

Sygn. akt: KIO/KD 64/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 listopada 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej zgłoszonych dnia 30 października 2017 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.
ul. Tuwima 1, Mińsk Mazowiecki

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 20 października 2017 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia na **dostawę fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody.**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej następczej postępowania o zamówienie publiczne na dostawę fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz zasady, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wpisanie do opisu przedmiotu zamówienia wzajemnie sprzecznych, wykluczających się postanowień dotyczących parametrów technicznych zamawianego pojazdu specjalnego;
- 3) art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie wskazanego przepisu w wyniku ustalenia jako jedyne kryterium ceny (waga 100%), ponieważ dostawa, która stanowiła przedmiot udzielanego zamówienia nie była dostawą pojazdu powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych;
- 4) § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), poprzez zawarcie przez zamawiającego nieprawidłowej informacji w punkcie 8.1.8 SIWZ i VI.3).8. ogłoszenia o zamówieniu dotyczącej oświadczenia składanego przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) przed notariuszem;
- 5) art. 95 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w terminie ponad 10 dni po zawarciu umowy;
- 6) art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy VOLTORIA Consulting, która była uznana za ofertę najkorzystniejszą, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z powodu braku unieważnienia przedmiotowego postępowania z uwagi na fakt, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 30 października 2017 r. Zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł umotywowane zastrzeżenia.

Odnośnie naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający nie zgodził się z opinią biegłego, powołanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w oparciu o którą sformułowano zarzuty. W ocenie Zamawiającego opinia nie zawiera wniosków stanowczych, jednoznacznych i operuje pojęciami ogólnymi, hipotetycznymi. Zamawiający wskazał, iż specyfika przedmiotu zamówienia wymagała powołania określonych parametrów technicznych maszyny, niezbędnych do wykonywania robót związanych z czyszczeniem kanalizacji, wynikających z potrzeb i doświadczenia Zamawiającego, a jednocześnie spełniających wymogi sprzętu wydajnego, nowoczesnego i niezawodnego. W przygotowaniu zapisów specyfikacji technicznej samochodu do hydrodynamicznego czyszczenia sieci kanalizacyjnych kierował się zasadą, aby żadne z wymagań technicznych w niej określonych nie podlegało ochronie patentowej, opłatom licencyjnym oraz innym ograniczeniom, które w jakikolwiek sposób ograniczały możliwość składania ofert tylko przez jednego oferenta posiadającego te patenty lub licencje. W opisie przedmiotu zamówienia nie zawarto znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez jednego wykonawcę. W ocenie Zamawiającego twierdzenia zawarte w opinii biegłego, odwołujące się do technicznych parametrów wyposażenia zamawianego pojazdu, zamieszczone w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące: układu odzysku wody minimum 8 stopniowego, bez żadnych filtrów zapewniającego pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej, wydajność systemu odzysku wody nie mniejszej niż 1100 l/min, zamontowany zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej z możliwością opróżnienia zbiornika osadów przez podniesienie pod kątem 40° bez konieczności podnoszenia zbiornika wody, uznane przez biegłego jako najprawdopodobniej niemożliwe do spełnienia przez innych producentów (z wyłączeniem układu odzysku wody) poza pojazdem firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co.KG, są całkowicie arbitralne i nie znajdujące żadnego uzasadnienia w opinii.

Zdaniem Zamawiającego podważana w sporządzonej opinii prawidłowość wskazanego parametru układu odzysku wody określonego w opisie przedmiotu zamówienia jako 8-mio stopniowy, bez żadnych filtrów, błędnie została nazwana przez Biegłego systemem filtrowym. Konieczność usunięcia wszystkich frakcji zanieczyszczeń mechanicznych powyżej 0,2 mm i konieczność usunięcia wszystkich ziaren jest najistotniejsza dla Zamawiającego, w ocenie którego system bezfiltrowy odzysku wody jest systemem optymalnym. Natomiast zastosowanie rozwiązań technicznych gwarantujących ostateczny efekt (system filtrów mechanicznych, system sit czy system zbiorników sedymentacyjnych) jest dla

