

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 25 listopada 2015 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 26 października 2015 roku, zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Rakszawa w Rakszawie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 15 października 2015 r. (znak: UZP/DKUE/KD/17/2015) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci rozdzielczej kanalizacyjnej i wodociągowej dla miejscowości Rakszawa,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Sylwester Kuchnio**

Członkowie: **Daniel Konicz**
Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia do wyniku kontroli są niezasadne

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Rakszawa w Rakszawie, przeprowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę sieci rozdzielczej kanalizacyjnej i wodociągowej dla miejscowości Rakszawa.

Po przeprowadzeniu kontroli ww. zamówienia, w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 15 października 2015 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, m.in.:

„[...]”

1. Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, w projekcie wykonawczym, na podstawie którego wykonawcy mieli m.in. przygotować ofertę, zamawiający zapisał, iż „ze względu na ukształtowanie terenu zaprojektowano system kanalizacji grawitacyjno – ciśnieniowy z 3 zbiornikowymi pompowniami sieciowymi ścieków i 1 minipomownią przydomową. Kolektory kanalizacji grawitacyjnej projektuje się z rur PVC-U lub PP z litego materiału o średnicy $\varnothing 160$ i $\varnothing 200$ mm i min. grubości ścianek odpowiednio 5,5mm i 6,6mm, zbierającą ścieki sanitarne z poszczególnych gospodarstw. System rur, kształtek musi być wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną. Szczelność rur, kształtek min. 2,5 bara. Należy zastosować system rur bez kielichowych, łączonych na złączki dwu kielichowe produkowane metodą wtrysku z uszczelką wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną. Sztywność rur i kształtek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Rury, kształtki muszą posiadać Aprobate Techniczną ITB. Zastosowane rury, kształtki w celu uniknięcia różnic w tolerancji wykonania muszą stanowić jednolity system. Możliwość układania systemu rur, kształtek w temperaturze do -10 stopni Celsjusza (rury oznaczone kryształkiem lodu). Rury PVC muszą posiadać trwałe oznaczenie od wewnątrz umożliwiające identyfikację podczas inspekcji telewizyjnej. Wszystkie parametry techniczne muszą być zawarte w Aprobacie Technicznej ITB. Za równoważny system rur i kształtek uznaje się wykonany z litego PP w oparciu o normę PN-EN 1852 o parametrach technicznych nie gorszych niż dla systemu z PVC. Wszystkie parametry techniczne dla systemu z PP muszą

być potwierdzone badaniami wykonanymi przez akredytowaną jednostkę certyfikującą lub zawarte w Aprobacie Technicznej ITB.

Studzienki rewizyjne niewłazowe do inspekcji z poziomu terenu projektuje się z rur z tworzywa sztucznego o średnicy min. Dn. 400mm wykonanych z litego PVC-U lub PP. Studzienki muszą być wyposażone w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną, oraz nastawne kielichy do podłączeń rur kanalizacyjnych, umożliwiające regulację średnic DN 160 i DN 200, sferycznie w każdym kierunku min 7°. Szczelność min. 2,5 bara. Sztywność studzienek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Studnie z PVC muszą posiadać aprobatę techniczną ITB. Dopuszcza się stosowanie studzienek wykonanych z PP o parametrach nie gorszych niż dla PVC”.

Ponadto w pkt 3.3 siwz zamawiający zapisał, iż „jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się jakiegokolwiek znaki towarowe, patenty czy pochodzenie należy przyjąć, że zamawiający podał taki opis ze wskazaniem na typ i dopuszcza składanie ofert równoważnych o parametrach techniczno/użytkowych nie gorszych niż te, podane w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp”.

Jednocześnie w punkcie 16.3 siwz zamawiający zapisał, iż „dopuszcza zmianę sposobu realizacji przedmiotu umowy:

1) Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych rozwiązań technicznych, technologicznych, innych materiałów i urządzeń niż przewidziane w dokumentacji, jeżeli spełniony zostanie którykolwiek z poniższych warunków:

a) zamienne materiały i urządzenia będą miały lepsze parametry techniczne, bez pogorszenia warunków eksploatacyjnych,

b) zmiany te spowodują obniżenie kosztów na eksploatację i konserwację wykonanego przedmiotu umowy bez pogorszenia parametrów technicznych materiałów i urządzeń,

c) wynikać będą z konieczności usunięcia błędów w dokumentacji lub realizacji przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych, technologicznych lub materiałowych niż przewidziane w dokumentacji ze względu na zmiany obowiązującego prawa.

d) przyjęte w dokumentacji materiały lub urządzenia są niedostępne na rynku, zostały wycofane z produkcji,

oraz wymienione wcześniej:

- dla rur: Za równoważny system rur i kształtek uznaje się wykonany z litego PP w oparciu o normę PN-EN 1852 o parametrach technicznych nie gorszych niż dla systemu z PVC.

- dla studzienek: *Dopuszcza się stosowanie studzienek wykonanych z PP o parametrach nie gorszych niż dla PVC.*

Mając na uwadze powyższe zapisy w dokumentacji dotyczącej przedmiotowego zamówienia, w celu ustalenia, czy użyte w opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnego produktu, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego w sprawie wydania opinii w powyższym zakresie.

W opinii biegły – przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji – miał m.in. udzielić odpowiedzi na nw. pytania, tj.:

- 1) Czy parametry wyszczególnione w siwz dotyczące rur i studzienek kanalizacyjnych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta ? Jeśli tak, to jakiego ?
- 2) Jeśli opis rur i studzienek kanalizacyjnych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich ?
- 3) Czy wyjaśnienia zamawiającego, iż specyficzne ukształtowanie terenu, miało wpływ na konieczność zamontowania rur i studzienek kanalizacyjnych o określonych parametrach można uznać za zasadne ?
- 4) Czy wymóg posiadania przez wykonawcę aprobat technicznych ITB dla wyrobów i tak zgodnych z normą mogło ograniczyć krąg wyrobów możliwych do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu ?

W odpowiedzi na powyższe pismo Prezesa Urzędu, biegły przesłał opinię, w której przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji dotyczącej przedmiotowego zamówienia oraz wyjaśnień zamawiającego udzielił odpowiedzi na ww. pytania w następujący sposób:

Ad 1)

„Poprzez opis w siwz oraz w odpowiedziach na etapie składania ofert zamawiający opisując materiał w sposób:

- „Kolektory kanalizacji grawitacyjnej z rur PVC-U lub PP z litego materiału o średnicy Ø160 i Ø200 mm i min. grubości ścianek odpowiednio 5,5 mm i 6,6 mm. System rur, kształtek musi być wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną. Szczelność rur, kształtek min. 2,5 bara. Należy zastosować system rur bez kielichowych, łączonych na złączki dwu kielichowe produkowane metodą wtrysku z uszczelką wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu,

olejoodporną. Sztywność rur i kształtek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Rury, kształtki muszą posiadać Aprobatę Techniczną ITB. Zastosowane rury, kształtki w celu uniknięcia różnic w tolerancji wykonania muszą stanowić jednolity system. Możliwość układania systemu rur, kształtek w temperaturze do -10 stopni Celsjusza (rury oznaczone kryształkiem lodu). Rury PVC muszą posiadać trwałe oznaczenie od wewnątrz umożliwiające identyfikację podczas inspekcji telewizyjnej. Wszystkie parametry techniczne muszą być zawarte w Aprobacie Technicznej ITB”.

- „Studzienki rewizyjne niewłazowe do inspekcji z poziomu terenu projektuje się z rur z tworzywa sztucznego o średnicy min. Dn. 400mm wykonanych z litego PVC-U. Studzienki muszą być wyposażone w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną, oraz nastawne kielichy do podłączeń rur kanalizacyjnych, umożliwiające regulację średnic DN 160 i DN 200, sferycznie w każdym kierunku min 7°. Szczelność min. 2,5 bara. Sztywność studzienek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Studnie z PVC muszą posiadać aprobatę techniczną ITB. Alternatywnie można zastosować studzienki wykonane z PP o parametrach nie gorszych niż dla PVC”.

narusza zasady uczciwej konkurencji.

Przy tak sformułowanym zapisie oraz z uwagi na wymóg zamawiającego, aby zastosowane rury, kształtki jak i studnie były ze sobą kompatybilne, wykonane z tego samego materiału i muszą stanowić jeden system, jednoznacznie wskazał na jednego producenta, tj. firmę Funke Sp. z o.o.”

Ad 2)

„Z uwagi na przyjęty przez zamawiającego opis rur i studzienek kanalizacyjnych praktycznie nie było możliwości na etapie składania ofert zastosowanie produktów równoważnych. Zamawiający tak sformułował zapisy siwz, że z łatwością mógł na etapie realizacji zadania odrzucić każdy składany wniosek materiałowy poza materiałami firmy Funke Polska Sp. z o.o.”

