

Sygn. akt KIO/KD 9/17

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 1 marca 2017 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z 27 stycznia 2017 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Elbląskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKUE/KD/1/2017, w przedmiocie zamówienia publicznego:

modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Członkowie: Anna Packo**  
**Katarzyna Prowadzisz**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Elbląskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu (dalej: Zamawiający) przeprowadziło, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: ustawy Prawa zamówień publicznych albo Prawo zamówień publicznych), postępowanie na modernizację miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu (roboty budowlane). Postępowanie zostało wszczęte w dniu 1 kwietnia 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie w Biuletynie zamówień Publicznych nr 109356 – 2014. Wartość postępowania, w którym przeprowadzono kontrolę – tj. zadania nr 2 - oszacowano na kwotę 1 865 161,20 zł (441 468,72 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających 310 860,20 zł (73 578,12 euro). Wartość całego zamówienia udzielanego w ramach Projektu oszacowana została na kwotę 30 912 667,96 PLN.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą, w wyniku której stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy:

1. Naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia (naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania).

W toku kontroli Prezes UZP ustalił, że zgodnie z dokumentacją postępowania, przedmiotem zamówienia była realizacja projektu pn.: „Modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu - Zadanie nr 27”, w tym wymiana sieci niskoparametrowej na wysokoparametrową wraz z budową indywidualnych węzłów ciepłych, likwidacja stacji grupowej SW-31 przy ul. Okulickiego w Elblągu: dł. 648m; DN 32-80; 14 indywidualnych dwufunkcyjnych węzłów c.o. i c.w.u. (ul. Wiejska 6, moc 0,076 MW; ul. Okulickiego 1, moc 0,157 MW; ul. Okulickiego 3, moc 0,287 MW; ul. Okulickiego 5, moc 0,241 MW; ul. Okulickiego 6, moc 0,253 MW; ul. Okulickiego 8, moc 0,256 MW; ul. Okulickiego 10, moc 0,137 MW; ul. Okulickiego 12, moc 0,278 MW; ul. Okulickiego 13, moc 0,306 MW; ul. Kasprzaka 1, moc 0,267 MW; ul. Kasprzaka 4, moc 0,260 MW; ul. Kasprzaka 5, moc 0,252 MW; ul. Kasprzaka 8, moc 0,277 MW; ul. Kasprzaka 9, moc 0,155 MW).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w:

1. Załączniku Nr 7 do SIWZ – Projekty Budowlano – Wykonawcze;
2. Załączniku Nr 8 do SIWZ - Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót – Sieci Ciepłownicze;

### 3. Załączniku Nr 9 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót – Węzły Ciepłe.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców, tj.

- 1) Przedsiębiorstwo S.,
- 2) Zakład I.,
- 3) Firma X.,
- 4) Firma Y.,
- 5) Konsorcjum firm: H. oraz P.

Wszystkie złożone w postępowaniu oferty zawierały produkty tj. rury preizolowane, firmy LOGSTOR.

Z nadesłanych Prezesowi Urzędu przez zamawiającego, w toku postępowania wyjaśniającego wyjaśnień, wynika m.in., że sformułowane wobec systemu rur preizolowanych warunki umożliwiały zaoferowanie produktów od co najmniej dwóch producentów (LOGSTOR oraz ISOPLUS) oraz 6 dystrybutorów tych produktów na terenie Polski. 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. Ze sporządzonej przez biegłego sądowego ekspertyzy wynika m.in., że

1. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt tj. system rur preizolowanych LOGSTOR, a wskazują na to zapisy w SIWZ załącznik nr 7 i załącznik nr 8. Zamawiający posłużył się wielokrotnie nazwą własną producenta i wskazał jednoznacznie, że przy opracowaniu projektu budowlano - wykonawczego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ korzystał jako z podstawy opracowania z Poradnika LOGSTOR Polska.

