnego poboru gazu. c) charakteryzować się stabilnością metrologiczną (trwałością). Wymóg ten jest istotny, gdyż gwarantuje zachowanie dokładności pomiaru w okresie eksploatacji urządzenia d) charakteryzować się deklarowanym zakresem temperatury otoczenia i gazu nie mniejszym niż od -25 stopni C do +40 stopni C. Wymóg ten jest istotny, gdyż gwarantuje możliwość stosowania urządzeń w pełnym zakresie temperatur występujących w naszym kraju, e) charakteryzować się błędami wskazań w deklarowanym zakresie temperatury otoczenia i gazu zgodnymi lub niniejszymi od wymagań określonych we wskazanych normach. Wymóg ten jest istotny, gdyż gwarantuje zachowanie dokładności pomiaru w pełnym zakresie temperatur występujących w naszym kraju, f) charakteryzować się odpornością na wysoką temperaturę otoczenia. Wymóg ten jest istotny, gdyż pozwala zapewnić bezpieczeństwo eksploatacji szczególnie w przypadku pożarów, g) charakteryzować się możliwością podłączenia nadajnika impulsów lub posiadać nadajnik impulsów. Wymóg ten jest istotny, gdyż umożliwia realizację obecnych lub przyszłych potrzeb w zakresie gromadzenia i przesyłania danych pomiarowych, h) charakteryzować się oznakowaniem umieszczonym na tabliczce znamionowej. Wymóg ten jest istotny, gdyż wspomaga prowadzenie przez zamawiającego ewidencji i gospodarki magazynowej

urządzeń, i) mieć oznakowany kierunek przepływu. Wymóg ten jest istotny, gdyż ułatwia poprawny montaż gazomierza, j) charakteryzować się odpornością na działanie magnesów neodymowych. Wymóg ten jest istotny, gdyż zabezpiecza poprawność pomiaru w przypadku nielegalnych ingerencji z użyciem pola magnetycznego, k) charakteryzować się dopuszczalnym ciśnieniem roboczym nie niższym niż 10 kPa. Wymóg ten jest istotny, gdyż umożliwia wykorzystanie urządzeń w warunkach istniejących w instalacjach Zamawiającego; i) zapewniać bezobsługową eksploatację. Wymóg ten jest istotny, gdyż zmniejsza koszty eksploatacji urządzeń, m) być wykonane z materiałów odpornych na korozję lub zabezpieczonych antykorozyjnie. Wymóg ten jest istotny, gdyż zapewnia bezpieczeństwo użytkowania i dokładność pomiaru urządzeń w całym okresie eksploatacji, n) posiadać deklarowany okres eksploatacji minimum 20 lat. Wymóg ten jest istotny, gdyż zapewnia zamawiającemu możliwość stosowania gazomierzy przez 2 pełne okresy ważności legalizacji, o) posiadać gwarancję udzieloną przez Wykonawcę na okres minimum 5 lat. Wymóg ten jest istotny, gdyż zapewnia Zamawiającemu niezawodność urządzenia możliwość bezpłatnej naprawy lub wymiany wadliwie działającego urządzenia w okresie gwarancji. W związku z powyższym, należy Odwołujący wskazał, że gazomierze powinny posiadać cechy, czy też właściwe parametry techniczne istotne dla Zamawiającego pod kątem dopuszczenia do stosowania oraz celu montażu tego urządzenia, czyli pomiaru przepływu gazu.

Odwołujący wskazał, że w treści opisu przedmiotu zamówienia został jednak zawarty wymóg, zgodnie z którym urządzenia powinny być pokryte powłokami lakierniczymi w kolorach: szarym, jasnoszarym lub białym (pkt 2.5.15 SIWZ). Dodatkowo w dniu 25 kwietnia 2016 roku, w treści odpowiedzi na zapytanie Odwołującego, Zamawiający zmodyfikował treść tego zapisu, wskazując że „określając wymagania w pkt 2.5.15 SIWZ, zgodnie z którym oferowane gazomierze winny być pokryte powłokami lakierniczymi w kolorach: szarym, jasnoszarym lub białym oznacza, iż Zamawiający wymaga aby zamawiane gazomierze miały zastosowaną dodatkową powłokę malarską lub lakierniczą w wymienionych kolorach”. Tak więc treść punktu 2.5.15 SIWZ, w którym mowa jedynie o powłokach lakierniczych we wskazanych kolorach została rozszerzona dodatkowo o powłoki malarskie.