Ad 3)

„Na uznanie nie zasługuje także wyjaśnienie zamawiającego, że specyficzne ukształtowanie terenu miało wpływ na konieczność zastosowania rur i studzienek kanalizacyjnych o zawyżonych parametrach. Powyższe potwierdzają warunki techniczne jakie wydał użytkownik czyli Zakład Usług Komunalnych ENERGOKOM Sp. z o.o. w Rakszawie, w

żadnych uzgodnieniach międzybranżowych jak i z poszczególnymi gestorami sieci nie pojawia się wymóg stosowania materiału o podwyższonych parametrach. Co więcej w uzgodnieniach mówi się o klasie N (SN4) rur czyli średniej klasie rur. Także opinia firmy GEO-HAR mówi o prostych warunkach gruntowych co potwierdzają także projektanci w swoich opracowaniach, stosując rury SN4 oraz studnie kanalizacyjne z PC Ø315 zgodnie z normą PN-EN 476:2001 (w opracowaniach dla zadań B, C i F).

Ad 4)

„Z uwagi na fakt, że zgodnie z obowiązującym prawem dla wyrobów zgodnych z normą nie ma obowiązku uzyskania aprobat technicznych ITB taki wymóg zamawiającego mógł jeszcze bardziej niepotrzebnie ograniczyć krąg wyrobów możliwych do zastosowania w omawianym postępowaniu przetargowym”.

W opinii biegły wskazał, iż „po dokonanej analizie przesłanych dokumentów dotyczących postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa sieci rozdzielczej kanalizacji sanitarnej i wodociągowej dla miejscowości Rakszawa” należy stwierdzić że zarzuty podmiotu kwestionującego opis przedmiotu zamówienia są w pełni zasadne z uwagi na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ustawy Pzp”.

Ponadto, w opinii biegły odniósł się również do ewentualnych innych producentów oferujących produkty równoważne do materiałów opisanych w siwz, a wymienionych przez zamawiającego, wskazujących że „odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez zamawiającego nie zgadzam się z przedstawioną argumentacją i nie potwierdzam, że producentów zaprojektowanych materiałów jest co najmniej trzech:

- firma Funke Polska Sp. z o.o.;
- firma Rehau Sp. z o.o.;
- firma Keramo Sp. z o.o.

Jako jedyna z ww. firm wszystkie wymagania zamawiającego spełnia tylko firma Funke Polska Sp. z o.o.. Firma Rehau Sp. z o.o. nie posiada w swojej ofercie studzienek kanalizacyjnych o sztywności obwodowej SN12 i szczelności 2,5 bara, co wyklucza tą firmę z ww. postępowania przetargowego. Firma Keramo Sp. z o.o. nie posiada w swojej ofercie studzienek o średnicy DN400 które były zaprojektowane przez firmę Geokart – International

Sp. z o.o.. Zatem zamawiający w łatwy sposób w porozumieniu z projektantem mógł odrzucić takiego producenta z uwagi na fakt, że nie jest to studzienka równoważna do zaprojektowanych (brak w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów równoważności dla studzienek kanalizacyjnych). Projektant mógł też uznać (zgodnie z art. 36a Prawa budowlanego), że zmiana taka stanowi istotną zmianę do zatwierdzonego projektu budowlanego co z uwagi na krótki termin realizacji zadania i z uwagi na konieczność w takim przypadku uzyskania pozwolenia zamiennego także uniemożliwiłoby potencjalnemu wykonawcy zastosowanie materiałów firmy Keramo Sp. z o.o. w omawianym przetargu.

Również firma Pipe Life Polska S.A. nie posiada w swojej ofercie studzienek kanalizacyjnych o sztywności obwodowej SN12 – system studzienek kanalizacyjnych firmy Pipe Life (...). Zgodnie z wymaganiami zamawiającego min. grubość ścianki dla rury Ø160 to 5,5 mm a dla rury Ø200 to 6,6 mm, natomiast grubość ścianki dla rury Ø160 firmy Pipe Life Polska S.A. to 5,2 mm, a dla rury Ø200 to 6,5 mm (...), zatem i ten producent nie spełnia rygorystycznych wymagań zamawiającego.

Na uwagę nie zasługuje także wyjaśnienie zamawiającego, że przy wyborze technologii brał pod uwagę:

- uzyskanie decyzji środowiskowej zgodnie z ustawą z dnia 3 października 2008 r.;*
 - opinię Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie oraz Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Łańcucie,*
- ponieważ jak wyżej wskazano, zamawiający przyjął również dokumentację, gdzie materiał określony został jako rury SN4 oraz studzienki kanalizacyjne z PCV Ø315 zgodnie z normą PN-EN 476:2001.*

Niewiarygodne jest także powoływanie się na doświadczenie Zakładu Usług Komunalnych ENERGOKOM Sp. z o.o. w Rakszawie, który eksploatuje sieć kanalizacyjną od 2003 r. w technologii rur SN4 i mają doświadczenie z powodzi z roku 2010, nadal w roku 2013 wydając warunki techniczne przyłączenia do sieci kanalizacyjnej podaje, że kanalizację należy wykonać z rur SN4. Także wymóg, aby kanalizacja była szczelna na ciśnienie 25 m słupa wody (2,5 bara) gdy kanalizacja ułożona jest na max głębokości do 6 m (i to zaledwie na kilku procentach) czyli max ciśnienie jakiemu może być poddana wykonana kanalizacja to ciśnienie 6 m słupa wody (0,6 bara), zatem i ten wymóg zamawiającego jest znacznie zawyżony w stosunku do potrzeb zamawiającego.

Jak wynika z powyższych wyjaśnień w ocenianym postępowaniu zamawiający nie dopełnił wymagań określonych ustawą Pzp, a w szczególności naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29

uniemożliwiając potencjalnym wykonawcom zaoferowanie urządzeń równoważnych. Zamawiający nie wskazał także, że wyłącznie produkt o wskazanych zawyżonych parametrach (rury i studzienki kanalizacyjne o SN 12 oraz szczelność systemu na ciśnienie 2,5 bara) umożliwi mu realizację założonego celu tym bardziej, że w różnych dokumentacjach zamawiający przyjmuje różne materiały do wykonania kanalizacji, co nie przeszkadza w osiągnięciu zakładanego celu”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w tym poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”, czy inne równoznaczne wyrazy (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazane przepisy służą realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, aby wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia zostały określone w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego, zamawiający zawarł w siwz zapisy nie pozwalające na zaoferowanie urządzeń innych firm niż Funke. Dodatkowo dokumentacja postępowania nie potwierdza, aby ww. zapisy uzasadnione były obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Tym samym, zamawiający opisując wymagania dotyczące rur i studzienek kanalizacyjnych, działał zbyt rygorystycznie, co potwierdza opinia sporządzona przez biegłego. Powyższy rygoryzm promował produkt firmy Funke, który w opinii biegłego był jedynym produktem spełniającym wymogi wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, jak również opinię sporządzoną przez biegłego należy uznać, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. W toku prowadzonego postępowania, zamawiający pismem z dnia 9 lutego 2015 r. poinformował Konsorcjum: Usługowy Zakład Instalacji Wod. Kan. Co i Gaz G. M., Zakład Wod-Kan Co i Gaz S. Z. i „Mi-Kan” M. K., iż działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej, w wyniku której cena oferty ulegnie zmianie z 2.719.626,44 zł na 2.736.692,70 zł.

Podstawą poprawienia ceny w ofercie było samodzielne przeliczenie przez zamawiającego siedmiu pozycji składowych wskazanych w formularzu oferty, co ujawniło „błąd” wykonawcy polegający na zsumowaniu jedynie sześciu z nich i w oparciu o tę sumę wycenienie przez wykonawcę całej oferty.

Za wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, co wynika z § 5 projektu umowy. Ponadto w pkt XII.2. siwz wskazano, iż *„cena powinna być obliczona w oparciu o projekty budowlane, STWiORB oraz przedmiary robót. Przedmiary robót pełnią funkcję pomocniczą”*, oraz w pkt XII.6., że *„cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia”*.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie przysługującego wykonawcy wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła lub usługi. Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady nie powinien nakładać na wykonawców obowiązku wyszczególnienia cen częściowych składających się na cenę ostateczną, a żądać jedynie ceny całkowitej za realizację przedmiotu umowy, gdyż rozliczenie ryczałtowe polega na umówieniu się z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego.