2. Określenie podstawowego parametru żywotności pianki izolacyjnej na 30 lat nie powinno być kluczowe, gdyż rura przewodowa jako nośnik zmiennego medium grzewczego co do parametrów (temperatura i ciśnienie), występujących awarii magistrali dosyłowej, wyłączzeń, przełączeń oraz sezonowości, a przede wszystkim wobec zachodzących procesów korozyjności nie jest stabilna i nie gwarantuje żywotności na 30 lat całego systemu rur preizolowanych. W praktyce żywotność materiałów instalacyjnych określa się na okres 20 lat. W związku z tym jeżeli pianka izolacyjna będzie miała swoją żywotność 30 letnią to z praktyki inżynierskiej wynika, że systemy preizolowane oprócz uszkodzeń mechanicznych zewnętrznych ulegają naturalnemu zużyciu i awariom w okresie eksploatacji tj. 25 lat systemów preizolowanych stosowanych w Polsce. Wynika to z faktu, że stan techniczny sieci jest bardzo zróżnicowany ze względu na stosowane technologie wykonania, jak i na różny okres eksploatacji.

Wymagany parametr ciągłej temp. pracy minimum + 160 stopni C jest również zawyżony w tym konkretnym przypadku, gdyż medium w magistrali dosyłowej zawiera się w temperaturach  $T_z/T_p = 122/61$  stopni C.

W ocenie biegłego, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, działanie polegające na wymaganiu 30 letniego okresu żywotności systemu poliuretanowego przy założeniu, iż temperatura pracy ciągłej będzie wynosiła + 160 stopni C, nie da się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem wskazania konkretnego Producenta.

Ponadto w ocenie biegłego, w załączniku nr 8 - Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, Pkt. 1 Przedmiot WTWiOR, zamawiający dokonał „martwego” zapisu, mówiącego o tym że: „Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych systemów rur preizolowanych, które będą spełniały warunki określone w SIWZ i niniejszym dokumencie”.

Jednocześnie zdaniem biegłego, wymienieni przez zamawiającego producenci rur preizolowanych (ABB, BRUGG, I.C.Møller, Løgstør, PRIM Lublin, ZAS POLMO, ZPU Międzyrzecz, których produkty Zamawiający miał stosować od lat 90 ub. wieku) produkują swoje wyroby w jakościowym standardzie wykonania tj. temperatura pracy sieci ciągłej 120 stopni C i krótkotrwałej temperaturze szczytowej 140 stopni C z okresem standardowym żywotności pianki liczoną na co najmniej 30 lat zgodnie z PN-EN 253. W związku z tym niezrozumiałym wydaje się wymóg stawiany wyrobom na końcówce sieci, aby koniecznie posiadały badania żywotności systemu poliuretanowego wykazujące trwałość sztywnej pianki izolacyjnej minimum 30 lat dla ciągłej temperatury pracy minimum + 160 stopni C.

3. Biegły stwierdził, że wyjaśnienia zamawiającego nie uzasadniają „tendancyjnego” opisu przedmiotu zamówienia. Postawione wymogi nie są ekonomicznie, a przede wszystkim technicznie zasadne, gdyż eksploatowana przez zamawiającego sieć nie wymaga tak wysokich parametrów jakościowych opisanych wyrobów. W szczególności zapis dotyczący trwałości sztywnej pianki izolacyjnej przez okres 30 lat dla ciągłej temperatury pracy +160°C jest niczym nieuzasadniony. Zamawiający w dokumentacji informuje, iż temperatura medium w modernizowanej sieci nie przekracza +122°C, więc niezrozumiałym jest wymóg przedstawienia badań potwierdzających parametry izolacji znacznie wyższe niż te podane w normie PN-EN 253 dla izolacji stosowanej w systemach preizolowanych służących do przesyłu medium o takiej właśnie temperaturze. Gdyby przedmiot zamówienia oraz dokumentacja techniczna opisane zostały parametrami zawartymi w normach obowiązujących na terenie naszego kraju jak również UE, każdy potencjalny wykonawca mający uprawnienia do montażu systemów rur preizolowanych mógłby wziąć udział w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Prezes UZP zauważył, 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.

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 odniesieniu do systemu rur preizolowanych uniemożliwiał złożenie oferty z produktami innych producentów niż LOGSTOR. W konsekwencji Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Potwierdza to zdaniem Prezesa UZP także fakt, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty zawierały produkty LOGSTOR. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania).