W ocenie Odwołującego wskazany powyżej wymóg polegający na konieczności zastosowania dodatkowej powłoki malarskiej lub lakierniczej w określonych kolorach, tj. szarym, jasnoszarym lub białym stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp. Postawiony wymóg jest nieuzasadniony i prowadzi do utrudnienia konkurencji, tj. powoduje, że Odwołujący nie może złożyć skutecznie oferty z urządzeniami spełniającymi wszystkie pozostałe wymagania opisu przedmiotu, które są niezbędne do prawidłowego i bezpiecznego pomiaru przepływu

gazu. Odwołujący podkreślił, że opisany wymóg nie ma żadnego znaczenia w zakresie funkcjonowania urządzenia i spełniania jego funkcji.

Odwołujący wskazał, że w ramach prowadzonego postępowania pragnie zaoferować nowe rozwiązanie polegające na zastosowaniu 13um powłoki aluminiowo-cynkowej, chemicznie zespolonej ze stalowym podłożem jako zewnętrznej powłoki ochronnej. Oferowany wyrób łączy w sobie wytrzymałość stali, ochronne właściwości cynku oraz stabilność aluminium. Powyższa technologia występuje w licznych aplikacjach przemysłowych, w tym w przemyśle samochodowym oraz konstrukcyjnym i jest stosowana skutecznie od wielu lat. Mimo, iż Zamawiający w tym czasie w ramach odrębnych postępowań nabywa od Wykonawcy wykonane w opisywany sposób urządzenia w ramach postępowania 2016/PSG1/WP-000030 zamierza nie dopuścić gazomierzy nieposiadających powłoki lakierniczej, w tym rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający po raz pierwszy w historii postępowań publicznych na dostawę gazomierzy miechowych w SIWZ wymaga od Wykonawców pokrycia oferowanych wyrobów „powłokami lakierniczymi w kolorach szarym, jasnoszarym lub białym”(pkt. 2.5.15). Tak sformułowane wymaganie ma charakter dodatkowy w stosunku do poprzednich postępowań, a także nie wynika z wymagań zawartych we właściwej dla gazomierzy miechowych normy PN-EN 1359:2004, na którą w wielu miejscach SIWZ powołuje się Zamawiający. Brak jest jednak zarówno w opisie przedmiotu zamówienia jak i w odpowiedzi Zamawiającego informacji, w jakim celu Zamawiający wymaga zastosowania powłok lakierniczych. W ocenie Odwołującego trudno jest również znaleźć uzasadnienie dla tezy, że brak powłok lakierniczych uniemożliwia prawidłowe zrealizowanie dostawy gazomierzy. Z definicji gazomierz to „przyrząd służący do pomiaru objętości przepływającego gazu (całkujący albo sumujący objętość gazu przepływającego przez gazomierz w danym czasie),, (za Wikipedią). Podstawową funkcją gazomierzy jest zatem dokładne rozliczanie gazu zużytego przez odbiorców. Pokrycie urządzenia powłokami lakierniczymi nie wpływa w żaden sposób na dokładność jego wskazań, ani na inne charakterystyki mogące oddziaływać na wynik pomiaru, a zatem nie powinno być również przedmiotem bezwzględnego wymagania w postępowaniu na dostawę urządzeń pomiarowych. Z pewnością istotny z punktu widzenia funkcjonalności oferowanych urządzeń jest fakt zabezpieczenia urządzeń przed korozją. Należy tu zauważyć jednak, że efekt odporności na korozję może być osiągnięty w różnoraki sposób. Norma PN-EN 1359:2004 w punkcie 6 materiały i konstrukcja sekcja 6.3 opisującym wymagania dotyczące Ochrony przed korozją stanowi: „Wszystkie części gazomierza, tak od strony zewnętrznej jak i wewnętrznej, powinny być odporne na działanie wszelkich substancji powodujących korozję, z którymi

mogą one mieć kontakt podczas zwykłych warunków użytkowania”. Nie mamy tu do czynienia ze wskazaniem środków dzięki którym odporność ma być osiągnięta. Norma wręcz przewiduje, że ochronę przed korozją można uzyskać poprzez zastosowanie materiałów odpornych na korozję lub pokrycie powłokami chroniącymi przed korozją. Odwołujący wykonał wszystkie wymagane testy zgodnie z normą PN-EN 1359:2004 dla nowego materiału obudowy Aluzinc i przeszedł te testy pozytywnie. Dodatkowo gazomierz został poddany wymagającemu testowi odporności na działanie mgły solnej zgodnie z normą PN-EN 1359:2004 w czasie 1 000 godzin i przeszedł ten test pozytywnie. Standardowy czas trwania normatywnego testu wynosi 500 godzin. Skuteczność ochrony powłoki Aluzinc potwierdziły również badania wykonane w Instytucie Nafty i Gazu w Krakowie podczas certyfikacji gazomierzy na dobrowolny znak bezpieczeństwa B. Niezrozumiałym dla Odwołującego jest zatem ograniczanie możliwości oferowania alternatywnych dla lakierowania sposobów zabezpieczania gazomierzy przed wpływem korozji, nawet potwierdzonych wynikami przeprowadzonych przez niezależne jednostki badawcze testów. Biorąc pod uwagę aspekty estetyczne, na które zwraca uwagę Zamawiający, wskazując kolory powłok lakierniczych, należy zaznaczyć, że proponowane przez wykonawcę rozwiązanie spełnia z punktu widzenia wizualnego wymagania SIWZ. Pokrycie gazomierzy warstwą farby o kolorze srebrzystoszarym uczyniłoby bowiem zadość wymaganiom zawartym w punkcie 2.5.15, a z punktu widzenia estetycznego efekt wizualny nie różniłby się od uzyskanego przy zastosowaniu ochronnej powłoki alucynkowej. Odwołujący zaznaczył również, że gazomierze dostarczone w ramach postępowania przeznaczone są do instalacji