Zamawiającego rzeczą drugoplanową. Zamawiający starał się również przestrzegać zasady opisu oczekiwanych efektów pracy samochodu a nie narzucać konkretnych rozwiązań technicznych, dlatego w odniesieniu do efektu działania systemu recyklingu określił, jaka wielkość frakcji mechanicznych ma być usunięta, ponieważ woda po recyklingu jest poddawana do wysokociśnieniowego układu czyszczenia sieci kanalizacyjnych, gdzie przy ciśnieniu na poziomie 150 bar, każde ziarno piasku będzie powodowało powolne wytarcie elementów składowych pompy i układu wysokociśnieniowego.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem biegłego, że do usunięcia ziaren piasku konieczne jest zastosowanie filtra czy sita. Znane są rozwiązania techniczne na bazie zbiornika sedymentacyjnego i cyklonów, gdzie możliwe jest całkowite usunięcie frakcji piasku. Rozwiązania te powstały na bazie analogi do oczyszczalni ścieków, gdzie działające na podobnej zasadzie sito-piaskowniki do mechanicznego oczyszczania ścieków nie są nazywane filtrami, a osadniki wstępne i wtórne skutecznie usuwają wszystkie frakcje mechaniczne. Zamawiający wyjaśnił, że wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia układu odzysku wody (z 8-mio stopniowym systemem bezfiltrowym) miało na celu w głównej mierze zapewnienie usunięcia wszelkich frakcji zanieczyszczeń mechanicznych (powyżej 0,2 mm) oraz ziaren piasku. Ten efekt wydajności zamawianego urządzenia, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia, był zamierzony przez Zamawiającego i najistotniejszy.

W ocenie Zamawiającego błędna jest również interpretacja biegłego w zakresie wydajności oferowanego i dostarczonego przez Voltoria Consulting systemu recyklingu - 406 litrów/min, ponieważ w ofercie firmy Voltoria wskazano, iż wydajność zaoferowana w ofercie wynosi 346 l/min co wynika z faktu, że podane obroty podwozia 1500 obr./min. nie są identyczne z obrotami samej pompy wysokociśnieniowej Uraca. Zamawiający jednocześnie wskazał, że pompa wysokociśnieniowa jest oddzielnym układem i nie ma nic wspólnego z systemem recyklingu, a tym samym z jego wydajnością. Jak opisano w ofercie firmy Voltoria (strony 27 i 28), system recyklingu składa się z układu sita wstępnego i samoczyszczącego, zbiorników sedymentacyjnych oraz podwójnego układu cyklonów, które zasilane są oddzielną pompą wirnikową. Obie pompy są identyczne, mają wydajność 1200 l/min każda i określają wydajność całego systemu recyklingu.

Zdaniem Zamawiającego, to czy jakaś firma stosuje pewne rozwiązania seryjnie czy nie, nie stanowi podstawy do stwierdzenia o ograniczeniu konkurencji. Wiele ważniejsze, w ocenie Zamawiającego jest, czy inne firmy mogą wykonać przedmiot zamówienia, czy też nie. Twierdzenie, że złożenie tylko jednej oferty jest dowodem na fakt, że tylko jedna firma jest w stanie wyprodukować opisany pojazd, w ocenie Zamawiającego, jest czystą nadinterpretacją, nie mającą potwierdzenia w faktach.

Odnośnie naruszenia wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a opis przedmiotu zamówienia nie zawierał wzajemnie sprzecznych lub wykluczających się postanowień dotyczących parametrów technicznych zamawianego pojazdu. Zawierał natomiast opis oczekiwanych efektów pracy pojazdu bez narzucania konkretnych rozwiązań technicznych, poza wskazaniem niezbędnych cech użytkowych samochodu wynikających ze specyfiki robót wykonywanych z jego wykorzystaniem.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający stwierdził, że włączenie innych kryteriów oceny ofert niż 100% cena, związane jest z koniecznością ich określenia wraz ze sposobem ich oceny. Przy parametrach technicznych i ocenie zasady funkcjonowania przedmiotowego pojazdu, także biegły miał określone trudności z oceną techniczną stosowanych rozwiązań w tak niszowej branży, jak produkcja i dostawa samochodów do czyszczenia sieci kanalizacyjnych. Natomiast terminy: „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” można odnieść do niewielu produktów technicznych, wykorzystywanych przez miejskie przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne. Jednak jak pokazuje codzienna praktyka najczęściej stosowanym kryterium oceny ofert jest jednak 100% cena.

