Lubniewice, 05.12.2017 r.

Nasz znak: IN.271.04.2017

Odpowiedź nr 1

Na zapytanie do siwz dotyczące postępowania o zamówienie publiczne pn.
„Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Lubniewicach"
ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 619912-N-2017

Działając zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) przedstawiam wyjaśnienia do treści następujących pytań, które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 24.11.2017 r.:

1. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy 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, a przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

   Zgodnie z art. 29 ust. 3 Ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, **a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".**

   Zaniechanie czynności opisanej w art. 29 ust. 3 niewątpliwie narusza zasady uczciwej konkurencji i zasadę równości. Do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez posłużenie się określonymi zapisami w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia konkurencji. Fakt naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy wymaga tylko uprawdopodobnienia (por. wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 440/10). Potwierdzeniem powyższego jest m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 961/10).

   Zgodnie z powyższym, zamawiający powinien w taki sposób sformułować przedmiot zamówienia, aby w żadnym aspekcie nie utrudniał uczciwej konkurencji, zarówno w sposób bezpośredni, jak i pośredni, choćby przez narzucenie wykonawcy jakiegoś elementu składającego się na dostawę, usługę, czy robotę budowlaną.

   Powyższe stanowisko potwierdza uchwała Krajowe Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2009r. (KIO/KD 20/09), w której wskazano, że opisanie zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia bez uzasadnionej przyczyny stoi w sprzeczności z zasadą równego dostępu do zamówienia i zasadą uczciwej konkurencji, wyrażoną odpowiednio w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy.

2

Urząd Miejski w Lubniewicach
ul. Jana Pawła II 51, 69-210 Lubniewice
tel. 95 755 70 52, fax. 95 755 70 24
www.lubniewice.pl

W uchwale z dnia 1 marca 2017 r., KIO/KD 9/17, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się zarówno do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp wskutek opisania przedmiotu zamówienia przez wskazanie na konkretny produkt, jak i wpływu takiego naruszenia na wynik postępowania.

W wyroku KIO 1615/12 Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że przepis art. 29 ust. 3 „wskazuje, że przy używaniu przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, **zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): „lub równoważny"**. W stanowisku doktryny i orzecznictwie przyjęło się wskazywać, że w tym zakresie Zamawiający powinien wskazać pewne wyznaczniki dopuszczonej równoważności oferowanych w postępowaniu rozwiązań. Izba również podziela ten pogląd, wskazując jednocześnie, że z punktu widzenia późniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - etapu badania i oceny ofert - taki uszczegółowiony w stosunku do literalnego brzmienia wytycznej zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, opis równoważności jest wskazany w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do oceny równoważności oferowanego rozwiązania. Wątpliwości te mogą się bowiem pojawiać w tym zakresie w trakcie badania i oceny ofert co do tego, jakich elementów w opisie przedmiotu zamówienia dotyczyła równoważność i w jakim zakresie powinna ona być weryfikowana (co do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, czy też w stosunku do niektórych, czy tez weryfikacja ta powinna dotyczyć zgodności z konkretnym minimalnym, czy maksymalnym parametrem, czy też w określonych zakresach).

W uchwale KIO/KD 16/12 wskazano, że „Stosownie do treści art. 29 ustawy Pzp, 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dodatkowo też przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

W wyroku KIO/UZP 33/07 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia **nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca.** Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a ponadto sprawia, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych ma charakter jedynie pozorny. (...) nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego - wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższy pogląd został wyrażony również w wyroku KIO/UZP 423/08.

W wyroku KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Przepis art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób,

który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisania przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego".

Analizując powyższe, sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o zamówienie, która jednocześnie determinuje cały przebieg procedury i wywiera zasadniczy wpływ na jej wynik. Zamawiający powinien dokonywać tej czynności z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ulega przy tym wątpliwości, że dyskryminujące ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu spowoduje mniejszą liczbę złożonych ofert, czy zaoferowanie produktu tylko jednego producenta. Tym samym pozbawienie możliwości zaoferowania produktu alternatywnego prowadzi do powstania ułomnego rynku i to kreowanego przez instytucję publiczną.

Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawcy pozbawieni byliby możliwości zaoferowania produktu alternatywnego z uwagi na sztuczną projekcję przez zamawiającego quasi-konkurencji dla jednej technologii/produktu.

Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia **wielokrotnie** oznaczeń, czy parametrów wskazujących na konkretnego producenta (dostawcę) lub **na konkretny produkt** narusza zasady obiektywizmu oraz równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, co w konsekwencji może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający winien nie tylko wskazać dopuszczalność rozwiązań równoważnych, ale także wskazać granice - zakres tej równoważności. Zasady opisu przedmiotu zamówienia wskazane w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp mają również w pełni zastosowanie do sposobu opisania równoważności. Wykonawca przygotowując i składając ofertę w której zamierza zaoferować materiały czy urządzenia równoważne musi wiedzieć czy odstępstwo od parametrów przedmiotu referencyjnego będzie uznane przez zamawiającego za rozwiązanie równoważne, czy też ta rozbieżność winna być mniejsza, czy też może być większa. Ma to bezpośrednie przełożenie na zakres możliwości zaoferowania określonej gamy urządzeń, sprzętu czy oprogramowania. Brak opisu tzw. warunków brzegowych (od - do) czyni z dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, czynność pozorną. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach KIO/UZP 739/09, KIO/UZP 984/09; KIO/UZP 585/09; KIO/UZP 733/09; KIO/UZP 980/09; KIO 1122/10; KIO 545/11; KIO 516/13.
W związku z powyższym, wnoszę o zmianę zapisów SIWZ, z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 – 3 oraz art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dodanie zapisów o równoważności (ze wskazaniem parametrów i/lub wymagań dotyczących wydajności, funkcjonalności itp.)

2. W pkt. 3 ppkt. 3.8 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Zamawiający zapisał:
„Wykonawca musi wykonać osobiście kluczową część zamówienia tj. roboty sanitarne i technologię oczyszczalni".

Pragniemy zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 18 ust. 1 akapit 2 Dyrektywy 2014/24/UE stawiane wymagania nie mogą sztucznie

zawężać konkurencji, tj. organizować zamówienie z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych Wykonawców, ograniczając tym samym dostęp do zamówienia Wykonawcom, którzy obiektywnie są zdolni do jego wykonania w sposób należyty.

„(…) Podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważył, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem Zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta. (…) Podkreślił, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem dokonywać opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu (…)" (Uchwała KIO z dnia 8 października 2014 r. (Sygn. akt: KIO/KU 93/14).

Zasada równego traktowania z zachowaniem uczciwej konkurencji ma na celu dopuszczanie do udziału w postępowaniach podmiotów z sektora MŚP lub podwykonawców, którzy z uwagi na mniejsze koszty własne, mogą przyczynić się do podniesienia efektywności ekonomicznej udzielanych zamówień. Nowi przedsiębiorcy, których standardy działania są porównywalne z „większymi" konkurentami, mają możliwość realizacji zamówień, co z tym związane, otrzymania wynagrodzenia i w konsekwencji, stwarzania nowych miejsc pracy. Wszystko to ma wpływ na rozwój gospodarczy.

Wprowadzenie zastrzeżenia osobistego wykonania nadmiernie szerokiego zakresu zamówienia jest niekorzystne z punktu widzenia wszystkich zainteresowanych podmiotów. Wykonawca traci możliwość zatrudnienia innych podwykonawców lub samodzielnej realizacji robót. Podwykonawca posiadający doświadczenie w wykonywaniu kompleksowych inwestycji obejmujących nietypową technologię, ale o niedużych wartościach nie jest zainteresowany wykonywaniem zadania, którego skala jest wyraźnie większa. Jego celem gospodarczym jest skupienie się w tym przypadku na technologicznych pracach specjalistycznych, a nie przyjmowanie na siebie ryzyka związanego z zatrudnianiem kolejnych podwykonawców. Z kolei zamawiający naraża się na zarzut doprowadzenia do naruszenia przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z interpretacji przyjętej przez organy kontrolne oraz sądy administracyjne rozpatrujące sprawy korekt finansowych, z której wynika, iż prawo do powierzenia części zamówienia podwykonawcy nie może prowadzić do praktycznego podzlecenia całości zamówienia jednemu podmiotowi.

Zamawiający przystępując do opracowania SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu winien mieć na uwadze całokształt jej treści oraz wewnętrzne korelacje i konsekwencje płynące z przyjęcia określonych rozwiązań. Zastosowanie nadmiernie rygorystycznych rozwiązań prowadzić może do osiągnięcia skutków przeciwnych od zamierzonych oraz istotnego ograniczenia kręgów potencjalnych wykonawców. Należy również mieć na uwadze wpływ sposobu skonstruowania warunków udziału i zakresu udziału podwykonawców/ MŚP w realizacji zamówienia (nieuzasadnione rozszerzenie zakresu prac, które obligatoryjnie należy powierzyć podmiotowi udostępniającemu zasoby lub równie

nieuzasadnione wyłączenie możliwości podwykonawstwa) na późniejszą realizację umowy i trudności formalno-organizacyjne z tego wynikające.