w punktach pomiarowych co do zasady znajdujących się w zamkniętych szafkach, wnękach lub obudowach - gdzie kolor urządzenia nie ma żadnego znaczenia.

W ocenie Odwołującego wymaganie dodatkowej powłoki lakierniczej dla oferowanych wyrobów nie znajduje również swojego odzwierciedlenia w zastosowanych w pkt 13 SIWZ kryteriach oceny ofert w części dotyczącej technicznej oceniły gazomierzy. W wymienionych kryteriach technicznych znajdują się wskaźniki wyliczane na podstawie załączanych do oferty wyników badań, przeprowadzanych zgodnie z wytycznymi normy PN-EN 1359:2004, potwierdzających, że oferowane wyroby spełniają wymagania dodatkowe lub wyższe niż te które nakłada sama norma. Spełnienie samych wymagań normy nie skutkuje przyznaniem pełnej liczby punktów w zakresie danego kryterium. Jeżeli Zamawiający zatem, szczególną wagę przykłada do kwestii pomalowania gazomierzy właściwym byłoby, podobnie jak w przypadku innych wymagań ponadnormatywnych umieszczenie ich w kryterium oceny technicznej gazomierzy. W analogiczny sposób Zamawiający przyznaje punkty w kryterium oceny technicznej np. dla wskaźnika I za „zastosowanie napędu magnetycznego liczydła", nie wykluczając oferowania w postępowaniu innych dostępnych rozwiązań.

Odwołujący wskazał, że proponowane przez niego rozwiązanie jest proekologiczne, czego przejawem jest ograniczenie zużycia energii elektrycznej i wody, produkcji ścieków i odpadów chemicznych powstających na etapie malowania w procesie produkcyjnym, co razem w wydatny sposób zmniejsza oddziaływanie procesu produkcyjnego na środowisko naturalne. W raporcie społecznym grupy kapitałowej PGNiG do której przynależy Zamawiający możemy przeczytać: „Jednym z filarów naszej strategii Zrównoważonego Rozwoju i Odpowiedzialnego Biznesu jest prowadzenie działalności biznesowej w sposób odpowiedzialny i z poszanowaniem środowiska naturalnego. Wpływ spółek Grupy PGNiG na środowisko jest naturalnie wpisany w specyfikę ich działalności. Dążenie do maksymalnego ograniczania tego znaczącego wpływu to jeden z najważniejszych celów Grupy w obszarze dbałości o środowisko naturalne" (Raport społeczny GK PGNiG 2014 Odpowiedzialna energia -źródło strona www.pgnig.pl).

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien raczej wspierać i promować rozwiązania zmniejszające ślad środowiskowy gazomierzy, szczególnie, że w skali kraju posiada zainstalowanych około 7 mln tego typu urządzeń. Mamy natomiast do czynienia z narzuceniem stosowania powłok lakierniczych, co może nosić znamiona łamania zakazu nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 5 lutego 2015 roku o ochronie konsumentów i konkurencji, poprzez ograniczaniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów. Powłoka lakiernicza nie ma również żadnego znaczenia dla zabezpieczenia gazomierza przed ewentualną ingerencją mechaniczną w samo urządzenie. Wskazana Norma (która dokładnie) w punkcie 6 opisującym wymagania dotyczące konstrukcji i materiałów wskazuje: „Gazomierz powinien być tak skonstruowany, aby jakakolwiek mechaniczna ingerencja, mogąca mieć wpływ na dokładność pomiaru, powodowała trwałe widoczne uszkodzenie gazomierza lub jego cechy legalizacyjnej lub plomb". Odwołujący powołał się w wyroki KIO 1775/10 oraz Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. sygn. akt II Ca 587/05.