W zakresie naruszenia wskazanego w pkt 5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający podniósł, że termin ustawowy jako „bezzwłoczne” przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej jest powszechnie rozumiany jako termin 14 dniowy, zatem przekazanie ogłoszenia w ciągu 10 dni nie może być zakwalifikowane jako uchybienie w obowiązującej Zamawiającego procedurze.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 6 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający wyjaśnił, że zinterpretował zapisy art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, jako oparte na zasadzie publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, w którym zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w systemie powoduje jego publikację tego samego dnia. To przeświadczenie dotyczyło również zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamawiający w oparciu o taką wiedzę oraz interpretację zapisów udostępnił tego samego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia na własnej stronie internetowej.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 7 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający wskazał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, uznać należy za niezasadny. W opinii zamawiającego, w toku postępowania wykazano, iż nie było niezgodności między treścią oferty wykonawcy a treścią SIWZ. Zarzut odmiennego rozumienia systemu bez filtrowego sformułowany w opinii biegłego nie może zostać

uwzględniony biorąc pod uwagę występowanie systemów oczyszczania pozbawionych klasycznych filtrów, a oparty na systemie recyklingu składającym się z układu sita wstępnego i samoczyszczącego, zbiorników sedymentacyjnych oraz podwójnego układu cyklonów (pierwszy układ składający się z dwóch cyklonów i drugi układ składający się z czterech cyklonów), gdzie każdy zasilany jest oddzielną pompą wirnikową. W ocenie Zamawiającego oferta odpowiadała wymogom zawartym w SIWZ, do których należało uzyskanie określonego efektu polegającego na usunięciu wszystkich frakcji zanieczyszczeń mechanicznych powyżej 0,2 mm oraz konieczność usunięcia wszystkich ziaren piasku, będąca cechą najistotniejszą dla Zamawiającego, w ocenie którego system bezfiltrowy odzysku wody jest systemem optymalnym. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego brak jest również podstaw do sformułowania uzasadnionego zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, z powodu braku unieważnienia przedmiotowego postępowania oraz, z uwagi że oferta wykonawcy przyjęta przez Zamawiającego nie podlegała odrzuceniu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po rozpatrzeniu zgłoszonych zastrzeżeń, pismem z dnia 14 listopada 2017 r., poinformował, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w pkt 1-3 oraz 6 i 7 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 października i uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie naruszenia art. 95 ust. 2 Pzp, zawarte w pkt 5 Informacji o wyniku kontroli.

W odniesieniu do naruszenia z pkt 1 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp następuje m.in. w przypadku takiego zestawienia przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów. Dla stwierdzenia naruszenia wystarczająca jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne utrudnienie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odwołał się do opinii uzupełniającej z dnia 7 listopada 2017r, jaką uzyskał od biegłego sporządzającego poprzednie opinie. Biegły odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 30 października 2017r. wyjaśnił przyczynę użycia w opinii sformułowań „najprawdopodobniej”, wskazując, że były one spowodowane faktem nieudzielenia odpowiedzi przez jednego z producentów pojazdów specjalnych do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, a odpowiedź innego

producenta nie odnosiła się do pytań zadanych przez biegłego. Tezy biegłego zostały oparte na informacjach uzyskanych od innych potencjalnych dostawców, a w przypadku dostawcy, który nie udzielił odpowiedzi oraz dostawcy, który udzielił odpowiedzi wymijającej, analizie poddane były informacje dostępne na stronach internetowych tych podmiotów oraz inne dostępne powszechnie dane. Ze względu na fakt, iż większość potencjalnych oferentów udzieliła rzeczowych i konkretnych wyjaśnień, tezy zawarte w opinii Biegły określił, jako wysoce prawdopodobne, jednak z przyczyn podanych powyżej nie mógł użyć określenia potwierdzającego je z całą pewnością. Biegły wskazał, że określenie „najprawdopodobniej” nie dotyczy jednak kwestii niespełnienia zapisów SIWZ przez pojazd, który został zaoferowany, gdyż akurat ta teza jest jednoznaczna i poparta została konkretnymi dowodami.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego systemu odzysku wody, określonego w opisie przedmiotu zamówienia jako 8-mio stopniowy, bez żadnych filtrów, Biegły wskazał, że ze sporządzonej przez niego opinii jednoznacznie wynika, że „nieprawidłowo został on uznany systemem bezfiltrowym”. Zdaniem Biegłego zarzut Zamawiającego w tej kwestii, w zasadzie potwierdza tezy zawarte w opinii Biegłego. Zamawiający stwierdził bowiem, że „(...) Chodzi o konieczność usunięcia wszystkich frakcji zanieczyszczeń mechanicznych powyżej 0,2 mm oraz konieczność usunięcia wszystkich ziaren piasku. Ta cecha układu odzysku wody jest najistotniejsza dla Zamawiającego, w ocenie którego system bezfiltrowy odzysku wody jest systemem optymalnym. Rzeczą drugoplanową jest zastosowanie rozwiązań technicznych gwarantujących ostateczny efekt (system filtrów mechanicznych, system sił czy system zbiorników sedymentacyjnych). Zamawiający starał się również przestrzegać zasady opisu oczekiwanych efektów pracy, a nie narzucać konkretnych rozwiązań technicznych (...)”. Biegły udzielając odpowiedzi na wskazany wyżej zarzut postawił kilka pytań: tj.

