

sygn. akt KIO/KD 24/15

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 6 maja 2015 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 kwietnia 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Zakrzówek w Zakrzówku

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 23 marca 2015 r., UZP/DKUE/W3/421/2(9)/15/MR

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bystrzyca, Zakrzówek Wieś, Sulów [aglomeracja Bystrzyca]*”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Honorata Łopianowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Agnieszka Trojanowska</b>
	<b>Lubomira Matczuk –</b>
	<b>Mazuś</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 marca 2015 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bystrzyca, Zakrzówek Wieś, Sulów [aglomeracja Bystrzyca]*”.

W Informacji o wyniku kontroli, organ kontroli podał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [SIWZ], zamówienie obejmuje budowę kanalizacji ciśnieniowej z pompowniami przydomowymi [w ilości 471 sztuk] wyposażonymi w pompy wyporowe charakteryzujące się niewielką zależnością, wydajności od wysokości podnoszenia. Pompy te posiadają rozdrabniacz i silnik jednofazowy o mocy 800 W. Zamawiający opisał w SIWZ szczegółowe wymagania w stosunku do ww. pomp, w tym m. in.: silnik zastosowany do pomp musi posiadać silnik moc max, 0,8 kW; obroty max. 1435 obr/min.; mechanizm tnący rozdrabniacza nie może obracać się z prędkością większą niż 1500 obr/min. W ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ zamawiający określił dopuszczalne zmiany postanowień umowy oraz określił warunki zmian w następujący sposób: „*Zamawiający dopuszcza zmianę umowy w przypadku zmiany obowiązującej stawki podatku VAT.*” Dodatkowo, w treści SIWZ zamawiający określił sytuacje, w których wykonawca może wnosić o przedłużenie terminu wykonania umowy [np. w przypadku „*poleceń wydawanych przez Inspektora Nadzoru mających wpływ na termin wykonania, lecz nie wynikających z uchybień wykonawcy*”].

Zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 08.08.2012 r. „*przepompownie przydomowe muszą spełniać wymogi polskich norm przenoszących normy europejskie PN–EN, w tym wypadku PN–EN 12050–1*”. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 13.08.2012 r. „*zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych w odniesieniu do urządzeń przewidzianych w dokumentacji technicznej i przedmiarze robót w oparciu o art 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, wykonawca, który zaoferuje rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego poprzez tabelaryczne porównanie danych technicznych urządzenia wymaganego w dokumentacji z urządzeniem równoważnym. Rozwiązanie równoważne musi mieć minimum takie same parametry techniczne jak rozwiązania wykazane w dokumentacji technicznej posiadanej przez Zamawiającego*”. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty i zgodnie z pismem Projektanta z dnia 27.08.2012 r. „*w obydwu*

ofertach przyjęto zastosowanie domowych pompowni ścieków produkcji INWAP w Brzegu. Z przedstawionych parametrów pompowni i charakterystyk pomp wporowych wynika, iż są one równoważne w stosunku do założonych w projekcie i spełniają wymagania odnośnie wydajności oraz podnoszenia, proponowana konstrukcja obudowy pompowni zapewnia całkowitą szczelność i bieżące usuwanie osadów z dna, które jest odpowiednio wyprofilowane; moc nominalna zastosowanych silników jest zgodna z projektem; pozostałe materiały i urządzenia dotyczące sieci ciśnieniowej i grawitacyjnej są równoważne z proponowanymi w projekcie". Za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu została uznana oferta wykonawcy WOD –BUD Sp. z o.o. i dnia 11.09.2012 r. została zawarta umowa nr 272.9.2012 pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą. W piśmie z dnia 24.01.2013 r., skierowanym do wykonawcy WOD–BUD Sp. z o.o., Inspektor Nadzoru Budowlanego wskazał: „Ponieważ służby techniczne inwestora po dokładnym rozeznaniu poddają w wątpliwość techniczno – eksploatacyjną przydatność zaproponowanych przez Was w ofercie pompowni przydomowych firmy INWAP, proszę o zatwierdzenie innego, równoważnego z projektem rozwiązania co do przepompowni, uzgodnionego z autorem projektu technicznego". W piśmie z dnia 28.01.2013 r, wykonawca WOD–BUD Sp. z o.o. zwrócił się do Projektanta z prośbą o „akceptację naszej propozycji zamiany zaoferowanych przez nas przepompowni przydomowych produkcji INWAP Sp. z o.o. [...] na przepompownie przydomowe produkcji firmy P.RH. EKO–SYSTEM POLSKA [...] oraz potwierdzenie równoważności zaproponowanych przez nas rozwiązań w odniesieniu do projektu". Projektant udzielił odpowiedzi z dnia 31.01.2013 r., z której wynika: „[...] stwierdzam, że pompownie te posiadają wymagane parametry hydrauliczne potrzebne dla prawidłowego funkcjonowania systemu kanalizacji ciśnieniowej zaprojektowanej na terenie gminy Zakrzówek. Są one porównywalne do założonych w projekcie, różnią się natomiast mocą silników oraz ilością obrotów, co moim zdaniem nie dyskwalifikuje ich przydatności do wykorzystania w realizowanej inwestycji". Ponadto, w piśmie z dnia 04,04.2013 r. Projektant stwierdził, że „stosowane w budowie kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej na terenie gminy Zakrzówek pompownie domowe ścieków produkcji firmy EKOSYSTEM wyposażone w pompy produkcji słowackiej PUMPEG posiadają parametry hydrauliczne potrzebne dla prawidłowego funkcjonowania systemu realizowanej kanalizacji, bez konieczności jej przeprojektowania". Dnia 18.03.2013 r. wykonawca WOD–BUD sp. z o.o. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o akceptację przepompowni przydomowych typu ESP–0914102/41/B31 produkcji firmy EKO–SYSTEM–POLSKA jako urządzeń równoważnych do rozwiązań zawartych w projekcie. W piśmie z dnia 20.03.2013 r. skierowanym do zamawiającego, Inspektor Nadzoru inwestorskiego stwierdził: „Na podstawie szczegółowej analizy i oceny dokumentów wystawionych przez producentów przydomowych przepompowni ścieków zawierających fekalia, INWAP Sp. z o.o. Brzeg oraz P.P.H. EKO–

*SYSTEM POLSKA Jasionka uznanych przez projektanta jako równoważne z pompowniami zaprojektowanymi dla potrzeb budowy kanalizacji w gminie Zakrzówek informuję, że zatwierdzam do realizacji przepompownie produkowane przez firmę P.P.H. EKOSYSTEM POLSKA typu ESP z pompą 5/4 GST-6-16T, pod warunkiem wyposażenia ich w szybkozłaczne elektryczne zasilania i sterowania pompą w pompowniach, gdzie skrzynka sterownicza nie będzie bezpośrednio na pompowni". Inspektor Nadzoru obszernie uzasadnił swoją decyzję, wykazując zgodność przepompowni ww. firmy z wszystkimi wymaganiami, poddając jednocześnie w wątpliwość Deklarację Zgodności przedstawioną przez firmę INWAP sp. z o.o. Natomiast w podsumowaniu wskazał: „Ponieważ przydomowe przepompownie ścieków stanowią podstawowy, ważny element systemu kanalizacji ciśnieniowej, dlatego dokonałem wyboru ich producenta ze szczególną starannością z uwzględnieniem wszystkich aspektów gwarancyjnych użytkowych w interesie przyszłego użytkownika". Dnia 21.03.2013 r. wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. przedstawił na wniosek zamawiającego „tabelaryczne porównanie danych technicznych elementów przepompowni przydomowych typu ESP-0914102/41/EO1 produkcji firmy EKO-SYSTEM POLSKA z pompą 5/4 GST-6-16T jako urządzeń równoważnych do rozwiązań zawartych w projekcie". Pismem z dnia 22.04.2013 r. zamawiający poinformował wykonawcę WGP-BUD sp. z o.o., że wybranym rodzajem przepompowni jest przepompownia typu ESP-0914102/41/GD1 z pompą 5/4 GST G-167 produkcji EKOSYSTEM POLSKA. Dnia 07.06.2013 r. został zawarty Aneks nr 2 do ww. umowy, zgodnie z którym: „pompy podlegające zamontowaniu w przydomowych przepompowniach ścieków wskazane w ofercie Wykonawcy złożonej w postępowaniu [...] zostaną zamienione na pompy PUMPEG5/4GST-6-18T". W toku postępowania wyjaśniającego zamawiający wyjaśnił, że:*