Powyższe stanowisko prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza, która przy analogicznym stanie faktycznym w wyroku z dnia 16 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 685/14) wskazała, iż jeżeli zamawiający nie wskazuje jakie znaczenie ma rozbieżność ceny ryczałtowej na poszczególne ceny składowe, a wskazuje przy tym, że cena ofertowa winna obejmować wszelkie koszty – należy stwierdzić, iż *„rozbieżność ceny ofertowej miało znaczenie pomocnicze, informacyjne (...). Podkreślić należy przy tym przewidziany przez zamawiającego ryczałtowy charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia, który powoduje, że ocenie podlega cena całkowita za realizację zamówienia, zgodnie z dokumentacją budowlaną, udostępnioną wykonawcom przez zamawiającego oraz w oparciu o dokonane przez wykonawców indywidualne kalkulacje”*.

W związku z powyższym, zamawiający zobowiązany był do przyjęcia jako właściwej – ceny zaproponowanej przez wykonawcę jako ostateczna, a poprawiając cenę ryczałtową wskazaną w formularzu ofertowym przez Konsorcjum: Usługowy Zakład Instalacji Wod. Kan. Co i Gaz G. M., Zakład Wod-Kan Co i Gaz S. Z. i „Mi-Kan” M. K., dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Nadmienić przy tym należy, że wartość 2.719.626,44 zł jest właściwym wynagrodzeniem wykonawcy i powinna znaleźć odzwierciedlenie w umowie, zamiast wartości 2.736.692,70 zł.

3. W wyniku analizy dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania stwierdzono, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III.4.2) zapisał, iż w

celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, żąda od wykonawców złożenia m.in. dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 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), zwanego dalej „rozporządzeniem”, tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składanie ofert.

Zamawiający w treści siwz nie wskazał, aby wykonawcy przedłożyli ww. dokument w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na przepis art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, brak zamieszczenia wymogu przedłożenia przez wykonawców ww. dokumentu w siwz, przy jednoczesnym zamieszczeniu takiego wymogu w ogłoszeniu o zamówieniu, stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

4. W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.4.2) zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał od wykonawców złożenia m.in. dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 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), zwanego dalej „rozporządzeniem”.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, konsorcjum: Usługowy Zakład Instalacji Wod. Kan. Co i Gaz G. M., Zakład Wod-Kan Co i Gaz S. Z. i „Mi-Kan” M. K., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie przedłożyło ww. dokumentu, dla

poszczególnych członków konsorcjum. Powyższy dokument przedłożyli natomiast pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż niewezwanie konsorcjum: Usługowy Zakład Instalacji Wod. Kan. Co i Gaz G. M., Zakład Wod-Kan Co i Gaz S. Z. i „Mi-Kan” M. K. do uzupełnienia ww. dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

5. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, pismami z dnia 9 lutego 2015 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do ww. wykonawców z prośbą o złożenie wyjaśnień, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny:

1. Konsorcjum: D. S. Przedsiębiorstwo Projektowo-Budowlane „BUDAMEX” i P. S. „Hydrotech”;
2. HYDROTECH K. B.;
3. Konsorcjum: Usługowy Zakład Instalacji Wod. Kan. Co i Gaz G. M., Zakład Wod-Kan Co i Gaz S. Z. i „Mi-Kan” M. K..

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, ww. wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia, bez przedłożenia dowodów.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W związku z powyższym, zamawiający poprzez zaniechanie uwzględnienia w wezwaniach do ww. wykonawców wymogu, aby przedłożyli stosowne dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dokonanie oceny tych ofert bez uwzględnienia dowodów naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

[...]"

Pismem z dnia 26 października 2015 r. Zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach wskazano:

„[...]”

Ad. 1

Zgodnie z wynikami kontroli poniżej przywołany opis zamówienia jednoznacznie wskazuje jednego producenta:

„Kolektory kanalizacji grawitacyjnej projektuje się z rur PVC-U lub PP z litego materiału o średnicy 0160 i 0200 mm i min. grubości ścianek odpowiednio 5,5mm i 6,6mm, zbierającą ścieki sanitarne z poszczególnych gospodarstw. System rur, kształtek musi być wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu,

olejoodporną. Szczelność rur, kształtek min. 2,5 bara. Należy zastosować system rur bez kielichowych, łączonych na złączki dwu kielichowe produkowane metodą wtrysku z uszczelką wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną.

Sztywność rur i kształtek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Rury, kształtki muszą posiadać Aprobata Techniczną ITB. Zastosowane rury, kształtki w celu uniknięcia różnic w tolerancji wykonania muszą stanowić jednolity system. Możliwość układania systemu rur, kształtek w temperaturze do -10 stopni Celsjusza (rury oznaczone kryształkiem lodu). Rury PVC muszą posiadać trwałe oznaczenie od wewnątrz umożliwiające identyfikację podczas inspekcji telewizyjnej. Wszystkie parametry techniczne muszą być zawarte w Aprobacie Technicznej ITB. Za równoważny system rur i kształtek uznaje się wykonany z litego PP w oparciu o normę PN-EN 1852 o parametrach technicznych nie gorszych niż dla systemu z PVC. Wszystkie parametry techniczne dla systemu z PP muszą być potwierdzone badaniami wykonanymi przez akredytowaną jednostkę certyfikującą lub zawarte w Aprobacie Technicznej ITB".

„Studzienki rewizyjne niewłazowe do inspekcji z poziomu terenu projektuje się z rur z tworzywa sztucznego o średnicy min. Dn. 400mm wykonanych z litego PVC-TJ lub PP. Studzienki muszą być wyposażone w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną, oraz nastawne kielichy do połączeń rur kanalizacyjnych, umożliwiające regulację średnic DN 160 i DN 200, sferycznie w każdym kierunku min 7°. Szczelność min. 2,5 bara. Sztywność studzienek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Studnie z PVC muszą posiadać aprobatę techniczną ITB. Dopuszcza się stosowanie studzienek wykonanych z PP o parametrach nie gorszych niż dla PVC".

Ponadto biegły zarzuca, że producenci wskazani przez autorów projektu budowlanego nie spełniają kryteriów specyfikacji. W wynikach kontroli znajduje się też fragment, wg, którego firma Pipelife Polska S.A. nie posiada w swojej ofercie rur o sztywności obwodowej SN12 gdzie grubość ścianek dla rury 0160 to 5,5 mm a dla 0200 to 6,6 mm.

Zamawiający wskazuje co następuje:

Po pierwsze, Zamawiający, kierując się zasadą rzetelności, powierzył sporządzenie projektu budowlanego profesjonalnemu podmiotowi wybranemu w przetargu nieograniczonym. Firma Geokart-International sp. z o.o. z siedzibą 35-113'Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44 w umowie na usługi projektowe został zobowiązany m.in. do wykonania projektu budowlanego i wykonawczego zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz do zastosowania, w rozwiązaniach

projektowych wyrobów budowlanych dopuszczonych do obrotu i powszechnie dostępnych na rynku.

Po drugie, w trakcie procedury przetargowej, oprócz systemów z PP i PVC, Zamawiający w wyjaśnieniach nr 2 do przetargu z dnia 30.01.2015 r. uznał za równoważny do zastosowanego w dokumentacji przetargowej, system oparty na rurach kamionkowych produkowanych zgodnie z normą PN EN 295 oraz posiadających parametry poza normowe uwzględnione w aprobacie technicznej IBDiM. Wymagana minimalna szczelność połączeń 2,4 Bara dla systemu wykonanego z kamionki. Zastosowane uszczelki muszą być olejoodporne. Zastosowane rury kamionkowe muszą posiadać minimalną wytrzymałość na zginanie FN dla średnic: 160-34 kN/m, i być obustronnie glazurowane. Zastosowane rury, kształtki oraz studnie z kamionki muszą być wykonane z tego samego materiału oraz być ze sobą kompatybilne, a więc stanowić jeden system".

Po trzecie, Zamawiający posiada pisemne zapewnienie Firmy Geokart-International - sp. z o.o. z siedzibą 35-113 Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44 ~ pismo z dnia 30.03.2015 r. - o istnieniu co najmniej trzech producentów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia:

- Materiały P Vc - firma Funice sp. z o.o.
- Materiały PE - firma Rehau Sp. z o.o.
- Materiały Kamionka - Firma Keramo.

Po czwarte, w wyjaśnieniach do specyfikacji Zamawiający wskazał, że „Potencjalny Wykonawca zawsze może zastosować materiał o parametrach równoważnych lub lepszych niż zawarte w dokumentacji projektowej. Równoważność co do zastosowania innych rozwiązań określa się po przedstawieniu stosowanych aprobat, atestów, certyfikatów, które zweryfikuje Zamawiający w uzgodnieniu z Projektantem". Poprzez ten zapis Wykonawcy mają możliwość zastosowania nie tylko materiałów wprost wymienionych w specyfikacji ale również innych zapewniających wymagane standardy.