1. skoro parametr wielkości usuwanych frakcji i zanieczyszczeń był dla Zamawiającego najistotniejszy, to dlaczego w SIWZ zawarto dodatkowe kryteria wskazujące jednoznacznie na konieczność zastosowania systemu: „układ odzysku wody minimum 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów”?
2. skoro Zamawiający twierdzi, że optymalny jest system bezfiltrowy i takiegoż systemu wymaga, to dlaczego jednocześnie sam stwierdza, że filtry (np. mechaniczne) mogą być stosowane?
3. skoro zamawiający starał się również przestrzegać zasady opisu oczekiwanych efektów pracy, a nie narzucać konkretne rozwiązania techniczne, to dlaczego w SIWZ zawarto dodatkowe kryteria jednoznacznie wskazujące na konieczność zastosowania systemu „układ odzysku wody minimum 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów”?

W opinii biegłego odpowiedzi na powyższe pytania nasuwają się samoistnie. Opis przedmiotu zamówienia, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, narzucał konkretne rozwiązania techniczne, a oczekiwane efekty pracy występowały w SIWZ jako równorzędny parametr w stosunku do wymaganych rozwiązań technicznych. Zdaniem biegłego, Zamawiający potwierdza ponownie wzajemną sprzeczność wymogów SIWZ czyli konieczność zastosowania systemu bezfiltrowego przy jednoczesnym dopuszczeniu użycia filtrów.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, iż nie jest prawdą, że do usunięcia ziaren piasku konieczne jest zastosowanie filtra czy sita, które to pojęcia Biegły raz łączy, a raz rozdziela Biegły wyjaśnił, że pojęcia te mogą być używane zamiennie (w odniesieniu do filtra mechanicznego). Nawet w opisie systemu odzysku wody ze złożonej oferty w stosunku do „sita” zamiennie używa się określenia „filtr”. Przytaczany przez Zamawiającego fakt rzekomego istnienia systemów bezfiltrowych nie zasługuje, zdaniem Biegłego, na uwzględnienie, gdyż po pierwsze dotyczy frakcji piasku, a po drugie i tak zawiera „sitopiaskowniki”, które to - podobnie jak „sita” - mogą zostać uznane za „filtry”.

W kwestii wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia układu odzysku wody (z 8-mio stopniowym systemem bezfiltrowym), co zdaniem zamawiającego, miało na celu w głównej mierze zapewnić usunięcie wszelkich frakcji zanieczyszczeń mechanicznych (powyżej 0,2 mm) oraz ziaren piasku, Biegły stwierdził, iż Zamawiający ponownie wskazał, że „zamierzony /najistotniejszy” był parametr dotyczący konieczności usunięcia wszelkich frakcji i zanieczyszczeń mechanicznych, o wielkości powyżej 0,2 mm. W ocenie Biegłego żaden z producentów nie jest w stanie zaoferować systemu odzysku wody całkowicie bezfiltrowego. W opinii głównej Biegły wskazał, iż układ taki może posiadać pojazd z zabudową firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co. KG jednak z zastrzeżeniem, że dotyczy to jedynie sytuacji uznania, że pojawiające się w ofercie określenia „sito” nie mogą zostać uznane za jednoznaczne z określeniem „filtr”. Uznanie systemu firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co. KG za bezfiltrowy było więc warunkowe i - co podkreślił Biegły - w jego ocenie całkowicie błędne. Natomiast bezwarunkowo, w ocenie Biegłego, wymóg zastosowania 8-mio stopniowego systemu odzysku wody wskazuje na zabudowę firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co. KG.

Odnosnie wydajności oferowanego i dostarczonego przez Voltoria Consulting systemu recyklingu wody. Biegły zauważył, że odrębną kwestią jest to, jakie jest techniczne uzasadnienie stosowania systemu odzysku wody o wydajności 1 200 l/min, przy zastosowaniu pompy wysokiego ciśnienia o wydajności 406 l/min (czy wręcz jak twierdzi

Zamawiający 346 l/min). Zdaniem Biegłego oczywiste jest, że woda do pompy wysokiego ciśnienia powinna być dostarczona z pewnym naddatkiem, ale powszechnie stosowane systemy przewidują ten naddatek na poziomie 20-30%, a nie prawie 300%. Wymaganie tak wysokich parametrów dla samego systemu recyklingu wykluczyło możliwość ewentualnego ofertowania przez kilku potencjalnych wykonawców.