*– pismo z dnia 07.08.2013 r.: „Zawarta umowa o wyżej wymienione zamówienie publiczne jest umową o roboty budowlane, o której mowa w przepisach art 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Dz. U Nr 16, poz. 93 z późn. zm.], W związku z czym przedmiotem umowy nie była sprzedaż pomp do przydomowych przepompowni ścieków, ale oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem z zasadami wiedzy technicznej, w tym przypadku kanalizacji sanitarnej. [...]. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to oznacza, iż każdy potencjalny wykonawca kanalizacji sanitarnej mógł w swojej ofercie przedstawić takie pompy do przydomowych przepompowni ścieków, które nieznacznie w zakresie parametrów różniłyby się od tych, które zostały ujęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. jednakże zapewniałyby to, że kanalizacja sanitarna została wybudowana przy zachowaniu parametrów technicznych określonych*

przez projektanta. [...] zamontowane przydomowe przepompownie ścieków, które zawierają pompy innego producenta niż Skarżący, odpowiadają normie zharmonizowanej PN-EN-12050:1, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczania wyrobów budowlanych oznakowaniem CE [Dz. U. Nr 195, poz, 2011]. Przydomowe przepompownie ścieków zawierające pompy Skarżącego. nie odpowiadają powyższym normom. [...] Zmiana umowy nie charakteryzuje się cechami, które są istotnie odmienne od postanowień pierwotnego zamówienia, a także zmiana umowy nie wpływa na potencjalny krąg wykonawców, czyli nie wpływa na konkurencję. [...] Zmiana umowy w omawianym zakresie nie prowadzi do tego, iż mamy do czynienia z innym przedmiotem umowy, niż to jak zostało określone w przedmiocie zamówienia i w pierwotnym przedmiocie umowy. Na skutek zmiany umowy polegającej na zamianie pomp do przydomowych przepompowni ścieków nie następuje zmiana zaprojektowanej kanalizacji sanitarnej, nie ulega zmianie projekt budowlany, w oparciu o który kanalizacja sanitarna jest wykonywana, nie ulegają zmianie parametry techniczne kanalizacji sanitarnej, nie ulega zmianie zakres robót budowlanych koniecznych do wykonania, gdyż ta czy inna pompa jest tylko częścią przydomowych przepompowni ścieków, więc do wykonania pozostaje dalej zamontowanie przydomowych przepompowni ścieków" jako jednego z wielu elementów budowy kanalizacji sanitarnej, ponadto na skutek zamiany pomp nie ulega też zmianie wysokość wynagrodzenia, jak również terminy wykonania umowy."

– pismo z dnia 02.09.2013 r. [sprostowanie z dnia 04.09,2013 r.] – „Dopuszczając w odpowiedziach na zapytania przetargowe możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych [nie tylko przepompowni], Zamawiający nie określił zakresu równoważności urządzeń zaprojektowanych w systemie ciśnieniowej kanalizacji. [...]. Należy dodać, że istotne dane techniczne to m. in. minimalna wydajność , „Q” oraz wysokość podnoszenia „H” urządzenia pompowego, jak również obliczone hydraulicznie przepływy i średnice rurociągów oraz armatura, które to parametry są podstawowymi dla zapewnienia prawidłowego działania zaprojektowanej ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej będącej przedmiotem zamówienia publicznego, W tym zakresie nie mają większego znaczenia dane i szczegóły konstrukcyjne pomp, którymi posługuje się i opisuje INWAP, bowiem w większości są one tajemnicą handlową producentów pomp”.

Organ kontroli podał, że w związku z wątpliwościami co do prawidłowości dokonania przez zamawiającego zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, Prezes Urzędu

Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię w powyższej kwestii, w szczególności poprzez odpowiedź na następujące pytania:

1. Czy pompy wskazane w ofercie wykonawcy WOD–BUD Sp. z o.o. [tj. pompy ORKAN 5/4 firmy INWAP sp. z o.o.] są zgodne [lub równoważne] z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych?
2. Czy pompy zaakceptowane przez zamawiającego w wyniku zmiany umowy [tj. pompy PUMPEG 5/4 6ST–S–16T] są zgodne [lub równoważne] z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych?
3. Czy zmiana umowy w zakresie rodzaju pomp była zmianą istotną w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. mogła mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem?

Z opinii przedstawionej przez biegłego wynika:

Ad. 1) *„Tak, pompy wskazane w ofercie wykonawcy WOD–BUD sp. z o.o.. [tj. pompy ORKAN 5/4 firmy INWAP sp, z o.o.] są zgodne [lub równoważne] z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych”.*

Ad. 2) *„Nie, pompy zaakceptowane przez zamawiającego w wyniku zmiany umowy [tj. pompy PUMPEG 5/4 GST–6–18T] nie są zgodne [lub równoważne] z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, wyjaśnieniach do treści SIWZ oraz specyfikacjach technicznych”.*

Ad. 3) *„Tak, zmiana umowy w zakresie rodzaju pomp była zmianą istotną w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. mogła mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem”.*

W uzasadnieniu technicznym biegły wskazał m. in.; *„Dla domów jednorodzinnych dobową ilość ścieków bytowo–gospodarczych wynosi najczęściej 0,5–1,5 m<sup>3</sup>/d. Ścieki te gromadzone są w szczelnym zbiorniku i pompa tłocząca tłoczy je do zbiorczej grawitacyjnej sieci kanalizacji sanitarnej, a dalej na oczyszczalnię ścieków. Pompa włącza się kilka –kilkanaście razy na dobę i sterowana jest w pracy od włącznika – wyłącznika ustawionego na odpowiedni poziom ścieków w zbiorniku. Jednorazowa ilość pompowanych ścieków wynosi ok. 0,2 m<sup>3</sup>, a pompa tłocząca powinna mieć taką wydajność by pracowała przez czas kilku minut, a nie kilkanaście sekund, Z tych warunków wynika, by moc silnika pompy nie była zbyt*

wysoka [w założeniach przetargowych opiniowanego problemu określono jej moc na 0,8 kW]. Wysoka moc silnika elektrycznego pompy będzie powodem poboru prądu o większym natężeniu [największe obciążenie jest podczas rozruchu pompy] a wyłączenie się po kilkudziesięciu sekundach pracy będzie niekorzystne wpływało na trwałość całego układu silnik elektryczny – pompa. Prędkość obrotowa pompy ściekowej winna wynosić ok. 1000 obrotów na minutę. W ofertach proponowanych do zainstalowania:

1. w pompowni E/ONEGP1010 pompa ORKAN 5/4 firmy INWAP Sp, z o.o. ma prędkość obrotową 1435 obrotów na minutę i moc 0,8 KW.

2. w pompowni ESP z pompą PUMPEG 5/4 GST–8–18T ma prędkość obrotową 2810 obrotów na minutę i ma moc 1,1 kW.

Prędkość obrotową pompy napędzaną przez silnik elektryczny o obrotach synchronicznych na poziomie 1500 obrotów na minutę należy traktować jako graniczną wysokość obrotów przy instalowaniu pompy do tłoczenia ścieków sanitarnych– Zbyt wysoka prędkość obrotowa pompy wyposażonej również w rozdrabniarkę skratek będzie powodem wysokiego rozbicia substancji zawartych w ściekach sanitarnych. Ścieki tak rozbełtane będą zawierały zawieszinę trudno–opadalną co zdecydowanie zmniejszy efektywność ich oczyszczania w osadnikach wstępnych oczyszczalni ścieków.

W przesłanych do oceny materiałach przetargowych wymienione są alternatywnie do zastosowania w pompowniach ścieków:

- pompa z układem napowietrzania ścieków,
- pompa bez układu napowietrzania ścieków.

Jak omówiono wcześniej pompa ściekowa włącza się do pracy od poziomu ścieków zgromadzonych w szczelnym zbiorniku. W nocy przerwa w pracy pompy może wynosić kilkanaście godzin.

Ścieki sanitarne mają tendencję do zagniwania co jest wynikiem braku napowietrzania [dostarczenia tlenu]. Ścieki, w których występuje proces gnicia [fermentacja beztlenowa] są w następstwie tych procesów trudniejsze do oczyszczenia w biologicznych oczyszczalniach ścieków pracujących metodą utleniania rozpuszczonych substancji organicznych w systemie osadu czynnego lub złoź zraszanych.

Dodatkowo przy ocenach doboru pomp powinno się uwzględnić możliwość uszkodzenia – pęknięcia rurociągu tłocznego w wyniku uderzenia hydraulicznego przez tłoczone ścieki.

Pompa o mocy silnika 1,1 kW i 2810 obr/min, podczas włączenia się do pracy po nocnej przerwie w okresie zimowym [przy wystąpieniu korka lodowego w rurociągu], może wytworzyć takie ciśnienie, że przy sprężeniu powietrza w rurze tłoczącej nastąpi jej pęknięcie.

*Proponowana do alternatywnego zainstalowania pompownia ESP z pompą PUMPEG 5/4 GST-6-16T o mocy 1,1 kW i obr. 2810 min. zasadniczo narusza warunki ustalone w przetargu na inwestycję zainstalowania pompowni do tłoczenia ścieków sanitarnych z domów jednorodzinnych."*

W uzupełnieniu powyższej opinii biegły potwierdził, że:

- „pompy PUMPEG nie są równoważne do pomp ORKA [biegły informacyjnie wskazał, że prawidłowa nazwa pompy to ORKA, nie zaś ORKAN], zdecydowanie różnią się mocą i obrotami, pompy ORKA charakteryzują się korzystniejszymi parametrami pracy w zastosowaniu do przydomowych oczyszczalni;*
- pompy PUMPEG nie są tożsame z pompami ORKA. Ich wydajność oraz podnoszenie są podobne, ale to nie są wszystkie parametry istotne do analizy porównań;*
- według posiadanych przez nas materiałów ilość pomp ustalono na 471 sztuk. Przy różnicy mocy [jednej pompy] wynoszącej 0,3 [kW], łączna dla zadania zainstalowana moc pomp spowoduje różnicę mocy wynoszącą 141,3 kW], co znajdzie oczywiste odbicie w kosztach eksploatacyjnych;*
- obroty rzędu 2810 na minutę są wyjątkowo niekorzystne dla pracy w przydomowej oczyszczalni, co dokumentowaliśmy w naszej opinii.*

*Pompa ORKA uznana została [i słusznie] przez projektantów za technicznie, eksploatacyjnie i ekonomicznie korzystne rozwiązanie. Jeżeli ktoś chciał, z nieznanym nam powodów, zastąpić pompę ORKA inną pompą, to mając na uwadze wielu producentów pomp, należało rozpiścić przetarg na dostawę 471 pomp, spełniających lepiej niż ORKA swoje przeznaczenie i być bardziej ekonomiczne".*

Natomiast w odpowiedzi na ustosunkowanie się do kwestii zgodności przepompowni ścieków z pompami zamontowanymi przed i po zmianie umowy z normą PN-EN 12050 biegły wskazał; „[...] jak wynika z całości postępowania, spór dotyczy pomp, a nie przepompowni, w której może być zainstalowana każda, zgodna z SIWZ pompa. Powyższe pompy jako urządzenia techniczne nie są związane z normą PN-EN 1205- 1 [powinno być PN-EN 12050-1 – przyp. kontrolera], ponieważ norma ta nie dotyczy pomp – dotyczy wyłącznie przepompowni jako obiektu budowlanego".

