

Dotyczy: Przetarg w trybie nieograniczonym o wartości szacunkowej poniżej progów ustalonych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy - Prawo Zamówień Publicznych

Budowa wodociągu Nowa Wieś Elcka- Zdunki-Bobry, budowa sieci wodociągowej w m. Barany(działki budowlane), budowa kanalizacji sanitarnej dla całej wsi Barany i części Nowa Wieś Elcka [OZP.271.3.15.2011]

Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w oparciu o art. 38 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759, nr 161, poz. 1078 i nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. nr 5, poz. 13 i nr 28, poz. 143) wnosi o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie objęcia nowo budowanych sieciowych przepompowni ścieków rozbudową istniejącego systemu wizualizacji i monitoringu w oparciu o pakietową transmisję danych GPRS, który jest zainstalowany i funkcjonuje u administratora sieci wodno – kanalizacyjnych gminy Elk.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Istotnym elementem zachowania tej zasady jest taki opis przedmiotu zamówienia, który nie narusza art. 29 i 30 Ustawy Pzp. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż za naruszający zakaz ograniczania uczciwej konkurencji uznany winien zostać taki opis przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający poprzez użyte sformułowania lub parametry wskazywać będzie na jednego konkretnego dostawcę lub na jeden konkretny produkt lub gdy te parametry określają przedmiot zamówienia w sposób zbyt rygorystyczny tak, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a zbytnio ogranicza krąg potencjalnych wykonawców. Jednocześnie zgodnie z sentencją Zespołu Arbitrów wyrażoną w wyroku z dnia 13 maja 2005 (sygn. akt: UZP/ZO/0-948/05) oraz wyrokiem KIO z dnia 20 stycznia 2009 (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) w sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwi mu realizację celu założonego w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi kierować się zasadami określonymi przez przepisy prawa. Fundamentalne znaczenie w tym zakresie w stosunku do dostaw ma art. 29 Ustawy Pzp. Zakaz zawarty w ust. 2 art. 29 Ustawy Pzp wyraża się w tym, iż ustawodawca nakazuje Zamawiającemu dopuszczenie konkurencji pomiędzy Wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi odnośnie przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO/875/11, w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenie zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Z analizy przedmiotowego SIWZ wynika, iż zamówienie zostanie udzielone tylko i wyłącznie Wykonawcy, który podłączy nowo budowane sieciowe przepompownie ścieków do istniejącego systemu wizualizacji i monitoringu, który jest zainstalowany i funkcjonuje u administratora sieci wodno – kanalizacyjnych gminy Elk. Niedopuszczenie zainstalowania dla nowych pompowni ścieków niezależnego/nowego systemu wizualizacji i monitoringu faworyzuje jednego producenta pompowni ścieków, który jest równocześnie dostawcą istniejącego systemu wizualizacji i monitoringu.

Powodem takiego stanu rzeczy jest opis przedmiotu zamówienia, jak też kryterium oceny ofert (cena 100%). Tak sformułowane zapisy ewidentnie ograniczą dostęp do zamówienia dla Wykonawców, którzy chcąc złożyć ważną ofertę otrzymują ofertę podłączenia do istniejącego systemu od dostawcy tego systemu, a zarazem producenta pompowni, który jednocześnie jako uczestnik tego samego postępowania eliminuje konkurencję. Z wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2011 (sygn. akt: KIO 752/11) w tożsamej sprawie jasno wynika, iż Podmiot ten, ubiegając się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie jest zainteresowany umożliwieniem ubiegania się o to zamówienie innym podmiotom z nim konkurującym.

Z przesłędzonej historii przeprowadzonych i zakończonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, których treść SIWZ zawierała tożsamy opis przedmiotu zamówienia z zapisami w przedmiotowym postępowaniu, wynika iż zamówień udzielano temu samemu Wykonawcy, tj. dostawcy zainstalowanego systemu wizualizacji i monitoringu. Należy zatem zauważyć, iż przyjęta przez preferowanego Wykonawcę strategia postępowania jest przez niego konsekwentnie kontynuowana w kolejnych zamówieniach, zapewniając mu uprzywilejowaną pozycję.

W tym miejscu właściwym do przywołania wydaje się wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 roku: „Nie można więc mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich oferentów lub zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, jeżeli przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego wystarczająco, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt”.