Odnosnie zarzutu dotyczącego stwierdzenia Biegłego, że „w systemie firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co.KG znajduje się sito wstępne i siło samoczyszczące, które powinny być uznane za filtry oraz stwierdzenia, że najprawdopodobniej ani firma Wiedemann enviro tec GmbH & Co. KG, ani żaden inny producent nie jest wołanie zaproponować systemu odzysku wody, który nie posiada jakiegokolwiek filtra zwłaszcza w sytuacji, gdy określona jest wielkość frakcji jakie muszą zostać usunięte(...)”, biegły ponownie podkreślił, że w opinii głównej wskazane zostały zapisy SIWZ, których występowanie łączne bądź samodzielne wykluczało innych producentów i wskazany został zapis, który czynił to w stosunku do wszystkich producentów (przy spełnieniu wskazanego założenia, że siło jest filtrem). Pomimo więc, postawionej przez Biegłego tezy dotyczącej wykluczenia wszystkich potencjalnych dostawców, aktualne są również przesłanki prowadzące do uznania, iż niektóre zapisy SIWZ, mimo to wskazywały na zabudowę firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co. KG. Ponadto w uzupełniającej opinii z dnia 07.11.2017 r., Biegły ponownie wskazał, iż bezwarunkowo uznać należy, że wymóg zastosowania 8-mio stopniowego systemu odzysku wody wskazuje na zabudowę firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co. KG.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył także, iż Zamawiający nie podważył opinii biegłego w zakresie:

- wskazanego w ww. naruszeniu parametru określonego w ust. 11b.pkt 2) i 9) SIWZ, tj. zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej; możliwość opróżnienia zbiornika osadu przez podniesienie wydzielonego zbiornika osadu pod kątem nie mniejszym niż 40. bez konieczności podnoszenia zbiornika wody, oraz
- stwierdzenia przez biegłego, że jego łączne występowanie z pozostałymi dwoma parametrami, tj. układem odzysku wody minimum 8-mio stopniowym bez żadnych filtrów, zapewniającym pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej i wydajnością systemu odzysku wody nie mniejszą niż 1100 litra/min było niemożliwe do spełnienia przez pozostałych (poza firmą Wiedemann enviro tec GmbH&Co.KG.) producentów tego typu pojazdów.

Ponadto, wskazał, że Zamawiający ani w złożonych zastrzeżeniach ani wyjaśnieniach nie przedstawił obiektywnych potrzeb uzasadniających takie opisanie parametrów technicznych ww. pojazdu w sposób wskazujący na konkretnego producenta.

W związku z powyższym, stwierdzenie przez Biegłego, że tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia w omawianym zakresie najprawdopodobniej wskazuje na konkretny model i typ zamawianego pojazdu, jest wystarczające do stwierdzenia przedmiotowego naruszenia. Jak już wskazano w Informacji o wyniku kontroli, w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Zamawiający pisząc w zastrzeżeniach, że jest kilka firm, które stosują opisane rozwiązania i są w stanie wyprodukować opisany pojazd nie wskazał nazw żadnej firmy, w celu udowodnienia stawianych przez siebie twierdzeń.

W zakresie naruszenia nr 2 stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźne, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał swoje stanowisko i dodatkowo powołując się na przytoczoną powyżej opinię uzupełniającą Biegłego, stwierdził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia narzucał konkretne rozwiązania techniczne, a oczekiwane efekty pracy występowały w SIWZ jako równorzędny parametr w stosunku do wymaganych rozwiązań technicznych, na co wskazywało m.in.: wymaganie systemu bezfiltrowego i twierdzenie przez Zamawiającego, że filtry np. mechaniczne mogą być stosowane, czy też uznanie przez Zamawiającego za najważniejszy parametru wielkości usuwanych frakcji i zanieczyszczeń przy jednoczesnym zastosowaniu dodatkowych kryteriów wskazujących jednoznacznie na konieczność zastosowania systemu „układu odzysku wody minimum 8-mio stopniowego bez żadnych filtrów”. Zdaniem biegłego powyższe stanowi potwierdzenie przez Zamawiającego wzajemnej sprzeczności wymogów SIWZ w zakresie konieczności zastosowania systemu bezfiltrowego przy jednoczesnym dopuszczeniu użycia filtrów.