Zamawiający, po zapoznaniu się ze stwierdzeniem biegłego, zawartym w wynikach kontroli, dotyczącym braku możliwości wskazania producentów dokonał analizy rynkowej i stwierdził, że opinia wykonana przez biegłego jest nierzetelna.

Po pierwsze, biegły stwierdził, że „z uwagi na wymóg Zamawiającego, aby zastosowane rury, kształtki jak i studnie były ze sobą kompatybilne, wykonane z tego samego materiału i muszą stanowić jeden system, jednoznacznie wskazał jednego producenta".

Powyższe stwierdzenie biegłego nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji projektowej. Co prawda, w dokumentacji widnieje zapis o wymogu zastosowania rur i kształtek (PP, PCV) wykonanych w takim samym systemie, jednakże w odniesieniu do studni takiego wymogu nie ma. Ponadto, w żadnym kryterium nie ma wzmianki o tym, aby rury i studnie były jednego producenta, Zamawiający ma świadomość, że wszystkie produkty wykonane są w oparciu o jedną normę, dlatego z powodzeniem mogą być łączone, co potwierdza m.in. funkcjonowanie firmy Pipelife, która tworząc swoje systemy opiera się na produktach różnych firm i zakładów produkcyjnych.

Po drugie, nierzetelność opinii potwierdza fakt wykluczenia produktów firmy Pipelife Polska S.A. W/w firma posiada w swej ofercie (wskazywane wcześniej przez Zamawiającego) rury Pipelife QUANTUM SN 12 posiadające Aprobatę Techniczną ITB AT-15-9151/2014 (+ aneks nr 1) o parametrach: nominalna sztywność obwodowa SN 12, zakres średnicy 160-400, wersja bez kielicha, uszczelka wargowa olejoodporna, szczelność połączeń 2,5 bara, grubość ścianek dla 0160 5,5 mm, dla 0200 6,6 mm. Rury i kształtki spełniają wszystkie parametry wymienione w specyfikacji i mogą być łączone ze studniami (a nawet rurami) innych producentów (w załączeniu broszura Pipelife). Ponadto z materiałów firmy Pipelife Polska S.A. inni producenci produkują studnie m.in. o sztywności obwodowej SN 12 z montowanymi nastawnymi kielichami z regulacją kąta do 7,5 stopnia (np. PPHU POLYTRADB J. D. potwierdzając to w Deklaracji zgodności nr 07/01/15/S), Potwierdza to fakt, że firma Pipelife Polska S.A. posiada zdolność wyprodukowania materiałów niezbędnych do wykonania zadania zrealizowanego przez Zamawiającego (deklaracja zgodności nr 502/2015 wydana dla systemu studzienek kanalizacyjnych PRO DN 400).

Po trzecie, w opinii biegłego znajduje się stwierdzenie, że brak jest produktów firmy Steinzeug- Keramo GmbH spełniających wymagania przetargowe. Zamawiający wskazuje, że system rur kamionkowych został dopuszczony na etapie przetargowym na wniosek właśnie firmy Steinzeug- Keramo GmbH. Nie można zgodzić się z arbitralnym stwierdzeniem biegłego, że brak jest możliwości dostarczenia przez w/w firmę produktu, tym bardziej, że w prezentacji z listopada 2013 r. producent oferuje studnie (s.6) w asortymencie średnic DN 400, DN 800, DN 1000, DN 1200, DN 1400 oraz wykonywanie studni pod zamówienie.

Po czwarte, produkty stosowane w przetargach mogą być produkowane i dystrybuowane również na terenie innych krajów wspólnotowych, o czym biegły wyraźnie zapomniał nie analizując ogromnego rynku europejskiego. Firma REHAU, którą biegły wskazał jako niespełniającą wymogów cechuje konsekwencja rozwoju. Na rynku słowackim

dystrybuowana była, bądź jeszcze jest, rura AWADUKT PP SN 12 produkowana wg normy EN 1852 firmy REHAU - polipropylenowa rura (PP) o systemie uszczelniania Safety- Lock, szczelności 2,5 bara i możliwości układania nawet do minus 20 stopni (prospekt firmy REHAU w wersji słowackiej). Aktualnie firma REHAU zrezygnowała z systemów SN12 (na terenie Polski), zastępując go różniącym się tylko sztywnością obwodową systemem SN 16 o takich samych parametrach szczelności (system SN 16 spełnia wszystkie parametry zawarte w dokumentacji projektowej i jako stosunkowo lepszy może zostać zastosowany). Zamawiający zwraca równocześnie uwagę, że firma REHAU nie utraciła możliwości wyprodukowania systemu SN12 i tylko od jej woli zależy uruchomienie potencjału technicznego. Bezsprzecznym jest również fakt posiadania w swojej ofercie, przez firmę REHAU, studni SN16 (Katalog firmy REHAU z 2015 r. - system AWADUKT HPP SN10, Krajowa Deklaracja Zgodności nr 009JST 03/2014 dla rury RAUDRIL RAIŁ z PP-HM DN 110-DN 400 Sn 8 oraz SN 16, Krajowa Deklaracja Zgodności nr 010JST 07/2011 dla studni systemu RAUDRIL RAIŁ DN 400 i DN 500).

Piątym przykładem nierzetelności opinii jest fakt niewykonania przez biegłego analizy produktów firmy Wavin - producenta, który zarzuca Zamawiającemu nierzetelność, a, który wprowadza na rynek polski system Acaro, który mógłby spełniać wymagania SIWZ.

Zgodnie z opisem na stronie firmy „w ramach tych systemów Wavin oferuje rury o podwyższonej sztywności obwodowej, w zależności od zapotrzebowania można wybrać rury o rzeczywistej sztywności obwodowej SN 12 lub SN 10. System Acaro z PP-HM zgodny z normą PN-EN 1852 dostępny jest w średnicach DN/ID 160-500mm, natomiast w ramach systemu KG 2000 z PP-MD zgodnego z PN-EN 14758-1 dostępne są średnice DN/ID 110-400mm. Obydwa systemy oferują pełną gamę kształtek łączonych na wcisk. Specjalnie zaprojektowane dla każdego z systemów i opatentowane uszczelki zapewniają 100% szczelność w aplikacjach grawitacyjnych, nie tylko dla wymagań standardowych (0,5 bara), ale i podwyższonych. Obydwa systemy spełniają wymogi normy ATV-A 142 (badanie na ciśnienie 2,4 bar), a 4-wargowa uszczelka systemu Acaro PP z pozytywnym wynikiem przeszła test bezpieczeństwa do 5 bar. Dzięki temu systemy Acaro PP oraz KG 2000 są praktycznie wolne od ryzyka ex- i infiltracji. Decydując się na zastosowanie systemu Acaro lub systemu KG 2000 oraz studzienek kanalizacyjnych TEGRA można zbudować cały system kanalizacyjny z materiału PP. Dzięki takiemu wyborowi możliwa jest budowa jednorodnego systemu kanalizacyjnego z materiału o podobnych właściwościach i tej samej przewidywanej trwałości nawet powyżej 100 lat". Sam przykład firmy Wavin obrazuje, że

Zamawiający prawidłowo określił specyfikację techniczną zamówienia gwarantując tym samym wykonanie kanalizacji w oparciu o wysokie standardy z dbałością o trwałość i ekonomię projektu (Katalog firmy Wavin - wersja niemiecka - z rurami Acaro PP SN12 RWiAcaroPPSN12).

Podsumowując, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 marca 2014 r., sygn. KIO 486/14 „za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności”. Analizując wyrok można wysnuć wniosek, że producent, który posiada możliwości techniczne do produkcji danego asortymentu, a nie produkuje go, z uwagi na brak np. zainteresowania jego produktem, nie może zarzucać Zamawiającemu, że łamie zasady konkurencyjności. Z ww udokumentowanych faktów wynika, że istnieją możliwości nabycia produktów spełniających wymagania Zamawiającego więcej niż u jednego producenta, a nawet - co nie jest wymogiem specyfikacji (co niezgodnie z dokumentacją podkreśla biegły) - u jednego producenta można nabyć cały system z idealną zgodnością z wymaganymi kryteriami, równoważny lub o lepszych parametrach.

Ad. 2

W opinii biegłego, której Zamawiający nie otrzymał, biegły nie uznał wyjaśnień Wójta Gminy Rakszawa, dotyczących zagospodarowania terenu, cytując opinię geologiczną; „opinia firmy GEO-Har mówi o prostych warunkach gruntowych”. Przytoczenie jedynie fragmentu opinii geologicznej stawia pod znakiem zapytania prawidłowość całego wyводу biegłego.