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się powyższy przepis, oznacza konieczność zbadania i porównania treści



stosunku prawnego [umowy] uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy. Ponadto, dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu ww. przepisu będziemy mieli zatem do czynienia m.in. w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone [Na podstawie wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C 454/16 Presstext Nachrichtenagentur: „Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która zasiała pierwotnie dopuszczona”]. A contrario, zmiany nieistotne, w świetle powyższego artykułu powinny być rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik tego postępowania. Organ kontroli jednocześnie podkreślił, że ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym wypadku uwzględnić konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

W ocenie organu kontroli, uwzględniając w szczególności opinię biegłego, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że biegły podważył podstawę wprowadzenia zmiany umowy w zakresie rodzaju pomp wporowych. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach wskazał bowiem, że *„zamontowane przydomowe przepompownie ścieków, które zawierają pompy innego producenta niż Skarżący [tj. firmy INWAP sp. z o.o.], odpowiadają normie zharmonizowanej PN-EN-12050:1 [...]”*. Z kolei *„przydomowe przepompownie ścieków zawierające pompy Skarżącego, nie odpowiadają powyższym normom”*. Natomiast biegły

stwierdził, że pompy firmy INWAP Sp. z o.o. są zgodne ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, natomiast podnoszona przez zamawiającego norma PN-EN 12050:1 dotyczy przepompowni ścieków, nie zaś samych pomp. Opierając się zatem na opinii biegłego należy stwierdzić, że zmiana umowy w zakresie pomp wporowych nie była uzasadniona okolicznościami wskazanymi przez zamawiającego. Z opinii biegłego wynika ponadto, że pompy dopuszczone na podstawie zmiany umowy posiadają znacząco odmienne parametry od wymaganych przez zamawiającego pierwotnie w SIWZ w zakresie mocy silnika oraz prędkości obrotowej pompy i w związku z tym nie można uznać je za równoważne. Jednocześnie parametry podniesione przez biegłego są istotne z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania przydomowych przepompowni ścieków. Same zaś przepompownie ścieków, jak wskazał Inspektor Nadzoru Inwestorskiego w piśmie z dnia 12.03.2013 r. stanowią podstawowy, ważny element systemu kanalizacji ciśnieniowej budowanej w gminie. Prowadzi to w konsekwencji do stwierdzenia, że wprowadzenie przedmiotowej zmiany do umowy spowodowało, iż zobowiązanie wykonawcy istotnie odbiegało od zobowiązania zawartego pierwotnie w ofercie. Potwierdza to również opinia biegłego, z której wynika, że jeśli zamawiający chciał dokonać zmiany rodzaju pomp, powinien przeprowadzić nowy przetarg. Ponadto, gdyby wybrany wykonawca WOD – BUD sp. z o.o. od początku oferował pompy PUMPEG, posiadające zdaniem biegłego parametry niezgodne z opisanymi w SIWZ, oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tym samym, rodzaj oferowanych pomp miałby wpływ na wynik postępowania, tj. na wybór oferty. W konsekwencji zmianę umowy w zakresie rodzajów pomp wporowych należy uznać za zmianę istotną w świetle art. 144 ust. 1 ustawy, dopuszczalną tylko w przypadku, jeśli została przewidziana i skonkretyzowana w treści ogłoszenia lub SIWZ, Jak wynika jednak ze stanu faktycznego niniejszej sprawy, zamawiający nie przewidział zmiany umowy w tym zakresie, co oznacza, że jej wprowadzenie stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy.

Organ kontroli podkreślił następnie, że w SIWZ zamawiający wskazał, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia może ubiegać się wykonawca, który osiągnął roczny przychód netto ze sprzedaży w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, co najmniej w wysokości 20 000 000 zł w każdym roku. Zamawiający poinformował, że *„ocena spełnienia warunku dotyczącego średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży nastąpi na podstawie załączonego przez wykonawcę rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody netto ze sprzedaży – za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”*. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 8 943

181,62 zł [tj. 2 224 893:42 euro], w tym wartość zamówień uzupełniających 297 287,22 zł [tj. 73 959,40 euro]. W toku postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego z prośbą o zmianę powyższego warunku, wskazując m. in. że *„Zamawiający w sposób ewidentny ogranicza konkurencję i nierówno traktuje wykonawców poprzez opisanie warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej, Tak wygórowane warunki nie znajdują żadnego uzasadnienia. [...]”* Zamawiający konsekwentnie nie wyrażał zgody na zmianę warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, jeden z wykonawców skierował do zamawiającego zawiadomienie o naruszeniu prawa m. in. w zakresie opisanego warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej, na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy a zamawiający nie ustosunkował się do powyższego zawiadomienia. Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, wskazanego we wniosku o kontrolę, zamawiający wyjaśnił m. in. iż *„chcąc mieć należyście i terminowo zrealizowaną inwestycję uznał że do wykonania robót należałoby zapewnić sobie wykonawcę, którego możliwości techniczne i zwłaszcza ekonomiczne zapewniają osiągnięcie tego celu. [...] W celu zagwarantowania wykonawcy o dużym potencjale ekonomicznym, gwarantującym ciągłość zaopatrzenia materiałowego, rytmiczną pracę oraz nie występowanie wykonawcy o zaliczki, postawiony został warunek zdolności kredytowej. [...] Mając zaplanowane inwestycje w Wieloletniej Prognozie Finansowej i Wieloletnim Programie Inwestycyjnym, nie stać byłoby Gminy Zakrzówek na zrealizowanie budowy kanalizacji w wypadku, gdyby doszło do rozwiązania umowy przez wykonawcę mającego problemy finansowe, czy nawet znacznego przesunięcia jej wykonania w czasie, [...] Gmina Zakrzówek zastosowała przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu również w celu dotrzymania terminu realizacji umowy o dofinansowanie z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego [niewielki margines błędu w wypadku rozwiązania umowy w 2014 t.] – możliwość utraty dofinansowania w związku z końcem okresu finansowania w ramach RPO 2007–2013. Taki warunek w zakresie: sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy, posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej, zdaniem zamawiającego gwarantował pomyślną realizację inwestycji, brak ryzyka finansowego gminy oraz minimalizował ryzyko utraty dofinansowania. [...]”*

Wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady sprowadzają się do zapewnienia jak najszerzego 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. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu, które wyznaczają krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie danego zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy, opis sposobu

dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania [art. 7 ust. 1 ustawy]. 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. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, wymóg dotyczący osiągnięcia przez wykonawców rocznego przychodu netto ze sprzedaży w ostatnich trzech latach obrotowych w wysokości co najmniej 20 000 000,00 PLN w każdym roku obrotowym, zdaniem organu kontroli należy uznać za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, którego wartość szacunkowa została ustalona na kwotę 8 943 18162 zł netto. Zamawiający nie wykazał skutecznie, że tylko wykonawcy posiadający tak duże roczne przychody ze sprzedaży są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia oraz jednocześnie, że wykonawcy posiadający mniejszą zdolność ekonomiczną w tym zakresie nie dają rękojmi właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. Obawy zamawiającego związane z ryzykiem wystąpienia potencjalnych problemów w trakcie realizacji umowy nie mogą uzasadniać formułowania wygórowanych i nieuzasadnionych wielkością przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu, które ograniczają uczciwą konkurencję i eliminują z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem powyższego jest okoliczność, iż w toku prowadzonego postępowania wykonawcy wnosili o zmianę warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej, uznając go za nieuzasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy.

Organ kontroli dopatrył się także naruszenia art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 11 ust. 6 ustawy, polegającego na niezamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności finansowej i ekonomicznej; naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 1. ustawy, polegającego na zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów od początku niezgodnych z treścią SIWZ; naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w wyniku zaniechania wezwania jednego z wykonawców do uzupełnienia zobowiązania zawierającego informację, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia i w jakim charakterze; a także naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie polegające na braku wezwania jednego z wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów finansowych [rachunków zysków i strat] w zakresie obowiązku badania ich przez biegłego rewidenta.