W ocenie Odwołującego z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w

---

specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie

przedmiotu zamówienia. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia" (Aneta Bazan, Józef Edmund Nowicki Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2014.01.01). Odwołujący przywołał orzeczenie KIO 1589/13, KIO 28/14, KIO 821/11, 715/11, KIO 462/13, KIO 2121/11.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i wymagań stawianych przez Zamawiającego; (ii) odpowiedź Zamawiającego dotyczącą sposobu rozumienia pkt 2.5.15 SIWZ z dnia 25 kwietnia 2016 r.; (iii) opinię prywatną w zakresie zasadności zastosowania na gazomierzach miechowych instalowanych u Odbiorców gazu dodatkowej powłoki lakierniczej/malarskiej w kolorach szarym, jasnoszarym lub białym z dnia 11 maja 2016 r., notatka służbowa z dnia 9 i 12 maja 2016 r., tablica poglądowa do opinii nr 31/2014 r, tablica poglądowa do opinii nr 44/2014 r., wydruk obrazujący magnes neodymowy - na okoliczność wykazania zasadności wprowadzenia wymogu pokrycia urządzenia dodatkową warstwą lakierniczą/malarską.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o." Przedmiot zamówienia obejmuje dostawy fabrycznie nowych gazomierzy miechowych o wielkościach od G1,6 do G65 do pomiaru gazu ziemnego grapy E i L według norm PN-C-04750:2011 „Paliwa gazowe. Klasyfikacja, oznaczenie i wymagania" i PN-C-04753:2011 „Gaz ziemny. Jakość gazu dostarczanego odbiorcom z sieci dystrybucyjnej".

Zgodnie z pkt 2.5.14 oferowane urządzenia winny być wykonane z materiałów odpornych na korozję lub zabezpieczonych antykorozyjnie.

Zgodnie z pkt 2.5.15 SIWZ oferowane urządzenia były pokryte powłokami lakierniczymi w kolorze: szarym, jasnoszarym lub białym.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2016 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Odwołującego wyjaśnił, że wymóg wskazany w pkt 2.5.15 należy rozumieć jako konieczność pokrycia oferowanego urządzenia dodatkową powłoką malarską lub lakierniczą we wskazanych kolorach.

Zamawiający w dniu 12 maja 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać należy, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia nie może być opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to, iż zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia ma za zadanie opis ten przygotować, tak aby zrealizować w pełni swoje plany i osiągnąć zamierzone cele, a jednocześnie nie utrudniać konkurencji na rynku. Cele zamawiającego wynikają z podstawowych zasadach zamówień publicznych. Zaliczyć do nich należy m. in. realizację uzasadnianych potrzeb zamawiającego, otwarcia zamówień na konkurencję, a w tym na zwiększenie liczby wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,

uzyskanie ofert korzystnych cenowe przy zachowaniu wymaganych standardów jakości. Z naruszeniem zasad opisywania przedmiotu zamówienia wskazanych w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp mamy do czynienia m.in. w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu w sposób uniemożliwiający zaoferowanie przez wykonawcę produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego lub gdy opis przedmiotu zamówienia faworyzuje wyłącznie jednego wykonawcę lub jeden produkt kosztem wszystkich pozostałych zdolnych do zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Wskazać tu należy na stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 22 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 25/08, z którego wynika, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał jego potrzeby. Jak wskazał Sąd Okręgowy sama okoliczność, że opis zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez skarżącego nie wskazuje na naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie jednak Zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy".

Interes zamawiającego realizowany w ramach poszczególnych postępowań przetargowych i stanowiących niejednokrotnie uzasadnienie do ograniczenia konkurencji na rynku musi wynikać z obiektywnych potrzeb zamawiającego, realizowanych w interesie publicznych, których waga jest na tyle znacząca, iż uzasadnia ograniczenie wykonawcom dostępu do rynku. Analiza owych potrzeb zamawiającego musi następować w realiach konkretnego zamówienia publicznego, zaś sam zamawiający winien w sposób klarowny, a co najważniejsze przekonujący swoje potrzeby przedstawić i uprawdopodobnić. Stanowisko zamawiającego nie może ograniczyć się do niczym niepopartych ogólnych stwierdzeń o realizacji bliżej nieokreślonego celu publicznego.

W omawianym stanie faktycznym wskazać należy po pierwsze, że bezspornym pomiędzy stronami pozostawało to, że na rynku oferowane są dwa typu urządzeń tj. gazomierze miechowe pokryte dodatkową powłoką malarską/lakierniczą jako zabezpieczenie przed korozją korpusu gazomierza oraz gazomierze pokryte powłoką aluminiowo – cynkową, chemicznie zespoloną ze stalowym podłożem jak zewnętrzna powłoka ochronna. Nie było

również przedmiotem rozstrzygnięcia Izby czy powyższe urządzenia posiadają odpowiednie dokumenty czy decyzje zatwierdzające typ gazomierza, czy posiadają odpowiednią legalizację i deklarację. Okoliczność te nie były kwestionowane przez żadną ze stron. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do rozstrzygnięcia czy brzmienie pkt 2.5.15 tj. wymogu, aby oferowane przez wykonawców gazomierze były pokryte dodatkową powłoką malarską lub lakierniczą w kolorze szarym, jasnoszarym lub białym stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby zaproponowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt 2.5.15 SIWZ stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż uniemożliwia wykonawcom zaoferowanie produktu spełniającego uzasadnione wymagania Zamawiającego.