2. Naruszenie art. 45 ust. 4 ustawy Pzp przez określenie kwoty wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Prezes UZP ustalił, że zgodnie z pkt VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 50 000,00 zł. Jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-1), szacunkowa wartość zamówienia podstawowego została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1 554 301,00 zł, co oznacza, że kwota wadium została określona w wysokości 3,22% wartości szacunkowej zamówienia. Tymczasem, zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej,

niż 3% wartości zamówienia. W konsekwencji Prezes UZP stwierdził naruszenie wyżej przytoczonego przepisu.

3. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 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), przez żądanie złożenia dokumentu wykraczającego poza katalog określony przepisami (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Prezes UZP ustalił, że 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. Z kolei 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.

Prezes UZP zauważył, że zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z treścią § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, 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 1-7 rozporządzenia. Z uwagi na powyższe Prezes UZP stwierdzał, że katalog dokumentów wymienionych w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia jest katalogiem zamkniętym. W konsekwencji żądanie przedstawienia przez wykonawców dokumentu wykraczającego poza ten katalog, tj. ww. listy podmiotów lub informacji

dotyczących grupy kapitałowej dla podmiotów trzecich, stanowi żądanie dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania i narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

4. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (dalej: konsorcjum): H. oraz P. z powodu niewniesienia prawidłowego wadium (naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania).

Prezes UZP stwierdził, że z dokumentacji postępowania wynika, że konsorcjum firm: H. oraz P., zabezpieczając swoją ofertę wadium, przedłożyło wystawioną w dniu 09.04.2014 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium na kwotę 50.00,00 zł z okresem ważności od dnia 16.04.2014 r. do dnia 16.05.2014 r. Beneficjentem gwarancji było Elbląskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., zaś ubezpieczonym (zwanym w gwarancji Zobowiązanym) Przedsiębiorstwo P. Z treści niniejszej gwarancji wynika, iż roszczenie o wypłatę wadium powstawało w przypadku zaistnienia w stosunku do Zobowiązanego co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Jak wynika z dokumentacji postępowania w dniu 11.04.2014 r. ww. firmy podpisały umowę konsorcjum, przy czym na podstawie § 5 ust. 1 pkt a) umowy Lider konsorcjum - firma H. mógł przedłożyć zamawiającemu gwarancję na wniesienie wadium przetargowego. Jednocześnie załącznikiem nr 2 do umowy konsorcjum, stanowiącym pełnomocnictwo szczególne, firma P. udzieliła firmie H. pełnomocnictwa do reprezentowania firmy P. przed zamawiającym w zakresie podpisania parafowanych przez uczestników konsorcjum ofert i kontraktu.

Tym samym umowa konsorcjum wraz z pełnomocnictwem została podpisana później niż sama ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium, tj. dopiero dnia 11.04.2014 r. oraz umożliwiła przedłożenie zamawiającemu wadium przez firmę H., a nie przez firmę P.

W doktrynie i orzecznictwie wykształcił się pogląd, że co do zasady gwarancja bankowa może być wystawiona tylko na jednego członka konsorcjum pod warunkiem, że członek konsorcjum jest już umocowany do działania na rzecz i w imieniu konsorcjum.

W niniejszej sprawie wykonawcy ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu w dniu 11.04.2014 r.

Mając na uwadze, iż ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium została wystawiona dnia 09.04.2014 r. tj. wcześniej niż moment rozpoczęcia wspólnego działania przez

wykonawców w celu ubiegania się o zamówienie, należy uznać, iż wadium nie zostało wniesione prawidłowo, gdyż nie obejmowało działań obu członków konsorcjum.

Wniesienie nieprawidłowego wadium należy uznać za brak wniesienia wadium w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym - w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Powyższe oznacza, iż w każdym wypadku braku wniesienia wadium, bądź wadliwego jego wniesienia, wykonawca podlegał będzie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zamawiający nie dysponuje uprawnieniem umożliwiającym wezwanie wykonawcy do konwalidacji czynności wniesienia wadium.

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził naruszenie wyżej przytoczonego przepisu.

5. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów przez żądanie dokumentu, bez opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Prezes UZP ustalił, że w Sekcji III.4.1) Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający w celu potwierdzenia opisanych warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu żądał m.in. przedłożenia wraz z ofertą opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 11 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).