W dniu 3 kwietnia 2015 r. Zamawiający złożył zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, w odniesieniu do stwierdzonych w pkt 1 i 2 naruszeń przepisów. W uzasadnieniu Zamawiający podał, w zakresie punktu 1 Informacji że organ kontroli całość swoich ustaleń w zakresie punktu 1 informacji pokontrolnej poczynił w oparciu o opinię biegłego powołanego w trakcie postępowania pokontrolnego, co następnie determinowało ocenę prawną poczynioną w tymże punkcie informacji pokontrolnej. Zamawiający podał, że opinia biegłego jest błędna, zaś wyprowadzone wnioski są „kuriozalne”, nie mające nic wspólnego z wiedzą techniczną w zakresie kanalizacji sanitarnej. Zdaniem Zamawiającego, biegły mylnie, zamiennie używa określeń wyrobów będących jednym z wielu elementów ciśnieniowej sieci kanalizacyjnej: raz pompa, raz pompownia, innym razem przepompownia przydomowa lub też przydomowa oczyszczalnia. W zakresie tego ostatniego sformułowania mamy do czynienia nie tylko z błędem w nazewnictwie wyrobów, ale także z błędnym wskazaniem stanu faktycznego, gdyż w przedmiotowym zamówieniu publicznym nie występowały przydomowe oczyszczalnie. Nie mniej jednak powyższe wyroby są diametralnie różne, dlatego ich nazwa ma kapitalne znaczenie w ich rozróżnianiu. Powyższe doprowadziło do szeregu nieporozumień i nieścisłości w ocenie prawidłowości realizacji zamówienia publicznego, czego wyrazem chociażby jest treść pytań sformułowanych do biegłego, dotyczących samych pomp w oderwaniu od przedmiotu zamówienia [sieć ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej]. Zamawiający podkreślił, że powyższy zabieg jest, jak najbardziej po myśli skarżącego: INWAP Sp. z o.o., który nie będąc w ogóle wykonawcą budowy sieci kanalizacyjnej, a będąc wyłącznie producentem pomp, wytworzył taką sytuację, iż przedmiotowe zamówienie publiczne miałoby dotyczyć dostawy tychże pomp, a nie budowy sieci ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej. Na powyższe jednoznacznie wskazuje, zamieszczenie w informacji pokontrolnej stwierdzenia [str. 8], tu cytat; *„Jeżeli ktoś chciał, z nieznanych nam powodów, zastąpić pompę ORKA inną pompą, to mając na uwadze wielu producentów pomp, należało rozpiścić przetarg na dostawę 471 pomp, spełniających lepiej niż ORKA swoje przeznaczenie i być bardziej ekonomiczne”*. Powyższe, bezkrytyczne powtórzenie słów biegłego [pismo z dnia 9 lutego 2015 r., str. 3], każe wątpić w to, czy

w ogóle biegły zadał sobie trud, aby należycie i dogłębnie przeanalizować stan faktyczny niniejszego zamówienia publicznego, nie mówiąc już o jego wiedzy z zakresu zamówień publicznych. Zamawiający podkreślił, że przedmiotem zamówienia publicznego nie była dostawa pomp, ale budowa sieci kanalizacji sanitarnej z materiałów i wyrobów budowlanych zaproponowanych przez wykonawcę, w związku z czym należy postawić pytanie, jak wyobraża sobie biegły, w ramach przedmiotowej inwestycji, dostawę innych wyrobów, niż te, które zaproponuje wykonawca budowy sieci kanalizacji sanitarnej?

Odnosząc się w dalszym ciągu, do kwestii technicznych należy zauważyć, iż przydomowa przepompownia ścieków jest powtarzalnym, zautomatyzowanym wyrobem budowlanym produkowanym seryjnie dla potrzeb ciśnieniowej kanalizacji, a nie jak pisze biegły obiektem budowlanym [zob. definicja obiektu budowlanego]. Obiektem budowlanym byłaby np. pompownia sieciowa, czy strefowa, wybudowana według oddzielnego projektu na budowę, której należałoby uzyskać oddzielne pozwolenie na budowę. Kompaktowa przepompownia przydomowa składa się z wielu elementów, np. ze zbiornika z PE, w który wtopione są belki, uchwyty, zaczepy, szczelne przejścia przez ściany rurociągu tłocznego i kabli, z hydrauliki przepompowni, armatury, itp. oraz z pompy i szafki sterowniczej. Wszystkie elementy przepompowni przystosowane są do gabarytów konkretnej pompy, konkretnego producenta z odpowiednim sterownikiem. Dlatego też montowanie pomp w zbiornikach przepompowni w warunkach prowadzonej budowy kanalizacji [co sugeruje biegły] jest technicznie niewykonalne. Przygotowując przedmiotowe zadanie inwestycyjne, ani projektant, ani inwestor, ani tym bardziej wykonawca ciśnieniowej kanalizacji, nie przewidywali dostawy pomp w oderwaniu od produkowanej w zakładzie produkcyjnym kompletnej prefabrykowanej przydomowej przepompowni ścieków. Pompa jest jednym z wielu elementów tejże przepompowni przydomowej.

Zamawiający wymagał kompletnych [a więc z zamontowaną pompą] przepompowni przydomowych podlegających zharmonizowanej normie europejskiej PN-EN 12050-1:2002, co również potwierdza biegły w swojej opinii, natomiast pompy nie są wyrobem budowlanym, są maszyną – agregatem i ich dopuszczenie do obrotu na rynku podlega innej normie i dyrektywie [89/106/EEC], co też jest bezsporne.

Wniosek wykonawcy o zamianę przepompowni przydomowej produkowanej przez INWAP sp. z o.o. powstał głównie na skutek nieposiadania przez tego producenta zgodnej z normą PN-EN 12050-1:2002 wymaganej deklaracji zgodności i braku certyfikatu na znak towarowy CE na etapie zatwierdzania wyrobów budowlanych do wbudowania na budowie ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej. Przedłożona przez INWAP sp. z o.o. deklaracja zgodności z nadrukiem CE, najpierw bez numeru, z 2012 r., a potem Nr 01/2013 z dnia

2013.02.02. bez podania na nich numeru raportu z badań typu jednostki notyfikowanej, budziły słuszne wątpliwości [znak CE] dlatego wykonawca i zamawiający po rozeznaniu również i zasięgnięciu opinii u użytkowników przepompowni INWAP sp. z o.o. postanowili, z udziałem projektanta, zamienić przepompownie INWAP Sp. z o.o. na przepompownie równoważne produkcji EKOSYSTEM-POLSKA, który to producent posiadał wszystkie przewidziane przepisami dokumenty i badania na swój wyrób.

Budzi również wątpliwości fakt nie znakowania przez INWAP Sp. z o.o. swoich przepompowni przydomowych znakiem CE podczas, gdy na deklaracji zgodności dotyczącej tej przepompowni taki znak drukuje, co jest niedopuszczalne i sprzeczne z przepisami i podlega zakwestionowaniu z punktu widzenia wprowadzania w błąd nabywców tegoż wyrobu.

Wykonawca WOD – BUD sp. z o.o. dostarczył Inwestorowi protokół badania Nr ewidencyjny 06.365.621 sporządzony przez uprawnioną, uznaną w Unii Europejskiej jednostkę notyfikowaną z Ostrawy TUV SUD Czech s.r.o., która zgodnie ze zharmonizowaną normą PN-EN 12050-1:2002 wydała negatywną opinię o przepompowni z produkowaną przez INWAP Sp. z o.o. pompą ORKAN. Wszyscy producenci przepompowni przydomowych w Polsce posiadają niezbędne badania typu wyrobu i posiadają certyfikaty na znak CE [przykładowy certyfikat w załączeniu].

Mając na uwadze powyższe, wyrób INWAP sp. z o.o. nie mógł by być zastosowany [wbudowany] przy realizacji budowy ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej bez zgodnych z przepisami prawa, m. in. budowlanego i wynikającymi z przepisów prawa europejskiego, dokumentów.

Niezależnie od powyższego opinia biegłego powołanego w ramach kontroli doraźnej jest obciążona następującymi błędami:

– str. 4 pkt 3: Cyt.: „Zgodnie z aneksem nr 2 z dnia 11.09.2012 do umowy jak wyżej „pompy [...] zostaną zamienione na pompy PUMPEG 5/4" GST-6-16T produkcji EKOSYSTEM Polska S.A". – Aneks do umowy został podpisany w dniu 7 czerwca 2013 r., więc nie wiadomo o jaki aneks biegłemu chodzi. Dodatkowo należy zaznaczyć . że pompa PUMPEG 5/4" GST-6-16T nie jest produkowana przez EKO-SYSTEM Polska S.A". EKOSYSTEM Polska S.A". produkuje kompletne kompaktowe przepompownie przydomowe, montując w nich pompy różnych producentów, m.in: pompy PUMPEG;