Wprowadzając do SIWZ wymóg pokrycia urządzeń będących przedmiotem zamówienia dodatkową powłoką malarską/lakierniczą Zamawiający wskazał, iż wynika to z jego uzasadnionych potrzeb tj. wykrywaniem nielegalnego poboru gazu, problemów z użytkowaniem gazomierzy bez dodatkowej powłoki, walorów wizerunków, estetycznych oraz informacyjnych. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał jednakże, że powyższe potrzeby rzeczywiście uzasadniają ograniczenie konkurencji w zakresie możliwości zaoferowania gazomierzy niepokrytych dodatkową powłoką malarską lub lakierniczą.

Co do kwestii związanej z nielegalnym poborem gazu, argumentacja Zamawiającego sprowadziła się do gołosłownych stwierdzeń, iż pokrycie gazomierza dodatkową warstwą malarską lub lakierniczą umożliwia zachowanie wysokiej skuteczności wykrycia nielegalnego poboru gazu. Twierdzenia powyższego Zamawiający w żaden sposób nie wykazał. Nie uprawdopodobnił również, że gazomierze pokryte antykorozyjną powłoką aluminiową – cynkową obniżą możliwość skutecznego wykrywana nielegalnego poboru gazu. Dowodem na wykazanie zasadności twierdzeń Zamawiającego nie mogą być notatki służbowe sporządzone po wpłynięciu odwołania. Na pytanie Izby o przedłożenie w poczet materiału dowodowego dokumentów wewnętrznych dotyczących metod wykrywania nielegalnego poboru gazu, Zamawiający oświadczył, że nie może ich złożyć, bo nie posiada ich ze sobą. Izbie nie została przedstawiona żadna analiza potwierdzająca skuteczność wykrywania nielegalnego poboru gazu w urządzeniach pokrytych dodatkową powłoką malarską lub lakierniczą. Co więcej nie została przedłożona żadna analiza, że skuteczność wykrycia nielegalnego poboru gazu spada z powodu braku pokrycia urządzenia dodatkową warstwą malarską lub lakierniczą. Nie sposób również dać wiarę twierdzeniom Zamawiającego, że taki wniosek da się wyprowadzić z dotychczasowego doświadczenia w użytkowaniu gazomierzy pokrytych powłoką aluminiowo – cynkową. Jak oświadczył Zamawiający podczas rozprawy przedmiotowe gazomierze są w użytkowaniu u odbiorców zaledwie przez

okres 2 miesięcy. Trudno więc uznać, że w tak krótkim okresie czasu spadała wykrywalność nielegalnego poboru gazu z powodu braku dodatkowej warstwy lakieru czy farby. Co więcej Zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego materiału dowodowego obrazującego z jakiego rzędu spadkami mamy do czynienia. W przedłożonej Izbie opinii prywatnej z dnia 11 maja 2016 r. zwarte zostało stwierdzenie, iż w przypadku zauważenia przez pracownika dokonującego odczyt zadrapań warstwy malarskiej/lakierniczej, która pokrywa gazomierz jest on zobowiązany do poinformowania o tym fakcie służby dostawcy gazu, gdyż takie zarysowania mogą świadczyć o możliwej ingerencji w układ pomiarowy. Jednakże z treści opinii nie sposób wywieść wniosku, że gazomierze pokryte powłoką aluminiowo – cynkową obniżają wykrywalność nielegalnego poboru gazu. Takiego wniosku w opinii brak. Podkreślić w końcu należy, że sam Zamawiający w pkt 2.5.2 SIWZ postawił wymóg, aby oferowane urządzenie posiadało zabezpieczenie przed nielegalnym pobieraniem paliwa gazowego, uniemożliwiające ingerencję osób trzecich w pracę gazomierza bez pozostawienia widocznych, trwałych uszkodzeń lub innych widocznych śladów ingerencji. Argumentowanie obecnie, iż dodatkowa powłoka lakiernicza/malarska, której Zamawiający wymaga na podstawie pkt 2.5.15 SIWZ służy do wykrywania nielegalnego poboru gazu jest w ocenie Izby nietrafione, gdyż odpowiednie obowiązki wykonawcy w tym zakresie zostały zwarte w pkt 2.5.2 SIWZ.