W żadnym dokumencie (ani w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych ani w SIWZ) zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania ww. warunku w zakresie zdolności ekonomicznej, tj. nie doprecyzował, na jaką wartość powinna opiewać polisa, aby wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,



2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jeśli zamawiający nie opisuje sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. nie określa, jaka jest wymagana wartość polisy ubezpieczeniowej, nie można uznać, że żądany dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (opłacona polisa) jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, gdyż w takim wypadku dokument ten nie służy potwierdzeniu spełniania żadnego sprecyzowanego warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził naruszenie wyżej przytoczonego przepisu.

6. Naruszenie § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Prezes UZP ustalił, iż zgodnie z pkt VI.A.1.6. SIWZ, Zamawiający w celu potwierdzenia opisanych warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu żądał m.in. przedłożenia wraz z ofertą informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, czyli dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 9) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), czyli aktu wykonawczego nieaktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Mając na uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 01.04.2014 r., tj. po dacie wejścia w życie 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 z dnia 19 lutego 2013 r., należy zauważyć, iż w treści § 1 ust. 1 pkt. 10) tego rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 10) rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r, zamawiający mógł żądać od wykonawcy przedstawienia informacji dowolnego banku lub spółdzielczej kasy

oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, niekoniecznie tego, w którym wykonawca posiada rachunek.

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził, iż informacje zawarte w pkt VI.A.1.6. SIWZ, stanowią naruszenie § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

7. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo S. do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem budowy (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Prezes UZP ustalił, że zgodnie z Sekcją III.3.4) Ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego wskazał m.in., że warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.: kierownikiem budowy - posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych oraz min. 4 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub inspektora nadzoru.

Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca Przedsiębiorstwo S. załączył do oferty wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika budowy wskazał p. P. Z przedstawionego przez wykonawcę wykazu zawierającego konkretne inwestycje, na których pracowała ww. osoba, wynika, że p. P. posiada 3 lata i 3 miesiące doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, a nie jak wymagał zamawiający – 4 lata. Wprawdzie w wykazie wykonawca dodał ogólną uwagę, że ww. osoba posiada 13 – letnie doświadczenie zawodowe, ale nie wiadomo, czy było ono zdobyte na wymaganym stanowisku kierownika budowy lub inspektora nadzoru.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, 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 konsekwencji Prezes UZP stwierdził naruszenie wyżej przytoczonego przepisu.

W związku z opisanymi wyżej wynikami kontroli, Zamawiający w dniu 27 stycznia złożył umotywowane zastrzeżenia. Podnosił, że nie był zobowiązany do udzielenia zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp, w związku z zastosowaniem do niego art. 6a ustawy Pzp, wobec czego prowadzona przez Prezesa Urzędu kontrola doraźna postępowania, nie ma podstaw prawnych. Zdaniem Zamawiającego - w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane zastosowanie art. 6a oznacza de facto brak obowiązku stosowania ustawy Pzp. W literaturze jednoznacznie wskazuje się, że art., 6a ustawy Pzp pozwala na niestosowanie ustawy zamówień o wartości poniżej progu bagatelności - zarówno krajowego na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, jak i unijnego w oparciu o art. 133 ust. 2 ustawy Pzp, co jest w istocie zastosowaniem do takiego zamówienia przepisów właściwych dla jego wartości. Ponadto Zamawiający wskazał, że obowiązek stosowania ustawy Pzp nie wynikał także z zawartej przez Spółkę umowy o dofinansowanie nr POIS. 09.02.00-00-028/10-00 Projektu „Modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu” nr POIS.09.02.00-00-028/10 w ramach działania 9.2 „Efektywna dystrybucja energii” priorytetu IX Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013. Zgodnie z § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie Spółka była zobowiązana do zawierania umów, z tytułu których będzie ponosiła wydatki kwalifikowane dla zadań objętych projektem, z uwzględnieniem procedur przewidzianych w ustawie tylko wtedy, gdy wymóg jej stosowania wynika z tejże ustawy.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 1), Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał (poza informacją o braku konieczności stosowania ustawy Pzp), iż w jego ocenie sposób opisu przedmiotu zamówienia m.in.:

- a) był uzasadniony potrzebami Spółki, tj. koniecznością dokonania modernizacji systemu ciepłowniczego za pomocą materiałów najlepszej jakości, które zapewnią sieci dłuższą żywotność, pozwalającą zaoszczędzić straty na przesył ciepła, co ma bezpośrednie i istotne przełożenie nie tylko na bezpieczeństwo sieci, zmniejszenie jej awaryjności, ale także kosztów przeznaczanych na jej naprawy, co też przekłada się na oszczędności po stronie użytkowników końcowych,
- b) umożliwiał zaferowanie, przez nieograniczoną liczbę wykonawców, rur preizolowanych pochodzących od co najmniej dwóch producentów działających na rynku (ISOPLUS oraz LOGSTOR), przy czym dystrybutorów tych produktów, a więc podmiotów od których można je nabyć, jest zdecydowanie więcej.

Ponadto Zamawiający do pisma z dnia 27.01.2017 r. zawierającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej załączył uwagi do opinii, powołanego przez Prezesa Urzędu biegłego, dotyczącej naruszenia, o którym mowa w pkt 1). Z ww. uwag Zamawiającego wynika m.in. co poniżej.

Nieemożliwe było opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności posłużenia się nazwami własnymi. Ponadto, zabezpieczenie równego dostępu wszystkich podmiotów do postępowania zapewniało zastosowanie określenia „lub równoważne” w każdym opisie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ;

Zamawiający w swoich wymaganiach technicznych, dotyczących rur preizolowanych (zawartych w załączniku nr 8 do SIWZ) nie uznawał - jak to sugeruje biegły - że określenie podstawowego parametru żywotności pianki izolacyjnej na 30 lat ma kluczowe znaczenie. Ponadto nieprawdziwe są wywody biegłego, który nie bazując na jakichkolwiek danych literaturowych dochodzi o przekonania, że „żywotność materiałów izolacyjnych określa się na okres - 20 lat”, a „systemy preizolowane (...) ulegają naturalnemu zużyciu i awariom w okresie eksploatacji tj. - 25 lat (...)”;

Trwałość sztywnej pianki izolacyjnej dla ciągłej temperatury pracy min. 16CTC jest parametrem świadczącym o jakości komponentów użytych do produkcji materiałów preizolowanych, a przez to całego systemu i nie ma ścisłego związku z parametrami pracy sieci preizolowanej.

Przytoczony fragment załącznika nr 8 do SIWZ ma świadczyć o tym, że postawiono jedynie wymagania piance poliuretanowej pod względem spełniania parametru CCOT na poziomie 16CTC, a nie oczekiwano wyrobu, który pracowałby w maksymalnej temperaturze 160T. Ponieważ parametr CCOT w wysokości 16CTC spełniało kilka podmiotów nie można zarzucać Zamawiającemu, że przeprowadzone przez niego postępowanie „ma znamiona nieuczciwej konkurencji”, jak to sugeruje biegły;

• Biegły mija się z prawdą stwierdzając: „w praktyce nie istniała możliwość zastosowania innego systemu rur preizolowanych”, na co wskazują dokumenty:

- oświadczenie firmy ISOPLUS e-mail z dn. 24.01.2017 r.,
- dokumentacja fotograficzna akt postępowania prowadzonego przez Centralne Biuro Antykorupcyjne Delegatura w Białymstoku,
- opinia biegłego zlecona przez Urząd Zamówień Publicznych w ramach kontroli doraźnej przetargu nr 16/ZP/EPEC/2014. W opinii tej zostało zawarte stwierdzenie, że postawiony przez zamawiającego wymóg CCOT na poziomie min. 160°C spełniało dwóch producentów rur preizolowanych. Według tej samej opinii wyroby ISOPLUS nie spełniały rzekomo innych wymagań postawionych w SIWZ, ale złożone przez Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie dwóch (z trzech) zarzutów zostały przez biegłego uznane, natomiast trzeci zarzut został oddalony w ramach postępowania przed RIO;