– str.6: nie wiadomo skąd wywodzi się twierdzenie biegłego, że prędkość obrotowa pompy ściekowej winna wynosić 1000 obr/min, a następnie przyjął, że prędkość graniczna winna wynosić 1500 obr/min. Nie podparł tego i innych swoich twierdzeń żadną normą, czy wytycznymi do projektowania. Nie wiadomo dlaczego twierdzi, że moc silnika elektrycznego 1,1 kW to moc wysoka i że wyłączenie się pompy po kilkudziesięciu sekundach będzie miało niekorzystny wpływ na trwałość układu pompa–silnik. Każdy producent bada optymalne własności swoich wyrobów i na pewno nie wypuścił by na rynek pompy gorszej niż konkurencja. Szafka sterownicza firmy EKO–SYSTEM ma wiele funkcji określających i rejestrujących parametry pracy przepompowni, m. in. rejestruje czas pracy pompy, ilość włączeń i ilość pompowanych ścieków [czego nie ma przepompownia INWAP sp. z o.o.]. Z dokonanych odczytów pracujących już od dawna przepompowni w gminie Zakrzówek wynika, że średni cykl pracy pompy to ok. 2 minuty. Nie można twierdzić, że czas pracy pompowni powinien wynosić kilka minut czy kilkanaście sekund, ponieważ zależy to również od wysokości ciśnienia [oporu hydraulicznego] w zbiorczej sieci tłocznej jakie ma do pokonania pompa w momencie uruchomienia. Charakterystyki obu spornych pomp wyporowych są podobne. Na podstawie tych charakterystyk dobierane są zasadnicze wielkości niezbędne do zaprojektowania i do działania systemu ciśnieniowego kanalizacji. Są to wydatek „Q” w [l/sek], oraz wysokość podnoszenia „H” w [m]. Większe obroty silnika i jego większa moc są tu nieistotne, a nawet bardziej korzystne dla wielokilometrowego układu ciśnieniowej sieci kanalizacyjnej, której średnice są policzone i wykonane w wielkościach od 40 do 140 mm z założeniem minimalnego przepływu 0,7 m/s. [patrz zeszyty AW–A116P – Specjalne systemy kanał, ciśnieniowej]. Zastosowanie równoważnych z projektem przepompowni ścieków wyposażonych w pompę o zwiększonej mocy i większych obrotach wpływają korzystnie na hydraulikę ciśnieniowego systemu kanalizacji, [lepszy transport ścieków], a co za tym idzie na jej eksploatację. Występuje tu bowiem efekt „samooczyszczania przewodów tłocznych” w przypadku ich zatorów poprzez przepchanie ściekami pod zwiększonym ciśnieniem wytworzonym przez pompy o zwiększonej mocy i zwiększonych wydajnościach wynikających z wyższych obrotów pomp, co już się w Zakrzówku sprawdza. Ma to również korzystne znaczenie w przypadku konieczności zwiększenia średnicy rurociągu tłoczego, lub dodatkowych przyłączy do sieci.

Z tego też powodu większość firm produkuje przepompownie przydomowe z pompami napędzanymi silnikiem o mocy 1,0 kW– 3 kW i obrotach ok. 2800 – 2900 obr/min [Presscan, IWiło, Grundfos, Conplast, Pumpeg, Sigma, itp.]. Nawet INWAP sp. z o.o. zachęca w swoich katalogach [w załączeniu] do zastosowania w przepompowniach przydomowych produkowanej przez niego pompy ORKA–NT o zwiększonej mocy do 1,5 kW i większych obrotach 2800 obr/min, jako odmianę pompy ORKA–N, cyt: „*Wyróżniającą się*



cechą jest 2 x większa prędkość obrotowa. Ponadto pompa ORKA–NT posiada nowoczesne rozwiązania techniczne: [...] moc silnika 1,5 kW; energooszczędność porównywalną dla pomp wyporowych o prędkości obrotowej 1400 obr/min; współczynnik zużycia energii elektrycznej wynosi od 0,25kW/m<sup>3</sup> itd. W tej sytuacji wywody biegłego na temat szkodliwości większych obrotów i większej mocy niż pompy ORKA–N nie mają pokrycia ani w teorii, ani w praktyce inżynierii sanitarnej. Twierdzenie, że „zbyt wysoka prędkość obrotowa pompy wyposażona również w rozdrabniarkę skratek [skratki są na kratkach w oczyszczalni, a nie w pompowni, dopisek autora niniejszego pisma] [...] Ścieki tak rozbełtane będą zawierały zawiesinę trudno–opadającą co [...]”, oznacza, iż powołany biegły nie zadał sobie trudu zweryfikowania tych twierdzeń w odniesieniu do oczyszczalni w Gminie Zakrzówek, do której podłączona jest kanalizacja sanitarna. Mówiąc wprost, to stwierdzenie biegłego nie dotyczy oczyszczalni w Zakrzówku. Biegły nie zna jej technologii oczyszczania gdyż nigdy tam nie był i technologii tej nie badał. Nie ma też [jak twierdzi biegły] alternatywnych rozwiązań w materiałach przetargowych dotyczących pomp z układem lub bez układu napowietrzania ścieków. Układy napowietrzania projektuje się oddzielnie poza przepompowniami przydomowymi. Większe obroty rozdrabniacza powodują lepsze dotlenienie ścieków. Dotlenianie rurociągów rozwiązano poprzez, liczne sieciowe zawory napowietrzające – odpowietrzające umieszczone w studniach wzdłuż trasy kanalizacji ciśnieniowej. Przepompownia jest też wentylowana. Teoria o nocnych przestojach pompowni i zagniwaniu ścieków nie ma nic wspólnego z obrotami, czy mocą pompy. Ścieki będą zagniwać niezależnie od rodzaju i producenta pompy, czy przepompowni. Procesy gnilne zachodzą najczęściej w rurociągach tłocznych [patrz wytyczne do projektowania kan. ciśn.], które w gminie Zakrzówek stanowią ok. 85% kanalizacji i są stosunkowo długie [ok. 60 km.] Dlatego oczyszczalnia została zaprojektowana tak, aby te ścieki oczyścić.

Producent oczyszczalni ścieków, do której podłączona jest kanalizacja sanitarna w gminie Zakrzówek, w całości neguje teorie biegłego w zakresie procesu technologicznego oczyszczalni ścieków zbudowanej w gminie Zakrzówek. Te teorie biegłego nie tylko obnażają jego niewiedzę w zakresie stanu faktycznego, tj. jaka jest technologia zastosowana w oczyszczalni ścieków w Gminie Zakrzówek, ale także obnażają niewiedzę techniczną i technologiczną biegłego [zob. pismo z dnia 1 kwietnia 2015 r., w załączeniu]: str. 7: „Dodatkowo przy ocenach doboru pomp [...]”. Zaprezentowana wiedza biegłego każe przypuszczać, iż nie ma on żadnego doświadczenia teoretycznego, ani praktycznego w zakresie kanalizacji sanitarnej, bowiem nie istnieją żadne wskazania techniczne, ani też technologiczne, aby dobierać do niewielkiej przydomowej przepompowni pompy wyporowe, pod kątem możliwości powstania uderzenia hydraulicznego i pęknięcia rurociągu. Pompy takie charakteryzują się tym, że ich zdolność wytwarzania ciśnienia jest w granicach od 0 bar

przy wydajności ok. 0.9 l/s do max 8 bar przy wydajności ok. 0,51/s. Silnik ma rozruch pojemnościowy i jest zabezpieczony termicznie przed przeciążeniem. Nie ma możliwości uderzenia hydraulicznego przy tak niskich ciśnieniach i wypełnionym ściekami odpowietrzonym rurociągu. Kanalizacja ciśnieniowa jest układem otwartym zakończona wolnym wlotem do studni „rozprężnej”. Kanalizację ciśnieniową ułożono z rur ciśnieniowych PE 100RC SDR11 PN 16, które wytrzymują ciśnienie 16 atmosfer. Rurociągi przeszły próby ciśnieniowe na ciśnienie 10 atmosfer. Bezzasadną jest teoria, że w rurociągach tłocznych kanalizacji sanitarnej może powstać korek lodowy. Rurociągi układane są zgodnie z normą na głębokości poniżej strefy zamarzania gruntu, tj. na głębokości poniżej 1,6 m, a ścieki mają dodatnią temperaturę. Przepompownia też jest zakopana poniżej strefy zamarzania ok. 2,5 m. Zamawiający nie zgodził się z tezą biegłego, że wszystkie wodociągi by zamarzały i pękały. Pismo biegłego z dnia 9 lutego 2015 r., str. 8: *„W odpowiedzi [...] Obecnie poszerzamy te wyjaśnienia, informując że: [...]”*:

– ad. a: informacje biegłego są błędne. Prawidłowa nazwa to ORKA – N, a nie ORKA [katalog pomp INWAP sp. z o.o. oraz dostarczone deklaracje],

– ad. b: *„Zamawiający pismem z dnia 08.08.2012 r. poinformował Wykonawcę [...]”* – przydomowe przepompownie, a nie przydomowe oczyszczalnie muszą spełniać wymogi norm europejskich PN–EN, w tym wypadku PN–EN 12050–112002,

– ad c: nie było opracowanej oddzielnie dokumentacji przepompowni przydomowej i żadna „rada techniczna” jej nie opiniowała. Sporządzając projekt techniczny ciśnieniowej kanalizacji, projektant opisując przepompownię przydomową posłużył się gotowym szczegółowym opisem konkretnego „znaku towarowego” sporządzonym przez amerykańską firmę produkującą przepompownie przydomowe GP–1010, oraz pompy wyporowe E/ONE.

– ad. d: *„W konsekwencji istotą sporu [...]”*.

