

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 3 jest zobowiązany udzielić wyjaśnienie niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

W związku z zapytaniem, które wpłynęło do zamawiającego, poniżej zamieszczam odpowiedzi na te pytania.

Pytania Wykonawcy

Pytanie 1.

W związku z umieszczaniem w SIWZ oraz projekcie budowlanym –wykonawczym poniższych zapisów:

„Dokumentacja techniczna opiera się na konkretnych rozwiązaniach zaprojektowanej pompowni. Dopuszcza się zastosowanie urządzeń równoważnych –załącznik nr 8 do SIWZ. W przypadku zamiaru zastosowania innych urządzeń niż podane w projekcie, wykonawca zapewni następujące materiały w celu oceny przez Zamawiającego równoważności proponowanych rozwiązań :

-typy charakterystyki, wykonanie materiałowe pomp,

-szczegółowe rysunki techniczne proponowanej pompowni,

-atesty wymagane prawem budowlanym elementów pompowni, w tym atest PZH na zestaw pompowy,

-opinię pisemną autora dokumentacji projektowej oceniającą czy proponowane urządzenia zamiennie są równoważne lub nie gorsze w stosunku do zastosowanych rozwiązań w projekcie.

UWAGA!

Nie załączenie w ofercie przetargowej powyższych dokumentów uznane będzie jako deklaracja wykonawcy wbudowania urządzeń wymienionych w dokumentacji projektowej. Proponowany zestaw pompowy jest kompaktowym, w pełni wyposażonym i przystosowanym do automatycznej pracy zestawem pompowym, składającym się z pomp, armatury i sterowania.”

dotyczącego przepompowni wody, które to zapisy naruszają art. 7 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych łamiąc zasadę uczciwej konkurencji, gdzie zapisy takie bezpodstawnie uzależniają i zawężają wybór dostawcy do firmy wykazanej w projekcie, poprzez znaki towarowe i nazwy oraz są niezgodne z obowiązującym prawem. Akceptowana przez zamawiającego próba ze strony projektanta uzależnienia od jego zgody na etapie przetargu co do zastosowania urządzeń równoważnych nie znajduje potwierdzenia w Prawie Zamówień Publicznych (art. 29 cytowanej ustawy) i w sposób jednoznaczny sugeruje tendencyjność wyboru potwierdzoną w wyroku Zespołu Arbitrów Sygn. Akt UZP/ZO/01746/06: „ Zapisy o takiej treści bezpodstawnie uzależniają złożenie prawidłowej oferty w przypadku oferowania urządzeń równoważnych od akceptacji projektanta dokumentacji projektowej.(...) zapis ten może bezpodstawnie eliminować z postępowania wykonawców, którzy nie są w stanie uzyskać stosownej akceptacji zmian w dokumentacji przez osoby trzecie nie biorące udziału w postępowaniu. Powyższa niezgodność z SIWZ z przepisami ustawy- PZP stanowi wadę w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP uniemożliwiającej zawarcie ważnych umów o zamówienie publiczne (...)”.

Należy bezwzględnie podkreślić w tym miejscu rolę i zasadę stosowania rozwiązań równoważnych zgodnych z Prawem Zamówień Publicznych cytując jednoznaczne orzecznictwo w tej materii „ Izba potwierdza stanowisko wynikające z orzecznictwa KIO: wyrok z dnia 16.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1400/08, wyrok z dnia 12.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 984/09 oraz wyrokiem KIO z dnia 6.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/09 zgodnie z którym, oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt ,który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności bowiem nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce nie możliwą do spełnienia. Zaś rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełnić wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszyłoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji ”. Stosowanie tego rodzaju zapisów niezgodnych z prawem może w konsekwencji doprowadzić do kontroli realizacji zamówienia publicznego w trybie artykułu 165 ust. Prawa Zamówień Publicznych. Reasumując należy podkreślić, że tak skonstruowana specyfikacja zamówienia publicznego w sposób karygodny narusza fundamentalny artykuł 7 Prawa Zamówień Publicznych, dlatego nie sposób zauważyć, że takie działania mają charakter wyłudzenia zamówienia publicznego na rzecz producenta urządzenia wykazanego w dokumentacji projektowej. Mając na względzie powyższe wzywamy do sprostowania i zmiany SIWZ.

Odpowiedź Zamawiającego

Dokumentacja projektowa opiera się na konkretnych rozwiązaniach wskazujących nazwy producentów jednakże zgodnie z art., 29 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". W projekcie jak i w SIWZ Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych. Zamawiający zmienia załącznik nr 8 do SIWZ **WYKAZ OFEROWANYCH MATERIAŁÓW i URZĄDZEŃ RÓWNOWAŻNYCH** w którym określił minimalne parametry kluczowe które będą rozpatrywane jako równoważne.

Zamawiający zmienia zapis w SIWZ.

W rozdziale 3 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ust. 2 pkt 2 SIWZ zmienia się zapis:

było

„Dokumentacja techniczna opiera się na konkretnych rozwiązaniach zaprojektowanej pompowni. Dopuszcza się zastosowanie urządzeń równoważnych załącznik nr 8 do SIWZ. W przypadku zamiaru zastosowania innych urządzeń niż podane w projekcie, wykonawca zapewni następujące materiały w celu oceny przez Zamawiającego równoważności proponowanych rozwiązań:

- typy, charakterystyki, wykonanie materiałowe pomp,
- szczegółowe rysunki techniczne proponowanej pompowni,
- atesty wymagane prawem budowlanym elementów pompowni w tym atest PZH na zestaw pompowy,

– opinię pisemną autora dokumentacji projektowej oceniającą czy proponowane urządzenia zamienne są równoważne lub nie gorsze do zastosowanych rozwiązań w projekcie.