Co do kwestii związanej z walorami estetycznymi oraz informacyjnymi również w ocenie Izby argumenty podnoszone przez Zamawiającego nie potwierdzają uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego, uzasadniających ograniczenie konkurencji. Podczas rozprawy Izba dokonała oględzin obu typów gazomierzy. Jedyną zauważalną różnicą pomiędzy urządzeniami jest odmienny kolor urządzenia. Urządzenie oferowane przez Odwołującego pokryte jest powłoką albuminową o odcieniu srebrzystym. Urządzenie dopuszczone przez Zamawiającego w ramach SIWZ pokryte zostało dodatkową warstwą w kolorze jasnoszarym. Urządzenia te ma zbliżone rozmiary i pod względem wizualnym nie posiadają żadnych odmiennych cech szczególnych. Nie sposób przyjąć, iż urządzenia te są w jakiś zasadniczy sposób odmienne, z wizualnego punktu wiedzenia. Zamawiający argumentował, że gazomierze są montowane u odbiorców w miejscach widocznych, w lokalach mieszkalnych i na klatach schodowych. Podkreślił, że gazomierz winien pracować co najmniej 10 lat i w tym czasie powinien wyglądać estetycznie, jak profesjonalne

urządzenie pomiarowe. Podkreślił również, iż niektórzy odbiorcy są niechętni do instalowania urządzeń odbiegających swoim wyglądem od dotychczas montowanych gazomierzy. Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego. Po pierwsze jedynym elementem rozróżniającym gazomierz pokryty warstwą aluminiowo – cynkową oraz urządzenie pokryte dodatkową warstwą farby lub lakieru jest odcień urządzenia. Zmiana odcienia urządzenia

jest jednak, w ocenie Izby, nieistotna. Warstwa aluminiowo – cynkowa ma odcień srebrzysty, zaś Zamawiający dopuścił możliwość użycia farby lub lakieru o odcieniu szarym lub jasnoszarym. Trudno więc uznać, iż mamy do czynienia z dramatyczną i widoczną zmianą kolorystki urządzenia, która mogłaby wzbudzać u odbiorcy zastrzeżenia co do estetycznego wyglądu gazomierza. Po drugie wymóg, aby urządzenie miało estetyczny wygląd nie może być rozumiane jako dążenie odbiorcy do wyboru preferowanej kolorystki. Estetyczność to całokształt urządzenia, jego rozmiar, wizualny aspekt. W tym zakresie, Izba podczas oględzin nie stwierdziła zasadniczych różnic pomiędzy spornymi urządzeniami. Skargi odbiorców, na które wskazał Zamawiający dotyczące nowej kolorystyki urządzenia nie mogą uzasadniać ograniczenia konkurencji na rynku. W grupie ponad 6 milionów odbiorców zawsze znajdą się osoby niezadowolone z określonych aspektów estetycznych urządzenia. Pojęcie bowiem estetycznego wyglądu i koloru ma charakter indywidualny. Nie jest jednak zadaniem Zamawiającego dostosowanie urządzenia do indywidualnych wymagań odbiorcy, ale przede wszystkim dostarczenie urządzenia bezpiecznego i estetycznym wyglądzie i estetyce, rozumianej jako powszechnie akceptowalnej, niewzbudzającej powszechnego sprzeciwu społecznego. Oba urządzenia przedłożone Izbie spełniają powyższe wymagania, sam zaś Zamawiający nie był w stanie potwierdzić skali rzekomych skarg, a tym bardziej udokumentować je w jakikolwiek sposób.

Argumenty Zamawiającego o tym, iż Odwołujący nie przedstawił opisu wyglądu gazomierza jak będzie wyglądał on w okresie co najmniej 10 – letniego użytkowania są bezprzedmiotowe. Wymóg taki nie został wprowadzony w SIWZ, zaś Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na wykazanie, iż urządzenie oferowane przez Odwołującego będzie wyglądać nieestetycznie. Hipotetyczne rozważania Zamawiającego co może się stać w okresie 10 – letnim nie poparte żadnymi analizami nie mogą uzasadniać zamknięcia rynku przed nowymi produktami.