Biegły – w ocenie Zamawiającego – nieuważnie przeczytał pismo inspektora nadzoru z dnia 20 marca 2013 r. albo nie rozróżnia pojęć, co to jest „przepompownia” [pompownia], a co „pompa”. W piśmie tym inspektor wyraźnie pisze że zatwierdza przepompownie przydomowe produkcji P.P.H. EKO–SYSTEM POLSKA typu ESP z pompą 5/4" GST–6–16T. Nigdy nie pisał, że norma PN–EN 12050–1:2002 dotyczy pompy, EKO–SYSTEM POLSKA nie jest producentem pomp, lecz montuje je w produkowanych przez siebie kompaktowych przepompowniach przydomowych. Producent ten wypuszcza na rynek przepompownie, przebadane przez notyfikowaną jednostkę zgodnie z PN–EN 12050–1:2002 z różnymi pompami różnych producentów. Między innymi badał przepompownie z pompami produkcji

INWAP Sp. z o.o., które uprawniona jednostka notyfikująca z Republiki Czeskiej uznała za niezgodne z powyższą normą zharmonizowaną [protokoły badań w załączeniu]. Przepompownia ścieków fekalnych nie jest obiektem budowlanym jak pisze biegły. W rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady [UE Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r., w art 2 pkt 1, jest definicja wyrobu budowlanego, a w pkt 3 definicja „obiekty budowlanego”: „*Obiekty budowlane oznacza budynki i budowle*”. W przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym obiektem budowlanym jest wybudowana ciśnieniowa kanalizacja sanitarna, a wyrobem budowlanym kompaktowa przydomowa przepompownia ścieków, która jest jednym z jej wielu elementów. Zamawiający podkreślił, że nie żądał aby przepompownie, a tym bardziej pompy były tożsame [identyczne] z opisanymi w projekcie, tzn. takie jak produkcji amerykańskiej firmy E/ONE – lecz równoważne.

Co do tezy zawartej w piśmie biegłego z dnia 9 lutego 2015 r., str. 9: „*pompy PUMPEG nie są tożsame [...]*”, Zamawiający podał, że wyliczona wartość mocy 141,3 kW nie będzie miała znaczącego wpływu na koszty eksploatacyjne, 471 przepompowni nie pracuje jednocześnie, a ich zasilanie energetyczne podzielone jest na kilka stacji transformatorowych dla każdej miejscowości, według, podziału na zadania inwestycyjne. Zasilanie elektryczne przepompownie mają z instalacji budynków jednorodzinnych za licznikiem energii elektrycznej, co oznacza, iż koszty zużycia energii elektrycznej będą ponosili mieszkańcy, nie zaś Gmina Zakrzówek. Stąd to zagadnienie od razu zostało przewidziane przez zamawiającego w SIWZ, gdzie wskazano, iż zamawiający nie będzie brał pod uwagę kosztów zużycia energii elektrycznej. Roczny koszt zużycia energii elektrycznej wynosi średnio około 20 złotych, to tyle co użytkowanie w ciągu roku żarówki 60 W. Obroty rzędu 2810 na minutę nie pracują w przydomowej oczyszczalni - Zamawiający postawił w tej mierze retoryczne pytanie, jak „obroty” mogą pracować, wskazując, że to sformułowanie biegłego jest kompletnie niezrozumiałe. Zamawiający odniósł się też do pisma biegłego z dnia 17 lutego 2015 r., str. 2: „*Pismem z dnia 05.02.2015 poprosiliście o wyjaśnienia [...]. Od chwili pisma inspektora Nadzoru inwestorskiego [w dokumentacji przetargowej], [...]*”, wskazując, że Inspektor nadzoru nie brał udziału w przetargu i wcześniej w opracowaniu dokumentacji przetargowej, zwłaszcza projektowej, technicznej. Inspektor nadzoru nigdy nie dyskwalifikował pompy ORKA [a właściwie ORKA–N], ponieważ rozpatrywał gotowe kompaktowe przepompownie ścieków z zamontowanymi już fabrycznie pompami na podstawie dostarczonych mu przez wykonawcę dokumentów. Natomiast pompę ORKA–N zdyskwalifikowały badania przeprowadzone przez Notyfikowaną Jednostkę Certyfikującą TUV SUD Czech z Ostrawy.

W związku z powyższym opinia biegłego została, zdaniem Zamawiającego, wydana w oderwaniu od realiów stanu faktycznego, w którym nastąpiła realizacja zamówienia publicznego, powyższe dotyczy zwłaszcza w braku zaznajomienia się biegłego z technologią wykorzystywaną w oczyszczalni ścieków w gminie Zakrzówek, ponadto w ocenie Gminy Zakrzówek biegły wykazał brak elementarnej wiedzy w zakresie budowy sieci ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej, czego przykładem jest zamienne posługiwaniem się pojęciami pompownia [przepompownia], pompa, przydomowa oczyszczalnia dla opisu tego samego zjawiska, nie mówiąc już o teoriach biegłego w zakresie mechanicznego uszkodzenia rurociągu na skutek tworzenia się tzw. korków lodowych, czy też niezrozumienia procesów gnilnych, zwłaszcza mechanizmu ich powstania. Zdaniem Zamawiającego, biegły również wykazał brak elementarnej wiedzy z zakresu przepisów zamówień publicznych myląc roboty budowlane [budowa sieci ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej] z dostawą pomp.

Zamawiający wniósł o ponowne powołanie biegłego z zakresu budowy sieci kanalizacji sanitarnej, a nie biegłego z zakresu sporządzania ocen oddziaływania na środowisko, czy też szerzej z zakresu ochrony środowiska, gdyż wiadomości specjalne, które są potrzebne dla oceny problemu przedmiotowego zamówienia publicznego, winien mieć biegły przede wszystkim z zakresu budownictwa kanalizacji sanitarnej.

W zakresie punktu 2 Informacji Zamawiający podniósł, że przepisy, których naruszenia, w ocenie kontrolujących dopuściła się Gmina Zakrzówek, tj. art. 22 ust. 4 ustawy nie zabraniają zamawiającemu, tak skonstruowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aby interes zamawiającego był chroniony. Rzeczą oczywistą, nie podlegającą dyskusji, jest zapewnienie zasad uczciwej konkurencji oraz równości w dostępie do zamówień publicznych, o których mowa w przepisach art. 7 ust. 1 ustawy. Z dyspozycji przepisów art. 22 ust. 4 ustawy wynika, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Jednakże powyższe zasady udziału w postępowaniu wykonawców, nie mogą być rozumiane w ten sposób, iż zamawiający musi za wszelką cenę zachować powyższe zasady ze szkodą dla własnego interesu, ze szkodą dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok z dnia 30 marca 2010 r. [sygn. akt: KIO/UZP 339/10, opubl. LEX Nr 576587]: *„To opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powiązany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego, ma zagwarantować Zamawiającemu weryfikację wykonawców ubiegających się o zamówienie, dającą Zamawiającemu pewność, iż wykonawca spełniający wymagania podoła realizacji zamówienia.”*, wyrok z dnia 23 marca 2010 r. [sygn. akt:

KIO/UZP 299/10, opubl. LEX Nr 575418]: „Opis sposobu oceny spełniania warunków zamówienia jest konkretyzowany w każdym postępowaniu z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia, w tym warunków płatności, terminów i harmonogramu realizacji umowy, a nie wyłącznie w odniesieniu do wartości zamówienia.”, czy też uchwała z dnia 20maja 2010 r. [sygn. akt: KIO/KU 34/10, opubl. LEX Nr 585662]: „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznaczałoby "mniej więcej taki sam" jak przedmiot zamówienia, jednocześnie "nie za duży, ale i nie za mały". Samo badanie prawidłowości postawionego warunku odnosi się do konkretnych okoliczności i w nawet wydawałoby się identycznych okolicznościach, może okazać się, że taki sam warunek może w jednym przypadku zostać uznany za nadmierny, a w innym za prawidłowy, jeśli zamawiający potrafi w logiczny i akceptowalny sposób wyjaśnić przyczynę takiego właśnie jego określenia”.

Zamawiający podał, że wielokrotnie, w trakcie postępowania kontrolnego dotyczącego projektu podkreślał, iż uzasadnieniem zastosowania warunków udziału wykonawcy w postępowaniu o wymienionego zamówienia w postaci:

- a) osiągnięcia rocznego przychodu netto ze sprzedaży w ostatnich 3 latach obrotowych, w wysokości co najmniej 20 000 000 PLN w każdym roku,
- b) posiadania środków finansowych wysokości 8 000 000 PLN lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 8 000 000 PLN,
- c) posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 5 000 000 PLN,

było to, iż aby roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia były wykonane należycie i terminowo, w związku z czym do realizacji tej inwestycji należałoby zapewnić sobie wykonawcę, którego możliwości techniczne i zwłaszcza ekonomiczne zapewnią osiągnięcie tego celu.

Rzeczą oczywistą jest to, iż powyższe dążenie zamawiającego, w sensie teoretycznym, powinno być realizowane przy każdym zamówieniu publicznym i przez każdego zamawiającego. Jednakże w tym konkretnym przypadku, przy tym konkretnym zamówieniu, powyższe zwłaszcza miało szczególne znaczenie, podyktowane nie tylko koniecznością osiągnięcia celu nadrzędnego projektu, jakim była poprawa wód powierzchniowych, poprawa stanu sanitarnego regionu oraz stworzenie możliwości do rozpoczęcia realizacji nowych inwestycji przemysłowych. To konkretne zamówienie publiczne nie może być oceniane w oderwaniu od specyfiki możliwości budżetowych Gminy Zakrzówek, czy też od stopnia skomplikowania technicznego oraz wielkość samej inwestycji. Wielkość budżetu Gminy Zakrzówek, w każdym roku budżetowym, oscyluje wokół kwoty

około 20 000 000 złotych. Powyższe oznacza, iż ta konkretna inwestycja absorbowала znaczne zaangażowanie środków budżetowych, w celu wykonania tejże inwestycji. Skala zaangażowania tych środków finansowych, w zależności od roku budżetowego, stopnia wydatkowania w danym roku środków budżetowych, mogła wynieść od 25 % do niemalże 50 % wydatków z budżetu na tą inwestycję. Mając zaplanowane inwestycje w Wieloletniej Prognozie Finansowej i Wieloletnim Programie Inwestycyjnym, nie stać byłoby Gminy Zakrzówek na zrealizowanie budowy kanalizacji w wypadku, gdyby doszło do rozwiązania umowy przez wykonawcę mającego problemy finansowe, czy nawet znacznego przesunięcia jej wykonania w czasie. Byłaby to niepowetowana strata dla gminy, mieszkańców i jej rozwoju.