Obrazując niedbałość w wykonanej opinii Zamawiający przytacza fragmenty ww opinii: „w rejonie kanalizacji panują w przewodzie proste warunki gruntowe z uwagi na występowanie gruntów genetycznie jednolitych oraz brak niekorzystnych zjawisk i procesów. Lokalnie należy liczyć się z warunkami złożonymi z uwagi na obecność wód gruntowych oraz ze względu na występowanie gruntów organicznych. Inwestycję należy zaliczyć do pierwszej i niekiedy do drugiej kategorii geotechnicznej przy złożonych warunkach gruntowych”. „Przy płytkim występowaniu zwierciadła wody gruntowej, woda ta może utrudniać prace ziemne. Przy prowadzeniu głębszych prac ziemnych może zaistnieć konieczność ujęcia i odprowadzania tych wód z dna wykopów”.

Opis wyrwany z kontekstu na, którym bazuje biegły diametralnie odbiega od stanu faktycznego. Ponadto powoływanie się przez biegłego na dokumenty odnoszące się do innych odcinków kanalizacji bez poznania ich specyfiki, a co najmniej faktu, że oddalone- są

od siebie kilka kilometrów i lokalizowane w całkiem innych warunkach przyrodniczo-urbanistycznych nie daje podstawy do wyprowadzenia wniosku zawyżenia parametrów technicznych inwestycji.

Ad 3

Biegły stwierdził, że „z uwagi na fakt, że zgodnie z obowiązującym prawem dla wyrobów zgodnych z normą nie ma obowiązku uzyskania aprobat technicznych ITB taki wymóg mógł jeszcze bardziej niepotrzebnie ograniczyć krąg wyrobów”.

Jest to stwierdzenie nieprawdziwe. Po pierwsze, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (tj. Dz.U. z 2014 r., poz. 883 ze zm.) aprobaty technicznej udziela się dla wyrobu budowlanego, dla którego nie ustanowiono Polskiej Normy wyrobu, albo wyrobu budowlanego, którego właściwości użytkowe, odnoszące się do wymagań podstawowych, różnią się istotnie od właściwości określonej w Polskiej Normie wyrobu, objętego mandatem udzielonym przez Komisję Europejską na opracowanie norm zharmonizowanych lub wytycznych do europejskich aprobat technicznych albo wykazem, o którym mowa w ust. 7. Ogólnie wiadomym jest, że norma PN EN 1852 nie odnosi się w pełni do sztywności obwodowej SN 12.

Po drugie, po to wydane zostało rozporządzenie ministra infrastruktury z dnia 8 listopada 2004 r. w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydania aby te aprobaty wydawać min. w przypadkach zestawów wyrobów budowlanych a takimi niechybnie są wyroby z zakresu inżynierii sanitarnej (stanowisko to znajduje się w opinii Instytutu Techniki Budowlanej zamieszczonej na oficjalnej stronie internetowej), czego przykładem mogą być wyroby firmy Pipelife (w praktyce wszystkie firmy produkujące systemy zaopatrują się np. w uszczelki nie produkując ich we własnych zakładach).

Ad. 4

Wyniki kontroli wykazały, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej, z uwagi na fakt, że poprawie uległa cena ryczałtowa. W treści zacytowany został wyrok KIO wskazujący, że rozbicie ceny miało charakter pomocniczy, dlatego do poprawy dojść nie mogło.

Zamawiający zarzuca temu wnioskowi brak logicznej analizy faktów. Po pierwsze, postępowanie przetargowe toczyło się w ramach pozyskiwania środków unijnych, o czym kontrolujący winien wiedzieć. Zgodnie z „Instrukcją wypełniania wniosku o przyznanie pomocy w ramach działania 321 Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej objętego PROW na lata 2007-2013” (PROW „321/9z z 29.04.2014, s.8/22) koszty planowane

do poniesienia na realizację operacji należy przedstawić w podziale na koszty inwestycyjne oraz koszty ogólne. W ramach kosztów inwestycyjnych należy wymienić poszczególne elementy operacji - zadania lub grupy zadań. Nazwę zadania lub grupy zadań realizowanych w ramach operacji należy umieścić w nagłówku każdej części zestawienia rzeczowo - finansowego operacji."

Zgodnie z instrukcją PROW powstała tabela w „formularzu oferty” stanowiąca wykaz cen ryczałtowych za poszczególne elementy scalone i dające podstawę do obliczenia sumy cen ryczałtowych jako wartości zadania. W wyroku KIO z dnia 15 lutego 2012 r. (KIO 236/12) czytamy, że brak jest podstaw do generalnego wniosku, iż przyjęcie w postępowaniu ceny ryczałtowej wyklucza możliwość poprawiania omyłek w ofertach. W kolejnym wyroku KIO z dnia 26 maja 2008 r. (KIO/UZP 449/08) czytamy, iż niezależnie od rodzaju ceny oferty (kosztorysowa czy ryczałtowa), poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej występuje tylko wówczas, jeżeli istotnie omyłka rachunkowa występuje jako błąd wynikający z niewłaściwego przeprowadzenia badań arytmetycznych, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji gdyż przez błąd rachunkowy należy rozumieć błąd wynikający z niewłaściwego przeprowadzenia badań arytmetycznych, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji.

Formularz ofertowy został tak skonstruowany, że wynik zsumowania wszystkich pozycji winien dać wynik ceny oferty, co podkreśla zwrot „w tym” umieszczony nad ww tabelą. Uchylony art. 88 ustawy o zamówieniach publicznych nakazywał w adekwatnych przypadkach zsumowanie cen ryczałtowych, a orzecznictwo KIO podtrzymuje tą zasadę (wyrok KIO z 16 stycznia 2009 r., sygn. KIO/UZP 1/09), co Zamawiający spełnił i poprzez co umożliwił prawidłowy opis kosztów zgodny z wytycznymi PROW. Przyjmując wniosek biegłego za słuszny, jedna z ryczałtowych pozycji musiałaby zostać poprawiona przez Zamawiającego na kwotę 0 zł, a brak jest w ustawie o zamówieniach publicznych podstaw prawnych do wykonania takiej czynności i to właśnie wtedy nastąpiłoby złamanie obowiązujących procedur.

Ad. 5

W wynikach kontroli wykazana została rozbieżność pomiędzy zapisami w treści ogłoszenia o zamówieniu gdzie zamawiający w sekcji III.4.2 zapisał, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art.24 ust. 1 ustawy Pzp, żądał od wykonawców złożenia m.in. dokumentu określonego w § 3 ust.1 pkt 2 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) tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a brakiem takiego żądania w treści SIWZ.

Zamiarem zamawiającego był brak żądania ww dokumentu z uwagi na przepisy o swobodzie działalności gospodarczej, które pomimo obowiązywania, nie wywołały w konsekwencji zmiany przepisów Pzp. Otóż, zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2015 r., poz. 584) dane i informacje udostępniane przez CEIDG są jawne. Każdy ma prawo dostępu do danych i informacji udostępnianych przez CEIDG. Dane i informacje są udostępniane na stronie internetowej CEIDG. Zaświadczenia o wpisie w CEIDG dotyczące przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w zakresie jawnych danych mają formę dokumentu oelektronicznego albo wydruku ze strony internetowej CEIDG. Organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków zaświadczeń o wpisie w CEIDG.

W myśl ww przepisów Zamawiający zrezygnował z żądania ww dokumentów, co skutkowało niezłożeniem ich przez członków Konsorcjum opierających swoją ofertę na treści SIWZ. Nie było intencją Zamawiającego naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nie miało to wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ogłoszeniu, w trakcie wprowadzania treści do systemu uzp, błędnie zaznaczono wymóg przedłożenia dokumentu. Ponadto w myśl przepisów obligujących organ administracji publicznej do korzystania z baz i rejestrów centralnych Zamawiający sam wykonał wydruk elektroniczny (potwierdza to załączający w dokumentacji wydruk wygenerowany w dniu 5.02.2015 r.) , zgodnie z ustawa będący potwierdzeniem ,faktów w nim zawartych, w celu rozstrzygnięcia kwestii wykluczenia z postępowania, a z uwagi na ich brak, nie ma podstaw do stwierdzenia rażącego naruszenia ustawy P.z.p.

Ad. 6

Wyniki kontroli wskazują na fakt, że „poprzez zaniechanie uwzględnienia w wezwaniach do Wykonawców wymogu, aby przedłożyli oni stosowne dowody dotyczące elementów oferty mające wpływ na wysokość ceny Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.”.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 p.z.p. jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający zbadał następujące kwestie: pierwszą - fakt zaniżenia ceny w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z wyniku badania wynikało, że żadna z ofert nie spełniła kryterium rażąco niskiej ceny.

