

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 grudnia 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 30 listopada 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Elbląskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.
ul. Fabryczna 3
82-300 Elbląg

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* (dalej także „*Informacja*”) z dnia 24 listopada 2015 r. (znak: UZP/DKUE/KD/21/2015)

w przedmiocie postępowania na:

Modernizację miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk
	Marek Szafraniec

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Zamawiający – Elbląskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. – w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego na *Modernizację miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu* zawarł w dniu 21 lutego 2014 r. z konsorcjum firm w składzie: G., A., P. umowę na kwotę 20 516 262,47 zł (brutto). Konsorcjum to, jako jedyne złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Kontrolującym przeprowadził kontrolę doraźną następczą ww. postępowania i sporządził *Protokół kontroli doraźnej następczej (UZP/DKUE/KD/21/2015)* [dalej „*Protokół*”) – kontrolę zakończono w dniu 24 listopada 2015 r.

Kontrolujący, 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] występował do biegłego z prośbą o wydanie opinii.

Biegły sporządził łącznie 5 opinii: z dnia 12 i 30 września 2015 r., z dnia 12 i 22 października 2015 r. oraz (po zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeniach) z dnia 5 grudnia 2015 r.

Przy piśmie z dnia 24 listopada 2015 r. Kontrolujący przesłał Zamawiającemu *Informację o wyniku kontroli doraźnej następczej*.

Kontrolujący zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie w sposób wadliwy opisu przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do systemu rur preizolowanych utrudniał złożenie oferty z produktami innych producentów niż LOGSTOR ROR, a to z tego względu, iż żaden inny system rur preizolowanych niż LOGSTOR ROR nie spełniał łącznie wymogów SIWZ, tj.

- „System powinien się składać, z rury stalowej zaizolowanej sztywną pianką poliuretanową izolacją, na którą wytłaczany jest zewnętrzny płaszcz PE-HD (o dużej gęstości) w celu uzyskania właściwej przyczepności połączenia z pianką poliuretanową” (Załącznik nr 8 do SIWZ Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze pkt 3 Sieci ciepłne. Wymagania techniczne. zdanie drugie),
- „Rury preizolowane w zakresie średnic stalowych od Dn 20-200 muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną (z trójwarstwowej folii aluminiowopolimerowej umieszczoną między pianką a płaszczem HDPE) zmniejszając straty ciepła w okresie eksploatacji sieci ciepłnej” (Załącznik nr 8 do SIWZ Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze pkt 3 Sieci ciepłne. Wymagania techniczne zdanie trzecie),
- „Znakowanie wyrobu powinno umożliwić bezpośrednie zidentyfikowanie: (...) daty produkcji (rury osłonowej i wyrobu preizolowanego)” (Załącznik nr 8 do SIWZ Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze pkt 3.5 Oznakowanie ppkt 2)

– Kontrolujący uznał, że obowiązek zaoferowania produktów spełniających łącznie powyższe wymagania powoduje wykluczenie innych producentów oprócz jednego, tj. LOGSTOR ROR.

2. żądanie w pkt VI.B Uwaga 1 SIWZ w odniesieniu do podmiotów, na których zasobach polega wykonawca, a które będą brały udział w realizacji części zamówienia 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, czym Zamawiający naruszył § 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231)

Kontrolujący (za biegłym) wskazywał, że wszystkie kwestie, każda z osobną, wyjaśniane przez Zamawiającego stanowią wyjaśnienia pojedynczego wybranego zagadnienia z katalogu szeregu warunków składających się na *Warunki Techniczne*

Wykonania i Odbioru Robót w oderwaniu od stawianego wymogu z tych warunków: „Zastosowane rozwiązania muszą spełniać wszystkie warunki WTWIOR” (pkt 1 załącznika nr 8 SIWZ – str. 3).

Pierwotnie Zamawiający utrzymywał, że następujących siedmiu producentów systemów rur preizolowanych oferuje produkty spełniające postawione w SIWZ (kwestionowane przez Kontrolującego) wymagania: LOGSTOR, ISOPLUS, ZPU Międzyrzecz, FINPOL, ROHR, PRIM Lublin, UPONOR.