Powyższego poglądu nie zmienia nawet to, że budowa kanalizacji była dofinansowana ze środków pozabudżetowych, gdyż niepowodzenia w realizacji tej inwestycji, w postaci braku zrealizowania inwestycji, czy też nierzetelnym zrealizowaniu inwestycji, jak wreszcie braku terminowego zrealizowania inwestycji, mogłoby spowodować znaczne, nie do udźwignięcia przez budżet Gminy Zakrzówek, skutki finansowe. Mówiąc wprost, gdyby ta inwestycja nie została zrealizowana lub została zrealizowana nieprawidłowo, na skutek tego, iż wykonawca inwestycji byłby nierzetelny, przeszacował swoje możliwości, to powstała by realna obawa utraty środków pozabudżetowych i konieczność zrealizowania, czy też dokończenia ze środków budżetowych Gminy Zakrzówek, a tych w potrzebnej wysokości nigdy by nie było w budżetach Gminy Zakrzówek w kolejnych latach.

Zamawiający podał, że to, jak też dotychczasowe doświadczenia innych zamawiających w zakresie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych [problemy z budową autostrad i dróg ekspresowych], uzasadniało, iż Gmina Zakrzówek uznała, że wykonawca, którego cały potencjał techniczny byłby zaangażowany do realizacji tylko jednej inwestycji nie zagwarantowałby osiągnięcia wyżej wskazanego celu. Taką gwarancję zdaniem zamawiającego dałoby zaangażowanie wykonawcy, który do zrealizowania postawionego zadania będzie musiał zatrudnić jednocześnie mniej niż 50% swojego potencjału technicznego.

W celu zagwarantowania wykonawcy o dużym potencjale ekonomicznym, gwarantującym ciągłość zaopatrzenia materiałowego, rytmiczną pracę oraz nie występowanie wykonawcy o zaliczki postawiony został ten warunek udziału w postępowaniu. Determinantą było zapewnienie takiego wykonawcy, który dysponował potencjałem ekonomicznym i płatniczym, zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego w terminie i bez żadnych problemów finansowych.

Gmina Zakrzówek zastosowała powyższe warunki udziału wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, również w celu dotrzymania terminu realizacji umowy o dofinansowanie z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego [niewielki margines błędu w wypadku rozwiązania umowy w 2014 r.] – możliwość utraty dofinansowania w związku z końcem okresu finansowania w ramach RPG 2007 – 2013. Taki warunek w zakresie: sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy, posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, zdaniem Gminy Zakrzówek gwarantował pomyślną realizację inwestycji, brak ryzyka finansowego gminy oraz minimalizował ryzyko utraty dofinansowania.

Końcowo Zamawiający podkreślił, że kierował się obiektywnymi kryteriami doboru warunków udziału wykonawców, a także zastosowanie tych warunków było podyktowane koniecznością zrealizowania celu projektu, jak też prawidłowej i terminowej realizacji umowy na dofinansowanie realizacji projektu, nie mówiąc już o prawidłowym i terminowym zrealizowaniu inwestycji.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia, pismem z dnia 22 kwietnia 2015 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń, przekazując je, na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba popiera argumentację przedstawioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli. Zastrzeżenia Zamawiającego, przedstawione w piśmie złożonym w dniu 3 kwietnia 2015 r., odnoszą się do dwóch kategorii naruszeń dostrzeżonych w Informacji o kontroli doraźnej, zawartych w pkt 1 i 2 Informacji, z tego względu w tym zakresie jedynie zastrzeżenia podlegały ocenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Po analizie dokonanych przez organ kontroli ustaleń, w kontekście postawionych wobec nich zastrzeżeń, nie dopatrzone zostały okoliczności pozwalających na ich uwzględnienie.

Jeśli chodzi o pierwsze stwierdzone naruszenie, to jest to dotyczące naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie pomp zamontowanych w przepompowniach przydomowych, pomimo braku przewidzenia powyższej zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ, bezspornym jest, że możliwości takiej zmiany umowy nie zastrzeżono w ogłoszeniu i SIWZ, a także, że Zamawiający zawarł aneks nr 2 do umowy w sprawie zamówienia publicznego,

w którym dokonał zmiany przewidzianych w ofercie urządzeń, to jest pomp z pomp ORKA 5–4 firmy INWAP sp. z o.o. na pompy PUMPEG 5/4 GST–6–16T.

W ogłoszeniu i SIWZ Zamawiający określił dopuszczalne zmiany postanowień umowy oraz określił warunki zmian wskazując: *„Zamawiający dopuszcza zmianę umowy w przypadku zmiany obowiązującej stawki podatku VAT”* Dodatkowo, w treści SIWZ zamawiający określił sytuacje, w których wykonawca może wnosić o przedłużenie terminu wykonania umowy – np. w przypadku *„poleceń wydawanych przez Inspektora Nadzoru mających wpływ na termin wykonania, lecz nie wynikających z uchybień wykonawcy”*.

W aneksie nr 2 do umowy datowanym na 7 czerwca 2013 r. strony dokonały zmiany umowy w następującym zakresie: *„pompy podlegające zamontowaniu w przydomowych przepompowniach ścieków wskazane w ofercie Wykonawcy złożonej w postępowaniu [...] zostaną zamienione na pompy PUMPEG 5/4GST-6-18T”* [§ 1 Aneksu].

Bez znaczenia jest w tej mierze, eksponowana w zastrzeżeniach kwestia i związana z tym polemika z ustaleniami poczynionymi przez biegłego powołanego przez organ kontroli, czy dokonana aneksem z 7 czerwca 2013 r. zmiana dotyczyła całych przepompowni, czy też jedynie ich elementu, to jest pomp. W następstwie zmiany umowy nastąpiła zmiana istotnego elementu przedmiotu zamówienia, jakimi są pompy zamontowane w przepompowniach. Zamawiający w zastrzeżeniach wyraźnie wskazuje, że wymagał kompletnych przepompowni, a więc pompowni przydomowych z zamontowaną pompą podlegających zharmonizowanej normie europejskiej PN–EN 12050–1:2002, a także, że zmiana umowy nastąpiła na wniosek wykonawcy, zaś ten nastąpił w związku z nieposiadaniem przez wykonawcę odpowiedniej deklaracji. Zamawiający wprost bowiem wskazuje, że wniosek wykonawcy o zamianę przepompowni przydomowej produkowanej przez INWAP Sp. z o.o. powstał głównie na skutek nieposiadania przez tego producenta zgodnej z normą PN–EN 12050–1:2002 wymaganej deklaracji zgodności i braku certyfikatu na znak towarowy CE na etapie zatwierdzania wyrobów budowlanych do wbudowania na budowie ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej. Przedłożona przez INWAP Sp. z o.o. deklaracja zgodności z nadrukiem CE, najpierw bez numeru, z 2012 r., a potem Nr 01/2013 z dnia 2013.02.02. bez podania na nich numeru raportu z badań typu jednostki notyfikowanej, budziły słuszne wątpliwości [znak CE] dlatego wykonawca i zamawiający po rozeznaniu również i zasięgnięciu opinii u użytkowników przepompowni INWAP Sp. z o.o. postanowili, z udziałem projektanta, zamienić przepompownie INWAP Sp. z o.o. na przepompownie równoważne produkcji EKOSYSTEM–POLSKA, który to producent posiadał wszystkie przewidziane przepisami dokumenty i badania na swój wyrób. W konkluzji kontrolowany stwierdził, że wykonawca WOD – BUD Sp. z o.o. dostarczył Inwestorowi protokół badania Nr ewidencyjny 06.365.621



sporządzony przez uprawnioną, uznaną w Unii Europejskiej jednostkę notyfikowaną z Ostrawy TUV SUD Czech s.r.o., która zgodnie ze zharmonizowaną normą PN-EN 12050-1:2002 wydała negatywną opinię o przepompowni z produkowaną przez INWAP Sp. z o.o. pompą ORKAN, a także że w konsekwencji wyrób INWAP Sp. z o.o. nie mógł być zastosowany [wbudowany] przy realizacji budowy ciśnieniowej kanalizacji sanitarnej bez zgodnych z przepisami prawa, m. in. budowlanego i wynikającymi z przepisów prawa europejskiego, dokumentów.

Fakt zmiany zaoferowanego w ofercie wybranego wykonawcy urządzenia jest więc niewątpliwy.

Bez znaczenia dla oceny zaistniałego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych są teorie w zakresie procesu technologicznego oczyszczalni ścieków zbudowanej w Gminie. Istotne jest bowiem, czy w analizowanej sytuacji mamy do czynienia z istotną zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do tego, co zostało zaoferowane przez wykonawcę w ofercie.