Drugie kryterium, wartość oferty poniżej 30% wartości zamówienia, spełniło trzech wykonawców. Zamawiający wystąpił do nich o złożenie wyjaśnień i przyjął je za wystarczające. Biorąc pod uwagę, że wszystkie oferty były ze sobą cenowo zbliżone, wszyscy Oferenci gwarantowali wykonanie zamówienia za cenę oferowaną oraz fakt, że Zamawiający przyjął za podstawę rozliczenia wynagrodzenie ryczałtowe, tym samym nie mógł wymagać od Wykonawców posiadania kosztorysów szczegółowych, brak było podstaw do wykluczenia jakiegokolwiek Oferenta.

Oferta Wykonawcy wybranego na skutek przeprowadzenia przetargu nieograniczonego nie odbiegała cenowo od ofert pozostałych oferentów, tym samym brak było podstaw do jego odrzucenia.

Podsumowując, brak jest podstaw do stwierdzenia rażących uchybień w procedurze przeprowadzonej przez Wójta Gminy Rakszawa dla zadania p.n. „Budowa sieci rozdzielczej kanalizacji sanitarnej i wodociągowej dla miejscowości Rakszawa”.

[...]”

Pismem z dnia 10.11.2015 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni ww. zastrzeżeń oraz o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosnie zastrzeżeń w ww. piśmie wskazano:

„[...]”

Ad. 2.1.)

W pierwszej kolejności w odniesieniu do naruszenia ustawy Pzp wskazanego w pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli, należy ponownie wskazać, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też, zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia może wpływać bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert lub może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta.

Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni, tj. poprzez wskazanie wprost na określonego producenta lub produkt albo poprzez takie opisanie parametrów/wymogów dotyczących zamówienia, które wskazuje na konkretnego producenta lub produkt. Na powyższe zwróciła uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2010 r. (sygn. KIO/UZP 634/10), w którym Izba stwierdziła, że „dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenia tylko jednego producenta”. Z powyższego wynika, iż naruszenie zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy 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. Przy czym dla naruszenia ww. przepisu wystarczająca jest możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne jej utrudnienie.

W kontekście powyższego należy przytoczyć opinię uzupełniającą z dnia 5 października 2015 r., w której biegły sądowy odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego stwierdził, iż „Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przetargowym kilkakrotnie naruszył ustawę Pzp, po raz pierwszy zapisem:

- Kolektory kanalizacji grawitacyjnej z rur PVC-U lub PP z litego materiału o średnicy Ø160 Ø200 mm i min. grubości ścianek odpowiednio 5,5mm i 6,6mm. System rur, kształtek musi być wyposażony w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną. Szczelność rur, kształtek min. 2,5 bara. Należy zastosować system rur bez kielichowych, łączonych na złączki dwu kielichowe produkowane metodą wtrysku z uszczelką wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną. Sztywność rur i kształtek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Rury, kształtki muszą posiadać Aprobatację Techniczną ITB. Zastosowane rury, kształtki w celu uniknięcia różnic w tolerancji wykonania muszą stanowić jednolity system. Możliwość układania systemu rur, kształtek w temperaturze do -10 stopni Celsjusza (rury oznaczone kryształkiem lodu). Rury PVC muszą posiadać trwałe oznaczenie od wewnątrz umożliwiające identyfikację podczas inspekcji telewizyjnej. Wszystkie parametry techniczne muszą być zawarte w Aprobacie Technicznej ITB;

- Studzienki rewizyjne niewłazowe do inspekcji z poziomu terenu z rur z tworzywa sztucznego o średnicy min. Dn. 400mm wykonanych z litego PVC-U. Studzienki muszą być wyposażone w gumową uszczelkę wargową zintegrowaną w kielichu z pierścieniem z polipropylenu, olejoodporną, oraz nastawne kielichy do połączeń rur kanalizacyjnych, umożliwiające regulację średnic DN 160 i DN 200, sferycznie w każdym kierunku min 7^o Szczelność min. 2,5 bara. Sztywność studzienek min. SN 12kN/m²; SDR 34; SLW 60. Studnie z PVC muszą posiadać aprobatę techniczną ITB. Alternatywnie można zastosować studzienki wykonane z PP o parametrach nie gorszych niż dla PVC.

czym ograniczył możliwość uczciwej konkurencji, uniemożliwiając potencjalnym wykonawcom zaoferowanie urządzeń równoważnych.

Ponownie naruszył prawo dopuszczając do zastosowania materiały niezgodne z wymaganiami Zamawiającego na etapie przetargu dopuszczając do zastosowania studzienki kanalizacyjne, na które nie została wydana aprobaty technicznej TB.

Nieprawdą jest, twierdzenie Gminy Rakszawa, że przykład firmy Wavin obrazuje, że Zamawiający prawidłowo określił specyfikację techniczną zamówienia gwarantując tym samym wykonanie kanalizacji w oparciu o wysokie standardy z dbałością o trwałość i ekonomię projektu. System firmy Wavin oparty na systemie Acaro lub systemie KG 2000 oraz studzienek kanalizacyjnych TEGRA absolutnie nie spełnia wymagań jakie postawił Zamawiający na etapie przetargu co Zamawiający próbuje wykazać w swoim piśmie:

- jak sam Zamawiający pisze, obydwa systemy posiadają badania na szczelność do 2,4 bara, natomiast Zamawiający wymagał szczelność rur, kształtek min. 2,5 bara;
- jak słusznie zauważył Zamawiający, system ten jest dopiero wprowadzany na polski rynek a co za tym idzie nie posiada aprobaty technicznej wydanej przez ITB;
- studzienki kanalizacyjne TEGRA wykonywane są tylko w SN2 lub SN4, a nie jak wymagał Zamawiający SN12;
- gwarantowana szczelność studzienek TEGRA to 0,5 bara, Zamawiający natomiast w przetargu dla studzienek wymagał szczelność min. 2,5 bara.

Już tylko te kilka przykładów pokazuje że Zamawiający jest w błędzie zarówno co do stwierdzenia że system Wavin mógłby spełnić wymagania siwz oraz co do stwierdzenia że przykładem niezgodności opinii biegłego jest fakt niewykonania przez biegłego analizy produktów firmy Wavin. Biegły pisząc opinie przeanalizował wielu producentów i niestety tylko jeden producent w pełni spełniał postawione wymagania przez Zamawiającego.

Taka sama sytuacja dotyczy firmy REHAU którą przywołuje Zamawiający powołując się na materiały które zupełnie nie spełniają wymagań postawionych na etapie przetargu. Po pierwsze Deklaracja Zgodności nr 009_ST 03/2014 na którą się powołuje Zamawiający, dotyczy rur drenarskich a nie rur kanalizacyjnych. Taka sama sytuacja dotyczy kolejnej Deklaracji Zgodności na którą się powołuje Zamawiający. Deklaracja Zgodności nr 010_ST 07/2011 dotyczy studzienek na sieciach odwodnieniowych i drenarskich a nie na sieciach kanalizacyjnych. Pomijając nawet powyższe niezgodności, zarówno dla rur jak i studzienek przywoływanych przez Zamawiającego, firma REHAU nie posiada Deklaracji Zgodności wydanej przez ITB.

W swojej opinii nie twierdziłem, że firma Pipe Life Polska S.A. nie posiada rur o szczelności obwodowej SN12, twierdziłem natomiast, że firma ta nie posiada studzienek kanalizacyjnych

o sztywności obwodowej SN12 na którą wydana jest aprobaty techniczna ITB. Potwierdza to także Gmina Rakszawa załączając do swojego pisma z dnia 26 października 2015r Deklarację Zgodności nr 502/2015 na system studzienek kanalizacyjnych PR0315 i PR0400 z polipropylenu. Niestety aby spełnić wymagania Zamawiającego z siwz należało przedstawić aprobatę techniczną ITB której to aprobaty wskazane przez Zamawiającego studzienki nie posiadają. Taka sama sytuacja jest ze wskazanymi przez Zamawiającego studzienkami firmy PPHU POLYTRADE J. D. Zupełnie niepotrzebnie tłumacząc się Zamawiający dołącza do swojego pisma dokumenty których nie wymagał na etapie przetargu. Nie dołącza natomiast dokumentów, które wymagał w przetargu z tego tylko powodu, że materiały wskazywane teraz przez Zamawiającego tych dokumentów nie posiadają m.in. np. aprobaty technicznej ITB zatem nie spełniają wymagań zawartych z siwz.