Odnosząc się do treści wniesionych zastrzeżeń w zakresie naruszenia nr 3 w pierwszej kolejności Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, iż Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż zamawianego pojazdu nie można zaliczyć do pojazdów powszechnie dostępnych i posiadających „ustalone standardy jakościowe”. Sam bowiem podkreślił w złożonych zastrzeżeniach, że zarówno produkcja jak i dostawa samochodów do czyszczenia sieci kanalizacyjnych stanowi branżę niszową. Natomiast termin „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” można odnieść do niewielu produktów technicznych, wykorzystywanych przez miejskie przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne. Fakty niezaprzeczone przez Zamawiającego uznać należy,

za przyznane i bezsporne. Powoływanie się zaś przez Zamawiającego na „codzienną praktykę” stosowania przez większość ww. podmiotów kryterium 100% ceny nie stanowi uzasadnienia do zastosowania tego kryterium jako jedyne, w przedmiotowym postępowaniu.

Powołując się na uchwały Krajowej Izby Odwoławczej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zgodził się z Zamawiającym, iż fakt, że powszechność zamówienia oraz ustalone standardy jakościowe można odnieść do niewielu produktów technicznych, wykorzystywanych przez miejskie przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne uzasadnia stosowanie przez większość z nich jako kryterium oceny ofert cenę 100 %. Powyższe oznaczałoby, że dla każdego podmiotu funkcjonującego w branży wodociągowo - kanalizacyjnej możliwość nabycia przy zastosowaniu jedyne kryterium 100% ceny np. fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, niezgodnie z ww. przepisem ustawy Pzp, jest niczym nieograniczona. Gdyby tak rozumieć powszechną dostępność, to prawie do wszystkich dostaw możliwe byłoby stosowanie wyłącznie kryterium ceny, gdyż niemal każdy przedmiot jest dostępny dla podmiotu, który funkcjonuje w danej branży. Tymczasem celem wprowadzenia przez Ustawodawcę art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, było ograniczenie liczby postępowań, w których stosuje się wyłącznie kryterium ceny. Zatem sposób rozumienia tego przepisu przyjęty przez Zamawiającego jest nie tylko sprzeczny z wyżej przytoczonym orzecznictwem, ale także prowadziłby do sytuacji, w której przepis ten w praktyce prawie nigdy nie miałby zastosowania. Dostawa ww. pojazdu nie jest również dostawą powszechnie dostępną, ponieważ „pojazdy tego typu nie znajdują się w stałej ofercie producentów tych pojazdów. Aby daną dostawę czy usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. Pojazd specjalny do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody jest wyposażony w specjalistyczne urządzenia, i przeznaczony dla wąskiego grona odbiorców, a odbiorcami tego rodzaju pojazdów są głównie podmioty wyspecjalizowane w zakresie działalności związanej ze świadczeniem usług wodno-kanalizacyjnych. A zatem ww. pojazd nie jest dobrem popularnym i łatwo osiągalnym, zaspokajającym potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. Tym samym, dostawę pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody nie można uznać za powszechnie dostępną. O powszechności dostępu do danego produktu nie świadczy bowiem techniczna czy organizacyjna łatwość jego nabycia, ale m.in. to, czy możliwe jest jego wykonanie przez wykonawcę bez specjalnego

przygotowania i kwalifikacji i czy jest dobrem wykorzystywanym przez ogół konsumentów na rynku.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego do naruszenia ustawy Pzp wskazanego w pkt 5 Informacji o wyniku kontroli.

W zakresie naruszenia z pkt 6 Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał swoje stanowisko, iż opublikowanie w przedmiotowym postępowaniu, SIWZ przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia z pkt 7 Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień, odwołał się do opinii biegłego co do sprzeczności wymogów SIWZ oraz zaakceptowanej oferty, w zakresie konieczności zastosowania systemu bezfiltrowego przy jednoczesnym dopuszczeniu użycia filtrów. Biegły ponownie w opinii uzupełniającej wskazał, że żaden z producentów nie jest w stanie zaoferować systemu odzysku wody całkowicie bezfiltrowego. Układ taki mógłby posiadać pojazd z zabudową firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co. KG jednak z zastrzeżeniem, że dotyczy to jedynie sytuacji uznania, że pojawiające się w ofercie określenia „sito” nie mogą zostać uznane za jednoznaczne z określeniem „filtr”. Uznanie systemu firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co.KG za bezfiltrowy było więc warunkowe i co biegły kilkakrotnie podkreślił, całkowicie błędne. W konsekwencji, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nie uwzględnił w tym zakresie zastrzeżeń Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli, zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po analizie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z argumentacją Zamawiającego, zawartą w zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podzieliła ustalenia faktyczne dokonane w toku kontroli przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Opierając się na opiniach biegłego z dnia 28 lipca 2017r., 17 października 2017 oraz opinii uzupełniającej z dnia 7 listopada 2017r., które Izba uznała za wiarygodny i przekonujący dowód w sprawie, słusznym jest stanowisko, że podane przez Zamawiającego parametry techniczne wymienione w opisie przedmiotu zamówienia dla pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, tj.:

1. układ odzysku wody minimum 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów, zapewniający pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej,
2. wydajność systemu odzysku wody nie mniejsza niż 1 100 litra/min.,
3. zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej; możliwość opróżnienia zbiornika osadu przez podniesienie wydzielonego zbiornika osadu pod kątem nie mniejszym niż 40°, bez konieczności podnoszenia zbiornika wody),

wskazują na konkretny model i typ zamawianego pojazdu i są możliwe do spełnienia tylko przez pojazd firmy Wiedemann enviro tec GmbH & Co.KG.

Oznacza to, że Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Pozostali producenci tego typu pojazdów nie byli w stanie spełnić parametru opisanego w ww. pkt 1, podobnie jak pozostałych parametrów wskazanych w pkt 2 i 3 - w przypadku wymogu ich łącznego występowania. Dodatkowo, cytując opinię biegłego *„należy stwierdzić, że wskazane wyżej zapisy SIWZ (występujące samodzielnie lub łącznie) wskazują na konkretny model/typ zamawianego pojazdu, a zapis dotyczący braku jakichkolwiek filtrów (przy założeniu, że sito jest filtrem) wyklucza możliwość złożenia skutecznej oferty przez któregokolwiek z producentów”*.

Izba podzieliła tym samym stanowisko wyrażone w opiniach biegłego, iż parametr dotyczący układu odzysku wody min. 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów, zapewniający pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej nie jest możliwy do spełnienia przez wszystkich producentów tego typu pojazdów. Pozostałe dwa parametry: wydajność systemu odzysku wody nie mniejsza niż 1 100 litra/min. oraz zbiornik na wodę na stałe przymocowany do ramy podwozia lub ramy pośredniej; możliwość opróżnienia

zbiornika osadu przez podniesienie wydzielonego zbiornika osadu pod kątem nie mniejszym niż 40°, bez konieczności podnoszenia zbiornika wody, niemożliwe są do spełnienia w przypadku ich łącznego występowania.

Nie zasługuje na uznanie argumentacja Zamawiającego, iż zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie został wykazany, z uwagi na to, że opinia biegłego nie zawiera wniosków stanowczych i jednoznacznych a operuje jedynie pojęciami ogólnymi, hipotetycznymi. Z wyjaśnień udzielonych przez biegłego w opinii uzupełniającej z dnia 7 listopada 2017r. wynika, że większość potencjalnych oferentów udzieliła konkretnych odpowiedzi na pytania biegłego, zatem tezy zawarte w opinii należy uznać za wysoce prawdopodobne. Jak wskazał biegły użycie sformułowań „najprawdopodobniej” wynikało z braku udzielenia odpowiedzi przez jednego z producentów i udzielenia odpowiedzi przez innego producentów nie odnoszącej się do zadanych pytań. Biegły wyjaśnił, że w tym zakresie oparł się na informacjach pochodzących ze stron internetowych. W ocenie Izby przeprowadzona przez biegłego analiza rynku potencjalnych producentów, spełniających wymagania określone w SIWZ była rzetelna i prawidłowa. Mając na uwadze wyjaśnienia biegłego oraz treść art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym dla wykazania utrudnienia uczciwej konkurencji wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na jednego producenta, uznać należy stwierdzenie biegłego, iż opis przedmiotu zamówienia „najprawdopodobniej” wskazuje na konkretny model i typ pojazdu, jest wystarczające dla stwierdzenia przedmiotowego naruszenia.

Zauważyć należy, że twierdzenie Zamawiającego, iż „na rynku funkcjonuje wiele firm oferujących sprzedaż pojazdów do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji(..)” a każdorazowa dostawa odbywa się na konkretne potrzeby danego zamawiającego i jest dostosowywana do wymagań nabywcy pozostało gołosłowne. Zamawiający nie podał żadnej nazwy firmy, która choćby potencjalnie mogła spełnić wymagania określone w SIWZ i mogłaby zaoferować opisany pojazd. Fakt braku pytań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i braku wniosków ze strony wykonawców o przedłużenie terminu składania ofert nie świadczy o tym, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia zawierał jedynie opis oczekiwanych efektów pracy i nie narzucał konkretnych rozwiązań technicznych. Twierdzenie to nie znajduje oparcia w postanowieniach siwz, w których w sposób precyzyjny i szczegółowy postawiono wymagania odnośnie parametrów technicznych zaoferowanego pojazdu. Z opinii biegłego wynika wprost, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i wskazujący na jednego