W myśl art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, przedmiot dostarczony na etapie wykonywania umowy musi być tożsamy z tym, jaki wykonawca zobowiązał się dostarczyć w ofercie, ten zaś musi odpowiadać określeniu przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ. Zgodnie z tym przepisem, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przy czym umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustawodawca pozwala dokonać zmian umowy, także w istotnym zakresie, pod warunkiem jednak, że taką możliwość przewidziano w ogłoszeniu lub SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią art. 144 ust. 1 ustawy, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Oczywistym jest bowiem, w świetle przywołanych przepisów, że mieszcząca się w zakresie zamówienia zamiana: czy to całych pompowni, czy składających się na nie pomp, stanowiła istotną zmianę umowy. Prowadzenie na tym etapie polemiki ze szczegółowymi ustaleniami zawartymi w opinii biegłego nie zmienia tej oceny, podobnie jak rozważania, czy taka zmiana jest korzystna dla Zamawiającego a także jakie rozwiązanie jest optymalne. Niezależnie bowiem od powodów dokonanej zamiany sprzętu [te zaś, odnosząc się do braku odpowiednich dokumentów zaoferowanego sprzętu, tj. prawidłowej deklaracji zgodności zdają się leżeć po stronie wykonawcy] zamiana ta nie jest nieistotną. Wbrew argumentacji prezentowanej w zastrzeżeniach, w świetle treści art. 144

ust. 1 ustawy, zakaz wprowadzania istotnej zmiany umowy odnosi się do oświadczenia zawartego w ofercie [treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy] nie zaś wymagań stawianych w treści SIWZ. Nie mogą więc wywołać pozytywnego dla Kontrolowanego rezultatu te rozważania, które nawiązują do możliwości zaoferowania w postępowaniu rozwiązania równoważnego do opisanego w SIWZ a także zmierzające do wykazania, że pompa którą zastąpiono wskazaną w ofercie pompę ORKA 5 – 4 firmy INWAP mieści się w dopuszczonym jako równoważne zakresie wymagań postawionych w SIWZ. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawca, którego ofertę wybrano scharakteryzował oferowany przedmiot i że była to przepompownia firmy INWAP w Brzegu, wyposażona w pompę ORKA 5 – 4. Stąd oceny istotności ewentualnej zmiany umowy w stosunku do tej, którą zawarto, mającej za przedmiot budowę kanalizacji ciśnieniowej z pompowniami przydomowymi firmy INWAP w Brzegu, wyposażonymi w pompę ORKA 5 – 4, należy dokonywać w odniesieniu do tego sprzętu. Organ kontroli wykazał, że parametry pomp, którymi zastąpiono pompy ORKA 5–4 istotnie różnią się od tych, które są właściwe dla zaoferowanych pomp. Ustalono także, że zakres wartościowy oraz ilościowy pomp w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia nie jest marginalny, a przeciwnie – pompy te stanowią istotny element zamówienia. Składają się one na każdą z przydomowych przepompowni, w liczbie 471. Sam zakres odstępstwa tych pomp od zaoferowanych nie sprowadza się jedynie do tego, że nastąpiła zmiana ich producenta, ale także same parametry znacząco odbiegają w zakresie mocy silnika oraz prędkości obrotowej pompy: w oferowanych przez wybranego wykonawcę pompach rozdrabniacz posiadał prędkość obrotową 1435 obr/min, podczas gdy pompa, na którą dokonano zamiany ma prędkość 2810 obr/min, moc silnika zaoferowanej pompy wynosi 0,8 kW, podczas gdy moc silnika pompy, na którą nastąpiła zamiana wynosi 1,1 kW. O tym, że zamienione pompy posiadają istotnie odmienne parametry przekonuje dodatkowo uwaga poczyniona przez inspektora nadzoru inwestorskiego, który dokonywał akceptacji urządzeń, mających zastąpić zaoferowane pompy, zgodnie z którą zatwierdził on przepompownie typu ESP z pompą 5/4 GST–6–16T, pod warunkiem prowadzenia określonych, nieprzewidzianych w ofercie modyfikacji, to jest wyposażenia w szybkozłącze elektryczne zasilania i sterowania pompą w pompowniach, gdzie skrzynka sterownicza nie będzie bezpośrednio na pompowni.

Stąd zasadnym w świetle ustalonych okoliczności jest stwierdzenie przez organ kontroli naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zakazu dokonywania istotnych zmian w umowie.

Nie potwierdziły się również zastrzeżenia kierowane wobec naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy.

Postawiony w sprawie warunek udziału w postępowaniu należy jednak uznać za nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Także Zamawiający powinien mieć tego rodzaju refleksje, skoro w toku postępowania wykonawcy sygnalizowali zastrzeżenia do tak postawionego warunku i postulowali obniżenie wymagań w zakresie zdolności ekonomicznej. Sporny warunek udziału w postępowaniu przewiduje, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia może ubiegać się wykonawca, który osiągnął roczny przychód netto ze sprzedaży w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, co najmniej w wysokości 20 000 000, zł w każdym roku, przy czym Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienie, zgodnie z którym *„ocena spełnienia warunku dotyczącego średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży nastąpi na podstawie załączanego przez wykonawcę rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody netto ze sprzedaży – za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres”*.

Zgodzić się należy z ogólną tezą, że warunek w zakresie zdolności ekonomicznej służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia w aspekcie finansowym oraz, że kondycja ekonomiczna wykonawcy we wcześniejszych okresach uprawdopodobnia realizację tego postulatu. Warunek w zakresie zdolności ekonomicznej ma służyć umożliwieniu niezakłóconej realizacji zamówienia, zapewnieniu, że wykonawca podoła – także w aspekcie finansowym – realizacji zamówienia. Stawiany warunek w zakresie zdolności ekonomicznej, wiąże się z sytuacją wykonawcy jako całości, musi zatem uwzględniać jego szersze, aniżeli dane zamówienie spektrum działalności, w tym to, że zdolność ekonomiczna wyraża ogólną kondycję podmiotu, z uwzględnieniem innych realizowanych przedsięwzięć i innej aktywności wykonawcy, wykraczającej poza konkretne postępowanie o zamówienie publiczne i wynikające z ewentualnej jego realizacji – obowiązki. W zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności finansowej lub ekonomicznej nie zawsze zatem będzie właściwe proste porównywanie go do wartości zamówienia – konieczne jest uwzględnienie okoliczności konkretnego postępowania i jego przedmiotu – charakteru zadania, czasu jego trwania, konieczności finansowania poszczególnych kosztów i nakładów związanych z jego wykonaniem, ryzyk towarzyszących jego wykonaniu, niezależnie od metodologii realizacji zamówienia zakładanej przez konkretnego wykonawcę oraz planowanych przez niego założeń optymalizacyjnych.

Brak jest przy tym sztywnych ram, wskazujących kiedy warunek – wyrażona w nim wartość jest nadmierna. Pewne wytyczne zawiera Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Jakkolwiek nie ma ona jeszcze charakteru dokumentu obowiązującego, stanowi

jednak wyraz zbioru doświadczeń i spostrzeżeń na podstawie wieloletnich doświadczeń. W motywie 83 wyraża ona wytyczne co do sposobu konstruowania warunków w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. Wskazuje, że zbyt surowe wymogi w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej często stanowią nieuzasadnioną przeszkodę dla udziału MŚP w zamówieniach publicznych. Wszelkie takie wymogi powinny być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. W szczególności instytucjom zamawiającym nie należy zezwalać na wymaganie od wykonawców obrotu minimalnego, który byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia; wymóg ten nie powinien zwykle przekraczać dwukrotnej wysokości szacunkowej wartości zamówienia. W odpowiednio uzasadnionych przypadkach powinna jednak istnieć możliwość stosowania zaostrzonych wymogów. Okoliczności takie mogą dotyczyć wysokiego ryzyka związanego z realizacją zamówienia lub faktu, że terminowa i prawidłowa realizacja zamówienia jest szczególnie istotna, na przykład ze względu na fakt, że jest ona niezbędnym etapem poprzedzającym realizację innych zamówień. We wskazanym motywie mówi się, że w takich odpowiednio uzasadnionych przypadkach instytucje zamawiające powinny zachować swobodę samodzielnego decydowania o tym, czy surowsze wymogi dotyczące minimalnego obrotu byłyby właściwe i stosowne, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy mają zostać zastosowane surowsze wymogi dotyczące minimalnego obrotu, instytucje zamawiające powinny zachować swobodę w zakresie ustalania jego poziomu, o ile jest on związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. W przypadku gdy instytucja zamawiająca postanowi, że wymóg dotyczący minimalnego obrotu powinien zostać ustalony na wyższym poziomie niż dwukrotność szacunkowej wartości zamówienia, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Art. 58 ust. 3 Dyrektywy przewiduje zaś, że instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia, w tym celu mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw.

Wymaganie – tak jak uczynił to Zamawiający w postępowaniu – by wykonawca wykazał się corocznie, przez ostatnie trzy lata przychodem netto ze sprzedaży na poziomie co najmniej 20 000 000 zł, przy wartości szacunkowej zamówienia równej 8 943 181,62 zł, należy uznać za nadmierne. Obejmuje ono w każdym z lat ponad dwukrotność wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że przy tak postawionym warunku, w dogodniejszej sytuacji znajdą się ci wykonawcy, którzy istnieją krócej niż trzy lata, jeśli

osiągnęli w tym okresie w każdym z lat swego istnienia przychód na poziomie co najmniej 20 000 000 zł, aniżeli ci, którzy istniejąc dłużej nie osiągnęli w każdym z trzech lat przychodów ze sprzedaży na tym poziomie.

Stąd zasadnymi okazały się wnioski, że w tej mierze naruszona została zasada proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji, że naruszono przepis art. 22 ust. 4 ustawy.

Reasumując, nie znalazły potwierdzenia zastrzeżenia sformułowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 3 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z treścią art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w zakresie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

**Członkowie:**