Odnosnie systemu z kamionki jest on znacznie droższy w stosunku do systemu wykonanego z PP lub PCV i jako taki w przetargu gdzie jedynym kryterium jest cena, ma drugorzędne znaczenie dla potencjalnych wykonawców. Z uwagi na cenę materiału oferta z materiałem z kamionki skazana była na przegraną. Zatem równoważność w tym przypadku jest jedynie pozorna.

Zgodnie z opracowaniem firmy GEO-HAR w rejonie kanalizacji panują w przewodzie proste warunki gruntowe i taki dokładnie cytat został zamieszczony w mojej opinii a nie jak twierdzi Gmina Rakszawa, że stwierdziłem, iż opinia firmy GEO-HAR mówi o prostych warunkach gruntowych. Oczywiście nie można wykluczyć miejscowo wystąpienia trudniejszych warunków gruntowych z uwagi na fakt, że siatka otworów badawczych nie pokrywa w całości trasy przebiegu kanalizacji. Jednak stwierdzenie, że „lokalnie należy liczyć się z warunkami złożonymi” nie może powodować zawyżenia parametrów studzienek oraz rurociągów wg opisu Zamawiającego w siwz. Poza tym firma Geokart-International Sp. z o.o., bazując na tej samej dokumentacji geotechnicznej raz projektuje uznając za wystarczające rury o sztywności obwodowej SN4, a później w innych projektach przy tych samych warunkach geotechnicznych projektuje rury o SN12 pomimo, że wystarczające są rury o SN4.

Zamawiający twierdzi, że w opinii nie uwzględniono materiałów produkowanych i dystrybuowanych na terenie krajów wspólnotowych, natomiast zapomina, że w materiałach przetargowych wymagał aprobaty technicznej dla rur i studzienek wydanych przez Instytut Techniki Budowlanej z Warszawy co w większości ograniczyło tak ogromny rynek europejski.

Nigdy w swojej opinii nie kwestionowałem możliwości wydawania aprobat technicznych. W opinii znalazło się jedynie stwierdzenie, że zapis o obowiązku uzyskania aprobat technicznych wydanych przez ITB niepotrzebnie jeszcze bardziej ograniczało krąg wyrobów. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 8 listopada 2004r w (Dz. U. Nr 249 poz. 2496 i 2497) sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania jest chociażby Centralny Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Techniki Instalacyjnej „Instal” w Warszawie, który także jest upoważniony do wydawania tego typu aprobat technicznych. Ingerowanie zatem w Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 8 listopada 2004 r. i ograniczając jednostki które uznaje Zamawiający, zupełnie niepotrzebnie ograniczał krąg potencjalnych wykonawców.

Przedstawiony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w sposób nieuprawniony naruszał ustawę o zamówieniach publicznych, ograniczył krąg wykonawców, którzy mogli ubiegać się o uzyskanie zamówienia publicznego, a którzy byli zdolni do prawidłowego wykonania zadania. Postępowanie to zatem stanowiło działanie wbrew zasadzie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców.

Podsumowując, odpowiedź Zamawiającego uważam za niewystarczającą i nieprzekonującą, iż opis przedmiotu zamówienia został wykonany w sposób jasny i przejrzysty, oraz w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji”.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, w tym stanowisko biegłego, należy powtórzyć, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, przy czym podnoszone przez Niego w zastrzeżeniach argumenty nie znajdują potwierdzenia w okolicznościach faktycznych. W związku z powyższym podtrzymuję stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 2.2.)

W odniesieniu do naruszenia wskazanego w pkt 2.2 Informacji o wyniku kontroli, należy ponownie podkreślić, iż z dokumentacji przedmiotowego postępowania, jak również z podkreśleń Zamawiającego w zastrzeżeniach wynika, że za realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe.

W związku z powyższym należy ponownie wskazać, iż istotę określenia rozliczenia ryczałtowego stanowi przysługujące wykonawcy wynagrodzenie z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła lub usługi. Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady nie powinien nakładać na wykonawców obowiązku wyszczególnienia cen częściowych składających się na cenę ostateczną (a taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu), a żądać jedynie ceny całkowitej za realizację przedmiotu umowy, gdyż rozliczenie ryczałtowe polega na umówieniu się z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego. Istotą ceny ryczałtowej jest to, że jest to cena obejmująca całość przedmiotu zamówienia bez względu na sposób jej obliczenia.

Nie można uznać argumentacji Zamawiającego, iż „postępowanie toczyło się w ramach pozyskiwania środków unijnych”, a Zamawiający musiał działać zgodnie z instrukcją wypełniania wniosku o przyznanie pomocy w ramach działania 321 Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej objętego PROW na lata 2007-2013 r. Należy podkreślić, iż poprawianie wszelkich omyłek w treści oferty, regulują przepisy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a nie instrukcje dotyczące przyznawania dofinansowania ze środków UE. Zarzutów wskazanych w treści naruszenia nie uchyla użyty w formularzu oferty zwrot „w tym”, który przede wszystkim nie potwierdza, jaki jest status tabelki zawartej w formularzu, oraz nie wpływa na fakt żądania wynagrodzenia ryczałtowego. Za niezasadne należy uznać także zarzuty odnoszące się do wykładni historycznej ustawy Pzp, gdyż art. 88, jak wskazuje sam Zamawiający, został uchylony. Tym samym podtrzymuję stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. 2.3.)

W odniesieniu do naruszenia wykazanego w pkt 2.3. informacji o wyniku kontroli należy wskazać, że Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (CEIDG) jest spisem przedsiębiorców, będących osobami fizycznymi, działającymi na terenie Polski. Rejestr prowadzony jest od 1 lipca 2011 r. w systemie teleinformatycznym przez ministra właściwego do spraw gospodarki na podstawie przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672 – t.j.), zwanej dalej „ustawą”. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 1 ustawy dane i informacje udostępniane przez CEIDG są

jawne i każdy ma prawo dostępu do nich. Dane te udostępniane są na stronie internetowej CEIDG (art. 38 ust. 2 ustawy).

Niemniej jednak, ustawa Pzp uprawnia Zamawiającego w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do żądania przedstawienia przez wykonawców określonych dokumentów. Przy czym należy podkreślić, iż przy udzielaniu zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, nie zaś ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Tym samym argumentacja dotycząca przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest bezprzedmiotowa.

Ponadto, skoro – jak wskazuje Zamawiający w treści zastrzeżeń do kontroli – nie było jego intencją żądanie od wykonawców aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, to Zamawiający nie powinien żądać ww. dokumentu w ogłoszeniu o zamówieniu. Jeżeli natomiast żądał w ogłoszeniu, to konsekwentnie powinien zachować spójność ogłoszenia z siwz i w myśl art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, żądać ww. dokumentu również w siwz. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykazana niespójność pomiędzy zapisami w ogłoszeniu i siwz wprowadziła w błąd wykonawców, którzy różnie zinterpretowali wskazaną rozbieżność, gdyż jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, wszyscy z wyjątkiem konsorcjum którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przedłożyli ww. dokument wymieniony w ogłoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, podtrzymuję stanowisko o naruszeniu art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Ad. 2.4.)

W związku z wykazaniem naruszenia w pkt 2.3) informacji o wyniku kontroli należy stwierdzić, iż niewezwanie konsorcjum: Usługowy Zakład Instalacji Wod. Kan. Co i Gaz G. M., Zakład Wod-Kan Co i Gaz S. Z. i „Mi-Kan” M. K. do uzupełnienia ww. dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które zostało wykazane w pkt 2.4. informacji o wyniku kontroli. Faktem bowiem jest, że bez względu na intencję, Zamawiający żądał aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej w ogłoszeniu o zamówieniu, tym samym wykonawcy zobowiązani byli je dołączyć do oferty, a Zamawiający – konsekwentnie wymagać.

Ad. 2.5.)

W pkt 2.5.) informacji o wyniku kontroli wykazano, iż zaniechanie przez Zamawiającego uwzględnienia w wezwaniach do nw. wykonawców, tj.:

Konsorcjum: D. S. Przedsiębiorstwo Projektowo-Budowlane „BUDAMEX” i P. S. „Hydrotech”; HYDROTECH K. B.;

Konsorcjum: Usługowy Zakład Instalacji Wod. Kan. Co i Gaz G. M., Zakład Wod-Kan Co i Gaz S. Z. i „Mi-Kan” M. K.

wymogu, aby przedłożyli stosowne dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dokonanie oceny tych ofert bez uwzględnienia dowodów, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Argumenty przedstawione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do kontroli, nie odnoszą się do istoty wykazanego naruszenia, jakim było zaniechanie żądania dowodów w wezwaniach do wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny.