producenta tj. Wiedemann enviro tec GmbH &co.KG, który to producent stosuje seryjnie rozwiązania techniczne opisane w siwz. Nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego wyrażone w złożonych zastrzeżeniach, iż „zamierzony i najistotniejszy” jest parametr dotyczący konieczności usunięcia wszelkich frakcji i zanieczyszczeń mechanicznych o wielkości pow. 0,2 mm a rzeczą drugoplanową jest zastosowanie rozwiązań technicznych gwarantujących ostateczny efekt (system filtrów mechanicznych, system sit czy system zbiorników sedymentacyjnych). Jak słusznie zauważył biegły, wymagane rozwiązania techniczne były w siwz równorzędne w stosunku do oczekiwanych efektów pracy. Sprzeczność w postanowieniach siwz zdaje się dostrzegać sam Zamawiający, który w złożonych zastrzeżeniach, wskazuje z jednej strony na konieczności zastosowania systemu bezfiltrowego, potwierdzając z drugiej strony możliwość użycia filtrów. Okoliczności te potwierdzają, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie naruszenia art. 91 ust. 2a Pzp przez zastosowanie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert (cena 100%). Niewątpliwym jest, że przedmiot zamówienia obejmujący dostawę fabrycznie nowego pojazdu specjalnego do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, nie jest przedmiotem „powszechnie dostępnym” „o ustalonych standardach”. W zakresie rozumienia tych pojęć, Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wraz z przywołanymi tezami z uchwał Krajowej Izby Odwoławczej i uznaje je za własne. Okoliczność ta, zgodnie z art. 91 ust. 2 a Pzp - w jego brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne - wykluczała możliwość zastosowania kryterium cena jako jedynego kryterium oceny ofert. Termin „powszechnie dostępny” należy odnosić do ogółu rynku, nie zaś, jak zdaje się twierdzić Zamawiający, do danej branży. Pojazd specjalistyczny do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji z systemem odzysku wody, jak sama nazwa wskazuje jest pojazdem specjalistycznym, przeznaczonym do wąskiego grona odbiorców tj. podmiotów zajmujących się usługami wodno-kanalizacyjnymi. Również ewentualne trudności w opisie innych kryteriów oceny ofert, na które wskazywał w zastrzeżeniach Zamawiający, nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla braku zastosowania innych, pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Zgodzić się należy także z opinią biegłego, iż oferta wybranego wykonawcy Voltoria Consulting nie spełnia parametru dotyczącego układu odzysku wody min. 8-mio stopniowy bez żadnych filtrów, zapewniającego pracę ciągłą przy wykorzystaniu maksymalnych parametrów pompy wysokociśnieniowej. Jak wynika wprost z przedstawionego przez tego wykonawcę opisu systemu odzysku system ten posiada sito wstępne oraz sito

samoczyszczące, które są uznawane za filtry. Jednocześnie słusznie biegły wskazał na pewną istniejącą sprzeczność tego wymagania z pozostałymi warunkami siwz tj. wymaganiem usunięcia wszystkich frakcji zanieczyszczeń mechanicznych powyżej 0,2 mm oraz konieczność usunięcia wszystkich ziaren piasku. Zdaniem biegłego, aby usunąć wskazane wyżej zanieczyszczenia niezbędne jest zastosowanie choćby najprostszego filtra. Przywołany przez Zamawiającego przykład istnienia systemów bezfiltrowych tj. rozwiązań technicznych na bazie zbiornika sedymentacyjnego i cyklonów, zawiera – jak wskazał biegły- sitopiaskowniki, które należy uznać za sита lub filtry. Z uwagi na powyższe zasadnym jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Voltoria Consulting z uwagi na to, że jej treść nie odpowiadała treści siwz.

Nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie naruszenia art. 42 ust. 1 Pzp. Zamawiający przyznał, że błędnie zinterpretował przepis ustawy dotyczący publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i przyjął, iż podobnie jak w przypadku ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych dzień zamieszczenia ogłoszenia jest dniem jego publikacji. W oparciu o taką, błędną interpretację, Zamawiający w dniu przekazania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej. Niewątpliwie, opublikowanie siwz przed dniem publikacji ogłoszenia w unijnym publikatorze stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 Pzp.

Zauważyć także należy, że Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń w zakresie wskazanego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) polegającego na zawarciu przez zamawiającego nieprawidłowej informacji w punkcie 8.1.8 SIWZ i VI.3).8. ogłoszenia o zamówieniu dotyczącej oświadczenia składanego przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) przed notariuszem.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....