

Warszawa, dnia 24.11.2015 r.

UZP/DKUE/KD/21/2015

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**

#### **1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

<b>Zamawiający:</b>	Elbląskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. ul. Fabryczna 3 82-300 Elbląg
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	17 948 292,94 zł (4 465 193,79 euro)

#### **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

##### **A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:**

1. Zgodnie z dokumentacją postępowania, przedmiotem niniejszego zamówienia była realizacja projektu pn.: „Modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu” dla zadań:

1.1. Zadanie nr 4 Przebudowa sieci ciepłowniczej; ul. Stefana Żeromskiego, Mikołaja Reja; dł. 142m; DN 400.

1.2. Zadanie nr 9 Przebudowa napowietrznej sieci ciepłej na podziemną od KP-18 w kierunku hotelu "Europa" (ul. Fromborska); dł. 275m; DN 32-50.

1.3. Zadanie nr 11 Przebudowa sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami i odgałęzienia od KM-21/7B i KM-21/8; ul. Królewiecka - Fryderyka Chopina - Marii Curie-Skłodowskiej; dł. 829m; DN 25-80; 9 węzłów jednofunkcyjnych (węzeł jednofunkcyjny c.o.+c.w.u. ul. Królewiecka 112-114 i ul. Skłodowskiej 2, moc 0,068 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Skłodowskiej 8-10, moc 0,032 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Skłodowskiej 3-5, moc 0,034 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Skłodowskiej 11-13, moc 0,031 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Skłodowskiej 7-9, moc 0,034 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Chopina 22-24, moc 0,042 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Chopina 26, moc 0,036 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Chopina 29-31, moc 0,022 MW; węzeł jednofunkcyjny c.o. ul. Chopina 35, moc 0,029 MW , 3 węzły dwufunkcyjne c.o.+c.w.u. ul. Skłodowskiej 4-6, moc 0,043 MW; ul. Skłodowskiej 12-14-16 i ul. Chopina 16, moc 0,098 MW; ul. Chopina 33, moc 0,053 MW).

1.4. Zadanie nr 12 Budowa i przebudowa sieci ciepłej wraz z przyłączami od KW-33/10A (ul. Jana Kochanowskiego) do budynku przy ul. Juliusza Słowackiego 23B; dł. 1094m; DN 25-125; 2 węzły indywidualne jednofunkcyjne c.o. (ul. Słowackiego 14-18, moc 0,045 MW; ul. Słowackiego 22-24, moc 0,035 MW).

1.5. Zadanie nr 15 Przebudowa sieci magistralnej od KM-19 do KM-21 wraz z odcinkiem sieci rozdzielczej w kierunku ul. Odzieżowej i przyłączem do budynku przy ul. Teatralnej 15-18; dł. 267m; DN 32-400.

1.6. Zadanie nr 16 Przebudowa sieci magistralnej od KW-13A (ul. Sochaczewska) do redukcji na magistrali Dn 600/500; dł. 845m; DN 80-100.

1.7. Zadanie nr 17 Przebudowa sieci magistralnej od KM-14 (ul. Browarna) do KM-16 (ul. Karowa); dł. 231m; DN 400.

1.8. Zadanie nr 18 Przebudowa istniejącej sieci c.o. wraz z przyłączami od KW-34C (ul. Lotnicza) do sieci preizolowanej przy budynku przy ul. Kilińskiego 47A; dł. 639m; DN 25-150.

1.9. Zadanie nr 19 Przebudowa sieci magistralnej od KW-10A (ul. Zw. Jaszczurczego) do KW-13A (ul. Sochaczewska); dł. 449m; DN 25-400.

1.10. Zadanie nr 21 Wymiana przyłącza ciepłowniczego po istniejącej trasie kanału ciepłowniczego przy ul. Pokornej Nr 9 w Elblągu; dł. 1026m; DN 25-100; 21 indywidualnych węzłów (dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 1, moc 0,145 MW; jednofunkcyjny c.o. ul. Pokorna 1-3, moc 0,056 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Pokorna 4, moc 0,107 MW; jednofunkcyjny c.o. ul. Pokorna 5-7, moc 0,03 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Topolowa 13, moc 0,107 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Topolowa 15, moc 0,103 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Topolowa 17, moc 0,095 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 2/V, moc 0,097 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 2/V, moc 0,097 MW; jednofunkcyjny c.o. ul. Matejki 4/II, moc 0,105 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 4/IV,

moc 0,136 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 7/II, moc 0,095 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Pokorna 11/II, moc 0,094 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Pokorna 11/V, moc 0,097 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Topolowa 9, moc 0,134 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 3, moc 0,125 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 5, moc 0,14 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Pokorna 7/II-III, moc 0,21 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Matejki 6, moc 0,167 MW; dwufunkcyjny c.o. i c.w.u. ul. Pokorna 2, moc 0,114 MW) i 1 węzeł grupowy c.o. i c.w.u. (ul. Topolowa 11, moc 0,185 MW).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w:

1. Załączniku Nr 8 do SIWZ - Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze;
2. Załączniku Nr 9 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót – Węzły Ciepne.