Ponadto należy wskazać, iż nie można uznać wyjaśnień Zamawiającego, że skoro w przedmiotowym postępowaniu przewidziane było rozliczenie ryczałtowe i Zamawiający nie mógł wzywać wykonawców o przedłożenie w kwestii rażąco niskiej ceny kosztorysów, to tym samym nie było podstaw do wykluczenia wykonawców z uwagi na rażąco niską cenę. Powyższe stanowisko opiera się na błędnym założeniu, że kosztorysy (szczegółowe) są jedynymi dowodami, jakie może złożyć wykonawca w celu potwierdzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Podkreślić należy, że w naruszeniu zarzucono Zamawiającemu zaniechanie uwzględnienia w wezwaniach, aby wykonawcy przedłożyli stosowne dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a nie, że koniecznie miałyby to być kosztorysy szczegółowe. Tym samym podtrzymuję stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując: przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w pkt 2.1. - 2.5. Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym podtrzymuję stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej i nie uwzględniam zastrzeżeń Zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

[...]

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został należycie zreferowany w treści pism i dokumentów przytoczonych powyżej. Podano tam również i zacytowano wszystkie adekwatne przepisy prawa znajdujące zastosowanie w sprawie.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego według numeracji naruszeń przyjętej w Informacji o wyniku kontroli, Izba wskazuje:

1. Jak wynika z opinii biegłego powołanego w toku kontroli, żadne z systemów kanalizacji dostępnych powszechnie na polskim rynku nie spełniają wszystkich rozlicznych wymagań Zamawiającego, co do ich parametrów technicznych oraz formalnych potwierdzeń ich cech i właściwości.

Ponadto Zamawiający przekonująco nie wykazał szczególnych i obiektywnych potrzeb dla zastosowania tego typu podwyższonych standardów oraz wymagań. Nie uzasadnił również potrzeby bezwzględnego wymagania przedłożenia aprobat technicznych ITB dla stosowanych materiałów, zwłaszcza w kontekście rzekomego dopuszczenia zastosowania produktów z szerokiego rynku europejskiego, na które się powołuje. Wymaganie tego typu jest jak najbardziej dopuszczalne i możliwe w przypadku, gdy istnieje szerokie, gwarantujące konkurencję spektrum produktów takie aprobaty posiadających. W przeciwnym wypadku jego postawienie wymaga wyjątkowo przekonujących powodów i uzasadnień.

Wystąpienie ograniczenia konkurencji należy w pierwszej kolejności badać w odniesieniu do rynku właściwego, najbardziej adekwatnego do danego zamówienia – w tym przypadku rynku lokalnego, tj. krajowego. W tym kontekście stwierdzić należało, że Zamawiający nie wykazał, że jego wymagania spełniają jakiegokolwiek powszechnie dostępne i stosowane na tym rynku systemy kanalizacji oprócz systemu firmy Funke Sp. z o.o. W szczególności Zamawiający nie wykazał, że wskazywane przez firmę, a raczej ich produkty, spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia, w tym zwłaszcza wymóg posiadania aprobat technicznych ITB.

W opinii uzupełniającej biegłego z dnia 5 października 2015 r. w sposób wiarygodny i spójny wskazano fakty, które przeczą możliwości zakwalifikowania powoływanych przez Zamawiającego systemów firm Wavin, REHAU oraz Pipe Life Polska S.A., jako spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego, łącznie z wymaganiami aprobat technicznych ITB dla poszczególnych elementów systemu. Natomiast dla uznania powszechnej dostępności przynajmniej kilku rodzajów materiałów różnych producentów, warunkującej konkurencyjność opisu przedmiotu zamówienia, niewystarczające jest

powołanie się na potencjalne lub byłe możliwości producentów w zakresie wyprodukowania materiałów odpowiadających opisowi przedmiotu zamówienia sporządzonemu przez Zamawiającego.

Zamawiający w wyjaśnieniach dotyczących SIWZ dopuścił zastosowanie materiałów równoważnych lub lepszych od opisanych przez Zamawiającego, których równoważność miał oceniać na podstawie m.in. stosownych aprobat. W świetle obowiązujących postanowień SIWZ mogłyby to być jedynie aprobaty ITB. Natomiast, jak podniesiono wyżej, Zamawiający nie wykazał istnienia żadnych produktów równoważnych lub lepszych od opisanych w SIWZ, które posiadają takie aprobaty, są dostępne na polskim rynku oraz nie są produktami Funke.

Dopuszczenie i dostępność systemów kamionkowych, znacznie droższych od systemów PVC i PP, nie sposób uznać za realne otwarcie zamówienia na konkurencję.

Związany z powyższym, ustalony w tym przypadku stopień ograniczenia konkurencji prowadzący się do nieuzasadnionego uniemożliwienia czy nawet tylko nieuzasadnionego utrudnienia zaoferowania i zastosowania produktów innych niż produkty firmy Funke, należy uznać – jak słusznie przyjął Prezes UZP – za naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy.

Na marginesie do powyższego, Izba wskazuje, że korzystanie ze środka dowodowego jakim jest opinia biegłego nie wykazuje znaczących różnic w ramach różnorodnych postępowań, toczonych na podstawie przepisów prawa (administracyjnego, sądowego, odwoławczego przez Izba... etc.), w których właściwe zastosowanie prawa warunkowane jest nie tylko prawidłowym ustaleniem stanu faktycznego, ale również jego właściwą interpretacją wymagającą wiadomości specjalnych (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 1987 r., sygn. akt III KR 235/87: *„opinia biegłego wyraża jego pogląd przed sądem na okoliczności istotne sprawy, których ustalenie lub wyjaśnienie wymaga wiadomości specjalnych”* i dalej: *„W opinii biegłych nie powinny znajdować się sformułowania dotyczące winy oskarżonego lub oceny prawnej jego czynu, ponieważ uprawnienia w tym zakresie są wyłączną domeną sądu”).* Analogicznie, również w przypadku postępowania kontrolnego, biegły nie jest powoływany w celu dokonania kwalifikacji prawnej ustalonego stanu faktycznego, tj. do stwierdzania naruszeń przepisów ustawy lub ich braku. Jedynym organem uprawnionym do stosowania przepisów prawa dokonywanym w procesie jego wykładni i subsumpcji jest w tym przypadku organ administracji dokonujący kontroli. Również dyspozycja art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawia nie uprawnia do odejścia od powyższego rozumienia roli biegłego w postępowaniu dowodowym stanowiącym podstawę ustaleń i wniosków kontroli, w

szczegółności do zasięgnięcia opinii biegłego na temat zarzutów naruszenia prawa, a następnie powoływania się na stanowisko biegłego w tym zakresie w Informacji o wyniku kontroli.

Przy czym Izba zaznacza, że jakkolwiek biegły w sposób rażąco przekroczył swoje uprawnienia co do oceny stanu faktycznego, to jednak jego wywody na temat ocen prawnych, nie przekreśliły wartości opinii w sferze okoliczności faktycznych, do których opinia biegłego mogła i powinna się odnosić.

2. Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, co do poprawienia ceny ryczałtowej w ofercie i przyjmuje je za własne, z poniższym uzupełnieniem argumentacji w tym zakresie.

Mianowicie w procesie stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak najbardziej właściwa i zasadna jest wykładania historyczna odwołująca się do uchylonych norm art. 88 ustawy. Niemniej jednak odwołanie takie powinno być adekwatne do rozpatrywanego stanu faktycznego, innymi słowy – prawidłowe. Tymczasem w rozpatrywanym przypadku brak podstaw (w szczególności w świetle treści umowy oraz zawartych tam zasad rozliczeń i płatności za całość przedmiotu świadczenia) do zakwalifikowania cen cząstkowych z tabeli Formularza ofertowego za ceny ryczałtowe za poszczególne części zamówienia lub po prostu ceny za części zamówienia. Tym samym w historycznym stanie prawnym, do tego typu stanu faktycznego znajdowałby zastosowanie art. 88 pkt 3 lit. a ustawy, zamiast prawdopodobnie sugerowanych przez Zamawiającego przepisów art. 88 pkt 2 lit. a lub pkt 3 lit c.

3 i 4. Izba w całości podziela stanowisko Prezesa UZP, co do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy.

5. Izba podtrzymuje zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp popełnionego przez niewskazanie w treści wezwania dotyczącego wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej wszystkich okoliczności wskazanych w tym przepisie.

Jednakże stwierdza, że jest to naruszenie czysto formalne, które wbrew sugestiom zawartym w Informacji o wyniku kontroli, w przypadku rozpatrywanym nie przełożyło się na błędy w ocenie ofert i nie miało wpływu na wynik postępowania – żadne zarzuty w przedmiocie przyjęcia ofert z ceną rażąco niską nie zostały Zamawiającemu postawione.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....