Uwaga!

Nie załączenie w ofercie przetargowej powyższych dokumentów uznane będzie jako deklarację wykonawcy wbudowania urządzeń wymienionych w dokumentacji projektowej. Proponowany zestaw pompowy jest kompaktowym, w pełni wyposażonym i przystosowanym do autonomicznej pracy zestawem pompowym, składającym się z pomp, armatury i sterowania.”

jest

„Dokumentacja techniczna opiera się na konkretnych rozwiązaniach zaprojektowanej pompowni. Dopuszcza się zastosowanie urządzeń równoważnych załącznik nr 8 do SIWZ. W przypadku zamiaru zastosowania innych urządzeń niż podane w projekcie, wykonawca zapewni materiały wskazane w załączniku nr 8 do SIWZ w celu oceny przez Zamawiającego równoważności proponowanych rozwiązań:

Uwaga!

Ocena „równoważności” proponowanych przez danego wykonawcę materiałów, urządzeń czy rozwiązań technicznych w stosunku do tych opisanych w SIWZ i dokumentacji projektowej odbywać się będzie tylko i wyłącznie na etapie oceny ofert. Nie załączenie w ofercie przetargowej wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ uznane będzie, jako deklarację wykonawcy wbudowania urządzeń wymienionych w dokumentacji projektowej”

Zamawiający odstępuje od wymogu pisemnej zgody autora dokumentacji projektowej oceniającej czy proponowane urządzenia zamienne są równoważne lub nie gorsze w stosunku do zastosowanych rozwiązań w projekcie jednakże Zamawiający w przypadku stwierdzenia zaoferowania materiałów bądź urządzeń równoważnych do wskazanych w dokumentacji projektowej może uzyskać opinię biegłego (np. autora dokumentacji projektowej) czy zaoferowane rozwiązania są w istocie równoważne do wskazanych w projekcie.

Pytanie 2

Ubiegając 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.) wnosimy o wyjaśnienie i zmianę treści SIWZ z uwagi na treść zapisów w projekcie i samym SIWZ sugerujących zastosowanie określonego producenta urządzeń oraz w zakresie objęcia nowo budowanego zestawu pompowego rozbudową istniejącego systemu wizualizacji i monitoringu narzuconym przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych 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 budowany zestaw pompowy do istniejącego systemu wizualizacji i monitoringu, który jest zainstalowany i funkcjonuje w ZGKM Bartoszyce. Niedopuszczenie zainstalowania dla nowej pompowni wody niezależnego/nowego systemu wizualizacji i monitoringu faworyzuje określonego producenta.

Powodem takiego stanu rzeczy jest opis przedmiotu zamówienia, jak też kryterium oceny ofert. 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 bez określenia jasnych kryteriów umożliwiających niezależne podłączenie jak i braku dostępności do systemu.

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 wystarczy, 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, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego. 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.

Przywołany wyrok KIO podtrzymuje dotychczasową linię orzecniczą 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. Reasumując, oczywista sprzeczność postanowień SIWZ i załączonych projektów technicznych 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 zgodnie z obowiązującym prawem usuwając tym samym domniemanie ciążące na zamawiającym dotyczące tendencyjności wyboru urzędzeń.

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. Warto zauważyć, że wskazywanie z nazwy producenta w postępowaniu przetargowym jest bezzasadnym faworyzowaniem Wykonawcy, jest bezprawne i skłania oferentów do wykorzystania przysługujących im środków ochrony prawnej. Bezpodstawne faworyzowanie określonych producentów przez Zamawiającego skłania również do możliwości pojawienia się realnego zarzutu nienależytego wykorzystania środków publicznych, co z kolei prowadzić będzie do kontroli realizacji zamówienia publicznego w trybie art.165 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający dopuszcza rozwiązanie równoważne, co zapisano zarówno w dokumentacji projektowej jak i w SIWZ. Zamawiający zmienił załącznik nr 8 do SIWZ WYKAZ OFEROWANYCH MATERIAŁÓW i URZĄDZEŃ RÓWNOWAŻNYCH, w którym określił minimalne parametry kluczowe, które będą rozpatrywane, jako równoważne.

Wskazać należy, że Eksploatator sieci ZBGKiM Gminy Bartoszyce posiada system wizualizacji procesów technologicznych oparty na systemie SCADA obsługiwany przez firmę KWADRA. Przedmiotowa stacja podnoszenia ciśnienia powinna być przystosowana do przesyłu sygnałów o stanie pracy urządzeń przy pomocy technologii radiowej (GSM,

GPRS) oraz powinna być przystosowana do podłączenia do istniejącego systemu umożliwiającego wizualizację i monitorowanie urządzeń pompowych na sieci na terenie Gminy, na jakim pracuje eksploatacja sieci. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2349/11 Zamawiający ma prawo do takiego kształtowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni możliwość korzystania z dotychczas zakupionego sprzętu i zapewni ciągłość i w miarę możliwości nieprzerwany tok pracy. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne jednakże muszą być one kompatybilne z systemem zainstalowanym u eksploratora sieci. Wprowadzenie nowego systemu doprowadziłoby do powstania m.in. zwiększenia kosztów wynikających z posiadania dwóch odrębnych systemów.

Wskazanie nazwy Systemu w opisie przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym dopuszczeniu wprowadzenia rozwiązań równoważnych, ma na celu zapewnienie ciągłości pracy infrastruktury Użytkownika sieci i kompatybilności urządzeń równoważnych ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującym u Użytkownika, jednocześnie podkreślić należy, że zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie oznacza, że Zamawiający zobowiązany jest ustanowić takie wymagania, aby spełniał je każdy z wykonawców funkcjonujących na rynku.