Co zaś się tyczy aspektu informacyjnego podnoszonego przez Zamawiającego, również w ocenie Izby twierdzenia podnoszone przez Zamawiającego w żaden sposób nie uzasadniają kwestionowanych zapisów w SIWZ. Argumentacja Zamawiającego sprowadzała się do twierdzenie, iż gazomierze pokryte dodatkową warstwą lakieru/farby są rozpoznawalne w szczególności przez służby ratownicze, na dowód czego złożył opinię prywatną z dnia 11 maja 2016 r. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Po pierwsze, brak jest jakiegokolwiek dowodu w sprawie potwierdzającego, iż urządzenia pokryte warstwą aluminiową – cynkową nie będą rozpoznawalne przez służy ratownicze. Jak Izba wskazała powyżej, oba sporne urządzenia nie różnią się od siebie kształtem, budową zewnętrzną, a jedynie w sposób nieznaczący odcieniem warstwy wierzchniej. W związku z tym trudno

uznać za uzasadnią argumentację, iż zmiana odcienia warstwy wierzchniej wpłynie w jakikolwiek sposób na rozpoznawalność urządzenia przez służby ratownicze. Po drugie, Zamawiający nie przedłożył żadnego oświadczenia od przedstawicieli jakiejkolwiek służby ratowniczej, z którego mogłoby wynikać, iż urządzenia pokryte warstwą aluminiowo – cynkową będą nierozpoznawalna przez służby ratownicze. Po trzecie, gdyby kolorystka urządzenia miała tak istotne znaczenia dla ich rozpoznawalności dla służb ratowniczych, to racjonalny ustawodawca wprowadziłby w obowiązujących przepisach prawa odpowiednie przepisy w tym zakresie, zobowiązując wszystkich dostawców do stosowania jednolitej kolorystki. Takich regulacji jednakże nie chwilę obecną nie ma. Preferencje Zamawiającego co do kolorystyki urządzenia, nie uzasadnione żadnymi obiektywnymi potrzebami, nie mogą ograniczać konkurencji i uniemożliwiać zaoferowania urządzeń spełniających funkcję jakie spełniać ma przedmiot zamówienia tj. rozliczenia gazu zużytego przez odbiorcę.

Za niewiarygodne uznać należy twierdzenia Zamawiającego, iż dokonał on weryfikacji gazomierzy niepokrytych dodatkową powłoką malarską/lakierniczą, która potwierdziła konieczność stosowania dodatkowej powłoki. Zamawiający oświadczył podczas rozprawy, że gazomierze bez dodatkowej powłoki malarskiej/lakierniczej są użytkowane przez okres około dwóch miesięcy. W ocenie Izby w tak krótkim okresie czasu nie sposób dokonać rzetelnej weryfikacji prawidłowości działania urządzenia. Zamawiający bezkrytycznie i jednostronnie ocenił urządzenia pokryte dodatkową warstwą, koncentrując się na szeregu rzekomych niedoskonałościach urządzenia, które chciałby zaoferować Odwołujący, nie wykazując jednocześnie w żaden sposób, iż urządzenia te rzeczywiście są nieestetyczne, nierozpoznawalne przez służby bezpieczeństwa czy też zmniejszają stopień wykrywania nielegalnego poboru gazu. Jednostronna i nieobiektywna ocena właściwości urządzenia z powłoką aluminiowo – cynkową nie może uzasadniać naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że podstawową funkcją urządzenia będącego przedmiotem zamówienia jest rozliczenie gazu zużytego przez odbiorcę. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż zarówno urządzenia z dodatkową powłoką malarską/lakierniczą jak również urządzenie pokryte warstwą aluminiowo – cynkową funkcję tę spełnia. Uzyskane przez wykonawców niezbędnych certyfikatów potwierdza tą okoliczność. Podnoszone przez Zamawiającego dodatkowe aspekty związane z użytkowaniem gazomierza mogą oczywiście uzasadniać ograniczenie konkurencji na rynku, o ile zamawiający wykaże, iż stanowią one tak istotne elementy funkcjonowania urządzenia, że zasadne jest zawężenie dostępu do rynku. W omawianym stanie faktycznym takich okoliczności Zamawiający nie wykazał. Przedłożony Izbie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, iż gazomierze pokryte powłoką aluminiowo – cynkową nie spełniają obiektywnie uzasadnionych potrzeb

---

Zamawiającego. Ponadto Zamawiający nie wykazał, że funkcjonalności jakie przypisuje gazomierzom z dodatkową powłoką malarską/lakierniczą nie są możliwe do osiągnięcia przez urządzenia pokryte powłoką aluminiowo – cynkową.