W *Zastrzeżeniach do protokołu kontroli* Zamawiający zaprezentował zestawienie tabelaryczne, odwołując się do Aprobat Technicznych (str. 3) na potwierdzenie stanowiska, że następujących trzech producentów systemów rur preizolowanych oferuje produkty spełniające postawione w SIWZ (kwestionowane przez Kontrolującego) wymagania: LOGSTOR, ISOPLUS, ZPU Międzyrzecz.

II.

Na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Kontrolującemu oraz *Protokołu kontroli doraźnej następczej (UZP/DKUE/KD/21/2015)* zakończonej 24 listopada 2015 r., *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (UZP/DKUE/KD/21/2015)* z dnia 24 listopada 2015 r., *Zastrzeżeń do protokołu Kontroli* wniesionych przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 30 listopada 2015 r. (wpływ faksem w dniu 1 grudnia 2015 r.), stanowiska Kontrolującego zajętego w piśmie z dnia 5 grudnia 2015 r. po złożeniu zastrzeżeń, Izba uznała za zasadne przypisanie Zamawiającemu naruszenia:

- art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. taki opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do systemu rur preizolowanych, który utrudniał złożenie oferty z produktami innych producentów niż LOGSTOR ROR, a to z tego względu, iż żaden inny system rur preizolowanych niż LOGSTOR ROR nie spełniał jednego wymogu SIWZ zawartego w pkt 3.5. *Oznakowanie* ppkt 2 Załącznika nr 8 (*Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze*) do SIWZ, tj. znakowania wyrobu umożliwiającego zidentyfikowanie daty produkcji rury osłonowej i wyrobu preizolowanego,
- § 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), poprzez żądanie w pkt. VI.B Uwaga 1 SIWZ w odniesieniu do podmiotów, na których zasobach polega wykonawca, a które będą brały udział w realizacji części zamówienia 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.

Izba podkreśla, że rozpoznając wniesione przez Zamawiającego *Zastrzeżenia do protokołu kontroli* nie uwzględniła, z uwagi na przepis art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, pism uzupełniających zamawiającego z dnia 18 i 21 grudnia 2015 r.

Rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego Izba doszła do przekonania, że jeden ze wskazanych w wynikach kontroli wymóg opisu przedmiotu zamówienia potwierdza, że opis ten wskazuje na jednego wykonawcę, który obiektywnie jest w stanie sprostać wymaganiom SIWZ i złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W odniesieniu do pozostałych dwóch okoliczności wskazujących – zdaniem Kontrolującego – na jednego wykonawcę, tj.:

- „System powinien się składać, z rury stalowej zaizolowanej sztywną pianką poliuretanową izolacją, na którą wytłaczany jest zewnętrzny płaszcz PE-HD (o dużej gęstości) w celu uzyskania właściwej przyczepności połączenia z pianką poliuretanową” (Załącznik nr 8 do SIWZ *Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze pkt 3 Sieci ciepłne. Wymagania techniczne.* zdanie drugie),
- „Rury preizolowane w zakresie średnic stalowych od Dn 20-200 muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną (z trójwarstwowej folii aluminiowopolimerowej umieszczoną między pianką a płaszczem HDPE) zmniejszając straty ciepła w okresie eksploatacji sieci ciepłnej” (Załącznik nr 8 do SIWZ *Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze pkt 3 Sieci ciepłne. Wymagania techniczne* zdanie trzecie),

Izba stanęła na stanowisku (dotyczy ISOPLUS), że w powyższym zakresie Kontrolujący w ogóle nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej

w *Zastrzeżeniach do protokołu kontroli*, zastaniając się tym, iż zawartość Aprobaty technicznej AT-15-8636/2011 jest biegłemu nieznana „z powodu braku możliwości pozyskania jej treści”.

Izba uznała, że „pozyskanie treści” Aprobaty technicznej AT-15-8636/2011 przez Kontrolującego (a dalej biegłego), było niezbędne dla ewentualnego zaprezentowania przez Kontrolującego kontrargumentacji prowadzącej do podtrzymania zarzutu.

Nie można także wykluczyć, że znajomość treści ww. Aprobaty spowodowałaby uznanie przez Kontrolującego trafności argumentacji Zamawiającego.