Jak czytamy w wyroku KIO 875/11 sporządzenie opisu przedmiotu stanowi jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na znaczne ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że dyskryminacja wykonawców przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia może przejawiać się na dwa sposoby: albo jako dyskryminacja bezpośrednia (gdy zamawiający używa do opisu oznaczeń konkretnego producenta lub produktu), albo jako dyskryminacja pośrednia, gdy brak jest nazwy konkretnego producenta czy produktu, ale używane przez zamawiającego parametry wskazują na konkretnego producenta lub konkretny produkt. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 1 października 2008 r. (KIO/UZP 984/08) za dyskryminację pośrednią uznała również stawianie wygórowanych wymagań, niezasadzonych potrzebami zamawiającego. Zamawiający w tym przypadku nie podał co prawda wprost znaków towarowych ani nazwy producenta produktu w opisie przedmiotu zamówienia, ale niezależnie od tego doszło do uprzywilejowania jednego z potencjalnych wykonawców, gdyż wymagania Zamawiającego były zgodne z zapisami instrukcji urządzenia oferowanego przez jednego z wykonawców. Ponadto KIO uznała za uprawdopodobnioną okoliczność, że Zamawiający – opisując

zamówienie – kierował się cechami obecnie użytkowanego urządzenia tejże firmy. Rozstrzygając tę sprawę, KIO odwołała się także do orzecznictwa sądowego (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r., sygn. II Ca 693/5), zgodnie z którym zamawiający powinien skutecznie udowodnić, iż więcej niż jeden produkt spełnia wyznaczone w SIWZ parametry graniczne – inaczej eliminacja technologii innych producentów jest naruszeniem art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp. Powołany wyrok KIO podtrzymuje dotychczasową linię orzeczniczą w tym zakresie. W szczególności w wyroku z 21 lipca 2008 r. (KIO/UZP 682/08) KIO wyraziła pogląd, iż treść przepisów art. 29 ust. 1-3 Ustawy Pzp wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nie powinien utrudniać uczciwej konkurencji oraz nie może bezpośrednio ani także pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców, a również – musi odzwierciedlać rzeczywiste, racjonalne potrzeby Zamawiającego. Natomiast w wyroku z 21 maja 2008 r. (KIO/UZP 442/08) KIO stwierdziła konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też eliminowałyby konkretnych wykonawców z postępowania lub powodowały uprzywilejowanie jednego z wykonawców.

Merytorycznie należy uzasadnić, iż objęcie nowo budowanych sieciowych przepompowni ścieków nowym/niezależnym systemem wizualizacji i monitoringu nie powoduje powstania dodatkowych kosztów z tytułu eksploatacji systemu, gdyż w przypadku firmy . Zamawiający otrzymuje przepompownie ścieków wraz z kompletną stacją dyspozytorską oraz kartami SIM z pakietem na transmisję danych opłaconym na okres 3 lat. Wyjaśniamy ponadto, iż po upływie tego okresu, tj. 3 lat, miesięczne koszty opłat z tytułu transmisji danych wynoszą zaledwie 3 zł netto za jeden obiekt. Zatem nawet w przypadku istnienia w systemie kilkunastu obiektów łączne, miesięczne koszty opłat z tytułu transmisji danych w technologii GPRS nie przekraczają kwoty 50 zł netto. W tej sytuacji podnoszenie kwestii wysokości kosztów eksploatacji nie może stanowić logicznego argumentu przemawiającego za korzystaniem przez Zamawiającego tylko z jednego systemu wizualizacji.

Co więcej, w przypadku oferty firmy Zamawiający nie podpisuje żadnych umów z tytułu eksploatacji kart SIM oraz żadnych umów na tzw. konserwację systemu monitoringu. Nie jest więc tym samym zagrożony żadnymi karami umownymi, co jest istotnym elementem zabezpieczającym Zamawiającego przed ponoszeniem dodatkowych i nieprzewidzianych kosztów. Jednocześnie informujemy, że przypadki współistnienia dwóch czy więcej systemów wizualizacji u jednego Użytkownika są zjawiskiem powszechnym, co więcej wielu Użytkowników preferuje takie rozwiązanie, gdyż gwarantuje ono bezstronność i zabezpiecza Użytkownika przed postawieniem zarzutu o preferowanie tylko jednego dostawcy systemu.

Reasumując, powołując się na sygnaturę akt: UZP/ZO/0-2824/05 - oczywista sprzeczność postanowień SIWZ z ustawą uzasadnia konieczność zmiany SIWZ w tym zakresie oraz aby uniknąć zarzutu ograniczenia uczciwej konkurencji, Zamawiający powinien przy uwzględnieniu rynku właściwego dla tego przedmiotu zamówienia dokonać zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Zmiana winna być dokonana w taki sposób, aby nie ograniczać w sposób nieuzasadniony kręgu potencjalnych wykonawców. W tym celu należy zmodyfikować treść SIWZ o zapisy:

- a. dodanie zapisu o konieczności jedynie przygotowania szaf sterowniczych do wpięcia do istniejącego systemu monitoringu i wizualizacji
lub
- b. dopuszczenie niezależnego/nowego systemu monitoringu i wizualizacji dla nowo budowanych pompowni.