Wskazać również należy, że błędnie Zamawiający rozumie zasadę wyrażaną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczność, iż Odwołujący posiada w swojej ofercie gazomierz pokryty dodatkową powłoką malarską/lakierniczą nie sanuje naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp adresowany jest do zamawiających, jako podmiotów dokonujących opisu przedmiotu zamówienia. Wykonując nałożony na nich obowiązek winni się oni kierować swoimi obiektywni i uzasadnionymi potrzebami oraz otwarciem zamówienia na konkurencję. Otwarcie bowiem zamówienia na konkurencję umożliwia zweryfikowanie produktów oferowanych na rynku, wprowadzenie nowych rozwiązań, urządzeń nowszej generacji. Nie może być celem Zamawiającego wyłącznie utrzymanie istniejącego status quo na rynku nabywanych gazomierzy, gdyż takie działanie leży w sprzeczności w dążeniu do uzyskania najnowszych produktów i zaprzecza idei przedsiębiorczości i innowacyjności, do której dążyć winni przedsiębiorcy. Oczywistym jest, iż przedsiębiorcy mogą mieć w swojej ofercie różne produkty. Rozwój technologiczny sprawia, że często posiadają oni w sprzedaży urządzenia starej generacji, jak również wersje unowocześnione, skonstruowane z nowszych materiałów bądź też urządzenia odmienne skonstruowane, ale spełniające stawiane im zadania. Celem postępowania winno być obiektywne określenie potrzeb Zamawiającego i umożliwienie wykonawcy dobór urządzenia ze swojej oferty, które spełnia takie wymagania. W omawianym stanie faktycznym opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego i zawężenie możliwości zaoferowania gazomierzy bez dodatkowej powłoki malarskiej/lakierniczej nie był uzasadniony obiektywnymi i racjonalnymi potrzebami Zamawiającego. Zamawiający swoim działaniem w sposób nieuprawniony ograniczył przedsiębiorcom możliwość zaoferowania urządzeń spełniających obiektywne i uzasadnione potrzeby Zamawiającego, urządzeń, które posiadają odpowiednie certyfikaty potwierdzające stawiane przez przepisy prawne wymogi. Okoliczność, iż inni wykonawcy działający na rynku nie mają w swojej ofercie gazomierzy pokrytych powłoką aluminiowo – cynkową nie uprawnia Zamawiającego do niezasadnego ograniczenia konkurencji. Zamawiający winien umożliwić przedsiębiorcom zaoferowanie każdego produktu, który spełnia jego racjonalne i uzasadniane potrzeby. Podkreślić należy, że każdy z przedsiębiorców działających na rynku podejmuje decyzje biznesowe w zakresie inwestycji w rozwój produktów posiadanych w swojej ofercie. Inwestycje te wiążące się z poniesieniem określonych nakładów finansowych.

Utrzymanie konkurencyjnej pozycji na rynku wymaga dokonywania systematycznego badania rynku i dokonywania inwestycji, to bowiem gwarantuje, iż oferowane produkty są nowoczesne i konkurencyjne, a tym samym ułatwiają przedsiębiorcom zdobycie rynku i

uzyskanie przychodów z prowadzonej działalności. Fakt, iż grupa przedsiębiorcom posiada w swojej ofercie gazomierze pokryte inną powłoką niż aluminiowo – cynkową nie uprawnia Zamawiającego do ograniczenia konkurencji. Otwarcie bowiem rynku na konkurencję to umożliwienie wykonawcom zaoferowania obu typów urządzeń i to wolny rynek winien zweryfikować, które urządzenia są bardziej konkurencyjne. Oczywistym jest, że przedsiębiorca, który dokonuje inwestycji w nowe rozwiązania i ponosi w związku z tym określone koszty, będzie bardziej konkurencyjny od przedsiębiorcy, który utrzymuje status quo w swojej działalności. Tak jednak działa wolny rynek i zasada konkurencji, która również przyświeca zamówieniom publicznym. Podkreślić również należy, że sam biegły w złożonej przez Zamawiającego opinii z dnia 11 maja 2016 r. stwierdził, iż cyt. „.. obecny postęp w zakresie materiałów stosowanych do wykonania korpusu gazomierza spowodował, że powłoki malarskie/lakiernicze używane są coraz rzadziej jako zabezpieczenie przeciwkorozyjne..” Tym samym potwierdził, że w zakresie sposobu wykonania gazomierzy mamy do czynienia z postępem co do materiałów z jakich urządzenia te są wykonane. Celem Zamawiającego winno być więc uzyskanie urządzeń nadążającym za postępem technologicznym, zaś rzekome względy estetyczne czy informacyjne nie uzasadniają zamknięcia rynku na produkty nowe, wykonane z innych materiałów niż dotychczas nabywane przez Zamawiającego.

W związku z powyższym w ocenie Izby zasadne było nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez wykreślenie z SIWZ postanowienia 2.5.15, które w sposób niezasadny ogranicza dostęp do rynku.

Zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zgodnie z przywołanym przepisem zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów.

Podmiotowym warunkiem zastosowania zakazu z art. 9 uokk jest posiadanie przez danego przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym. Skutecznie postawiony zarzut przez Odwołujący winien w pierwszej kolejności zawierać analizę powyższej przesłanki, gdyż determinuje ona możliwość zastosowania przywołanej regulacji do zachowań Zamawiającego. Odwołujący nie uczynił tego w treści odwołania, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że swoim zachowaniem Zamawiający naruszył art. 9 ust. 2 pkt 2 uokk.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono we wnioskowane wysokości, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……