W konsekwencji Izba uznała, że Kontrolujący nie wykazał, że przywołana okoliczność (dotyczy ISOPLUS) wskazuje na jednego wykonawcę, który może złożyć ofertę w postępowaniu.

Izba stanęła jednocześnie na stanowisku (dotyczy ZPU Międzyrzecz), że Zamawiający nie zaprezentował argumentacji uzasadniającej odstąpienie od zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ uwzględnienie Aprobaty Technicznej AT-15-8301/2014, która została wydana 25 sierpnia 2014 r., tj. już po zawarciu umowy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z oczywistych względów nie jest możliwe (Aprobata nie istniała nawet w chwili zakończenia postępowania).

W odniesieniu do kwestii wymogu zawartego w pkt 3.5. *Oznakowanie* ppkt 2 Załącznika nr 8 (*Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze*) do SIWZ, tj. znakowania wyrobu umożliwiającego zidentyfikowanie daty produkcji rury osłonowej i wyrobu preizolowanego Izba stanęła na stanowisku, że argumentacja Zamawiającego nie uzasadnia odstąpienia od przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w *Zastrzeżeniach do protokołu kontroli* Zamawiający nie wykazał, poprzez załączoną wiadomość e-mail z dnia 30 listopada 2015 r. od p. Z. (Isoplus), że kod produktu zawiera w szczególności oczekiwane przez Zamawiającego oznaczenie daty produkcji rury osłonowej i wyrobu preizolowanego.

Wynika to z faktu, iż nie zidentyfikowano, jakież to parametry produkcji ujęte przez producenta są możliwe do odczytania. Nie wiadomo zatem, czy producent jako parametry produkcji rozumie także datę produkcji rury osłonowej i wyrobu preizolowanego.

Izba w tym miejscu przypomina, że nie uwzględniła, z uwagi na przepis art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, pism uzupełniających Zamawiającego z dnia 18 i 21 grudnia 2015 r.

Uwzględniając powyższe, uznać należało, że pomimo tego, że dwa z trzech wymogów SIWZ przywoływanych przez Kontrolującego w wynikach kontroli, a wskazujących na opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem uczciwej konkurencji nie potwierdziły się, to jeden z wymogów SIWZ wprost wskazuje na okoliczność, że jedynie producent systemów rur preizolowanych LOGSTOR oferował produkty spełniające postawione w SIWZ wymagania, wobec czego Izba uznała, że Kontrolujący zasadnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia § 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) Izba stwierdziła, że Zamawiający nie kwestionował, iż dokumentu – Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w odniesieniu do podmiotów, na których zasobach polega wykonawca, a które będą brały udział w realizacji części zamówienia albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej – nie wolno mu było żądać.

Zamawiający oświadczył bowiem, że „*nastąpił niezamierzony błąd pisarski*”, była to „*omyłka, dokonana nieroztropnie*”. Przyznał także, że „*dopisał wymagany dokument, ale nie sprawdził konsekwencji żądania tego oświadczenia*”. Podkreślił nadto, że „*ponieważ w postępowaniu Wykonawcy, którzy złożyli oferty, nie polegali na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, tym samym zapis ten nie znalazł zastosowania*”.

Staął na stanowisku, że „*O ile zamawiający dopuścił się naruszenia żądania dokumentu zbędnego w tym postępowaniu, o tyle nie doszło do bezpośredniego naruszenia przepisu, który wywołałby skutek prawny dla całej procedury*”.

Kontrolujący, odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 30 listopada 2015 r., potwierdził, że „*nie jest to naruszenie mające wpływ na wynik postępowania*”, jednak podtrzymał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia.

Izba stanęła na stanowisku, że argumentacja Kontrolującego [żądanie dokumentu wykraczającego poza katalog dokumentów wymienionych w § 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231)] uzasadnia postawienie Zamawiającemu zarzutu naruszenia § 3 ust. 4 tego rozporządzenia, a ocena tak Zamawiającego, jak i Kontrolującego, że nie jest to naruszenie mające wpływ na wynik postępowania w niczym nie zmienia samego faktu, że naruszenie to miało miejsce.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....