Ustosunkowując się do wezwania Prezesa Urzędu w zakresie podania ilości firm obecnych na rynku spełniających wymagania określone w SIWZ, Zamawiający wyjaśnił m.in., że następujący producenci systemów preizolowanych oferują produkty spełniające postawione wymagania, tj. LOGSTOR, ISOPLUS, ZPU Międzyrzecz, FINPOL ROHR, PRIM Lublin, UPONOR.

W przedmiotowym postępowaniu złożono jedną ofertę konsorcjum firm: G., A. oraz P.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego, z prośbą o opinię w powyższej kwestii, a w szczególności o odpowiedź min. na następujące pytanie, tj. czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt lub konkretnego producenta? Jeśli tak, to jakiego i które zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na to wskazują?

Ze sporządzonej ekspertyzy wynika m.in., że mając na uwadze zapis pkt 1 załącznika nr 8 do SIWZ - Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze (WTWiOR), tj. „Zastosowane rozwiązania muszą spełniać wszystkie warunki WTWiOR”, o konieczności złożenia oferty z produktami tylko jednego producenta, tj. LOGSTOR ROR, przesądza treść nw. zapisów:

a) „... System powinien się składać z rury stalowej izolowanej sztywną pianką poliuretanową izolacją, na którą wytłaczany jest zewnętrzny płaszcz PE-HD (o dużej gęstości) w celu uzyskania właściwej przyczepności połączenia z pianką poliuretanową ...” (zdanie drugie pkt. 3 WTWiOR);

b) „... Rury preizolowane w zakresie średnic stalowych od Dn 20-200 muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną (z trójwarstwowej folii aluminiowopolimerowej umieszczonej między pianką a płaszczem HDPE) zmniejszając straty ciepła w okresie eksploatacji sieci ciepłej ...” (zdanie trzecie pkt. 3 WTWiOR);

c) „... daty produkcji rury (rury osłonowej i wyrobu preizolowanego) ...” (ppkt. 2 pkt. 3.5 WTWiOR).

Obowiązek zaoferowania produktów spełniających łącznie powyższe wymagania powoduje wykluczenie innych producentów oprócz jednego, tj. LOGSTOR ROR.

Ponadto, odnosząc się do wyjaśnień Zamawiającego dotyczących ilości producentów systemów preizolowanych oferujących produkty spełniające postawione wymagania, należy zaznaczyć, że zdaniem biegłego wszystkie kwestie, każde z osobna, wyjaśniane przez Zamawiającego stanowią wyjaśnienia pojedynczego wybranego zagadnienia z katalogu szeregu warunków składających się na WTWiOR w oderwaniu od stawianego wymogu z WTWiOR jakim był zapis: „ ... zastosowane rozwiązania muszą spełniać wszystkie warunki WTWiOR ... ” (pkt. 1 załącznika nr 8 SIWZ). Powyższe oznacza, że Zamawiający przytaczając nazwy ww. producentów odniósł się do poszczególnych zapisów WTWiOR, a nie jej wszystkich wymagań łącznie, stwarzając tym samym wrażenie, że wiele systemów rur preizolowanych realizuje stawiane przez niego wymagania.

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z tą drugą sytuacją. Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt

rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Z przedstawionej powyżej opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. W szczególności opis przedmiotu zamówienia (w zestawieniu ww. zapisów) w odniesieniu do systemu rur preizolowanych utrudniały złożenie oferty z produktami innych producentów niż LOGSTOR ROR.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób wadliwy dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Potwierdza to także fakt, że w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę, zawierającą produkty LOGSTOR. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Zgodnie z pkt VI.B. SIWZ – Uwaga nr 1, Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt VI.B. SIWZ. Należy zauważyć, że w pkt VI.B.8. SIWZ, Zamawiający żądał przedstawienia Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt. 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej.

Zgodnie z treścią § 3 ust. 4 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), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy,

polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3, czyli dokumentów wskazanych w § 3 ust. 1 pkt 2-7 rozporządzenia.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że katalog dokumentów wymienionych w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia jest katalogiem zamkniętym. Żądanie przedstawienia przez wykonawców dokumentu wykraczającego poza ten katalog, tj. ww. Listy podmiotów lub informacji dotyczących grupy kapitałowej, stanowi naruszenie tego przepisu.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.