Na gruncie art. 36a ustawy Pzp aktualne pozostaje wyrażane w orzecznictwie stanowisko, w myśl którego ograniczenie podwykonawstwa (tudzież sektora MŚP) może mieć miejsce wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, związanych z charakterem i zakresem zamówienia, jak również z uwagi na oczekiwane przez zamawiającego osobiste przymioty wykonawcy, mające znaczenie dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia (por. wyrok WSA we Wrocławiu z 9 listopada 2016 r., III SA/Wr 921/16).

Pozwalam zauważyć, iż wskazane powyżej ograniczenie (oraz opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób wskazany w pkt. 1 niniejszego pisma), nieuzasadnione celem udzielenia zamówienia lub faktycznymi potrzebami zamawiającego, może polegać na zawężeniu kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

Na uwadze należy mieć również ustawę z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.). Stanowi ona w art. 3 ust. 1, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 ww. ustawy zostało wskazane, że czynem nieuczciwej konkurencji jest m. in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

W związku z powyższym zwracam się z prośbą o wykreślenie zapisu w pkt. 3 ppkt. 3.8. Jeśli nie jest to możliwe, proszę o wskazanie przesłanek uzasadniających szczególne potrzeby zamawiającego (dotyczące rodzaju zamawianych robót), powodujące wprowadzenie takiego zapisu.

Odpowiedzi Zamawiającego:

Ad.1.
Zamawiający nie przychyla się do wniosku Wykonawcy o zmianę zapisów SIWZ.
Jakkolwiek Zamawiający zgadza się w całości z przedstawionymi argumentami Wykonawcy co do ogólnych zasad stosowania Pzp, to jednak Zamawiający nie naruszył ww. zasad w niniejszym postępowaniu. Przedmiotem nn. zamówienia są specyficzne roboty budowlane polegające na rozbudowie i przebudowie istniejącej oczyszczalni ścieków. Zadanie to Zamawiający rozpoczął od wyboru biura projektowego, które zobowiązane było zgodnie z zasadą „minimum nakładów-maximum efektów" zaprojektować taką rozbudowę i przebudowę istniejącej oczyszczalni aby Zamawiający przy minimalnych nakładach osiągnął najlepsze efekty tj. oczyszczenie ścieków posiadających określoną charakterystykę. Na etapie prac projektowych dokonano wyboru technologii, która gwarantuje Zamawiającemu najlepszy efekt ekologiczny i ekonomiczny. Zamawiający stosując się do zapisów art. 31 ust.1 Pzp dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumentacja projektowa wykonana została zgodnie z rozporządzeniem Ministra do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, w konkretnej technologii oczyszczania ścieków, uwzględniając specyfikę zamówienia, która gwarantuje Zamawiającemu ww. efekty. Zamawiający w nn. postepowaniu dopuszcza zastosowanie materiałów budowlanych od różnych producentów pod warunkiem spełniania warunków technicznych zawartych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz zapisów norm w tym zakresie, jednakże zmiana technologii oczyszczania ścieków spowodowałaby konieczność wykonania większego zakresu robót ogólnobudowlanych co znacząco podniosłoby koszt realizacji inwestycji.

2

Reasumując powyższe Zamawiający postanowił jak na wstępie.

Ad.2.

Zamawiający nie przychyla się do wniosku Wykonawcy o wykreślenie zapisu w pkt. 3 ppkt. 3.8. Opisu przedmiotu zamówienia SIWZ.

Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane. Ponieważ przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków czego efektem ma być oczyszczenie ścieków, dlatego zdaniem Zamawiającego, kluczową częścią zamówienia z uwagi na szczególny charakter jest technologia oczyszczania ścieków i dlatego generalnym Wykonawcą winien być Wykonawca technologii, który może dobrać sobie podwykonawców do wykonania pozostałych robót, takich którzy zagwarantują mu osiągnięcie jak najlepszego efektu. Zamawiający nie ogranicza dostępu podwykonawców do postępowania pod warunkiem spełniania przez podwykonawców warunków udziału w postępowania w tym zakresie.

BURMISTRZ LUBNIEWIC
Tomasz Jaskuła

Otrzymują:

1. Wykonawca
2. Strona internetowa www.bip.lubniewice.pl → przetargi → zamówienia publiczne → *Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Lubniewicach.*