W innym przypadku przepis 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie prosimy o skorzystanie z możliwości udzielenia Wykonawcom wyjaśnienia treści SIWZ jaką daje art. 38 ust.1 a Ustawy Pzp pomimo, iż wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął po upływie terminu składania wniosku.

Odpowiedz na zapytanie

Parametry techniczne przedmiotu zamówienia zostały określone tak, aby zapewnić niezawodne działanie eksploatowanych przepompowni ścieków w określonych warunkach lokalizacyjnych. Podane kryteria są obiektywne i jak najbardziej uzasadnione z punktu widzenia bezpiecznej eksploatacji nie zagrażającej środowisku, czasu jej użytkowania i jakości pracy.

Monitorowane przepompownie ścieków nie są produktem typowym (urządzenia nie mają charakteru katalogowego), co determinuje kryteria równoważności przedmiotu zamówienia. Technologie zawarte w opisie są oferowane nie tylko przez jeden podmiot na rynku, natomiast integracja systemu ich monitorowania wynika z celu nadrzędnego jakim jest bezpieczna eksploatacja nie zagrażająca środowisku jak i racjonalność wydatków publicznych nie naruszająca ich dyscypliny .

Sugerowanie Zamawiającemu dokonania podziału zamówienia publicznego jest nie dozwolone (art. 32- 35 PZP) .Interpretacja zapisów SIWZ przez Zadającego pytanie jakoby stroną postępowania przetargowego miałyby być firma, która dostarczała system monitoringu przepompowni ścieków oraz, że będzie ona również oferować dostawę przepompowni ścieków nieograniczonej liczbie domniemanych oferentów biorących udział w postępowaniu przetargowym wskazuje jednoznacznie, że Zadający pytanie chce ograniczyć lub mieć wpływ na zachowanie pozostałych oferentów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie wpłynąć na proces postępowania w celu wywarcia presji na Zamawiającym. Przedmiotowy monitoring przepompowni ścieków jest integralną częścią dokumentacji projektowej, załączonych przedmiarów oraz SIWZ i stanowi istotny element procesu inwestycyjnego w zakresie poprawy stanu ochrony środowiska Gminy Ełk . Zamawiający nie ma wiedzy kto będzie dostawcą przepompowni

(wg określonych w SIWZ standardów jakościowych) dla poszczególnych oferentów biorących udział w postępowaniu. Każdy ubiegający się o udzielenie zamówienia ma prawo dokonać wyceny zastosowanych urządzeń i materiałów w oparciu o własną kalkulację cenową. Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza ani nie wskazuje potencjalnych dostawców materiałów i urządzeń ,którzy nie są w żadnej mierze stroną przedmiotowego postępowania ponieważ przetarg dotyczy wykonania robót budowlanych, a nie samych dostaw. Zamawiający kierując się zasadą utrzymania dyscypliny finansów publicznych oraz ich racjonalnego wydatkowania mając na względzie odpowiedzialność cywilną z tytułu rękojmi i gwarancji ciążącą na oferentach określił jedynie funkcjonalność użytkową zastosowanych rozwiązań, które dają gwarant kompatybilności dotychczasowych rozwiązań służących ochronie środowiska w Gminie Ełk.

Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1848/09 z dnia 4 lutego 2009 r. cyt.,...w przypadku zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego dopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, w którym sprecyzowane istotne wymagania ograniczają liczbę potencjalnych rozwiązań nawet do jednego tylko producenta. W takim wypadku celem takiego opisu przedmiotu zamówienia nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia (produktu) odpowiadającego jego potrzebom. Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych i jakościowych dotyczących przedmiotu zamówienia, trudnych bądź wręcz niemożliwych do spełnienia przez danego wykonawcę, nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim umożliwić dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Podkreślenia również wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia

każdego z nich. 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 sprzętu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności. Wymaga także podkreślenia, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Stosowanie przepisów ustawy Pzp prowadzące do podporządkowania dokonywanych zamówień wyłącznie interesom wykonawców i tym samym narzucenie zamawiającemu konieczności realizowania zakupów, które nie odpowiadają w pełni jego potrzebom, prowadziłyby do utrudnienia prowadzenia działalności, a także realizacji wyznaczonych zadań, nie dając pogodzić się z podstawowym celem ustawodawcy wyrażonym w przywołanych przepisach."Reasumując należy podkreślić ,że na Wykonawcy a nie dostawcy w przypadku zamówienia na roboty budowlane ciąży obowiązek spełnienia wszystkich wymogów zawartych w SIWZ , które to określił Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.