Jest powszechną praktyką przeliczanie jednego systemu rur preizolowanych na inny. Każdy producent ma komórkę, która dokonuje zmiany technologii, sporządza zestawienie materiałów, służące do wyceny materiałów na potrzeby postępowań przetargowych, w których dany producent/przedstawiciel uczestniczy. Niepotrzebne są do tego upoważnienia, pełnomocnictwa, o których pisze biegły, zaś dane obliczeniowe i eksploatacyjne od zamawiającego zawarte są w warunkach technicznych, będących podstawą do opracowania dokumentacji. Ponadto, zapis SIWZ, mówiący o konieczności wykonania zamiennej dokumentacji projektowej, dotyczył wyłącznie sytuacji, gdyby Zamawiający chciał znacząco zmienić trasę sieci (np. z uwagi na ograniczenia systemu), a taka zmiana wymagałaby uzyskania nowej decyzji administracyjnej np. pozwolenia na budowę lub pozwolenia wodnoprawnego,

W trakcie określania SIWZ dla postępowań przetargowych., związanych z realizacją projektu „Modernizacja miejskiego systemu ciepłowniczego w Elblągu”, Zamawiający opisał wymagania stawiane materiałom preizolowanym, które swoją jakością będą gwarantowały możliwie najniższe straty ciepła na przesył i wieloletnią bezawaryjną pracę. Tak wysokie wymagania Zamawiający stosuje do wszystkich wyrobów ciepłowniczych wykorzystywanych do rozbudowy i modernizacji miejskiego systemu ciepłowniczego;

Elbląski system ciepłowniczy liczy 51 Ist i są jeszcze - na trudnym żuławskim terenie - eksploatowane sieci ciepłownicze z lat 60. i 70. ub. wieku. Są one przez Zamawiającego sukcesywnie wymieniane wcale nie z uwagi na zły stan techniczny przewodów, a z uwagi na konieczność minimalizacji strat ciepła. Największym bowiem zagrożeniem dla rur stalowych w gruncie jest kontakt z nasyconymi powietrzem wodami opadowymi, które infiltrują kanały ciepłowniczo. Jeśli kanał wykonany jest w sposób szczelny rurociąg taki może prawidłowo funkcjonować nawet 40-50 lat.

Odnosząc się do stwierdzenia, że wymagano od wykonawców przedstawienia dokumentów potwierdzających wartość współczynnika przewodzenia ciepła PUR, który miał być znacznie niższy od podanego w obowiązującej normie EN 253, Zamawiający stwierdził, że są na

polskim rynku producenci (np. LOGSTOR, ISOPLUS), którzy oferują produkty takiej jakości i miał prawo wymagać produktów spełniających najwyższe standardy techniczne, które zapewnią długi bezawaryjny czas eksploatacji przy minimalnych stratach ciepła.

- Opracowując dokumentację przetargową Zamawiający korzystał z doświadczeń innych przedsiębiorstw ciepłowniczych, które w pierwszej kolejności uzyskały środki z POIiŚ działanie 9.2 na modernizację sieci ciepłowniczych, W przypadku parametrów technicznych Zamawiający korzystał z udostępnionej mu specyfikacji przez MPEC Olsztyn.

Zadanie realizowane w ramach przedmiotowego postępowania nie dotyczyło końcówek sieci, a wręcz przeciwnie - dotyczyło odgałęzienia od sieci magistralnej PÓLNOC w ok. 1/3 długości, licząc od źródła ciepła. Ponadto przyjęta w WTWiOR (załącznik nr 8 do SIWZ) temperatura ciągłej obliczeniowej pracy CCOT na poziomie min. 160°C nie ma nic wspólnego z temperaturą pracy miejskiej sieci ciepłowniczej, a jedynie jest parametrem pozwalającym określić odporność pianki PUR na starzenie. Zamawiający miał prawo żądać zastosowania podczas realizacji przedmiotowego zamówienia materiałów wysokiej jakości.

Zamawiający ma pełne prawo żądać produktów o lepszych parametrach czy lepszej jakości i nie można mu stawiać zarzutu tylko z tego tytułu, że na rynku funkcjonują producenci produktów spełniających minimalne wymagania Polskich i Europejskich Norm, ale nie spełniające wyższych wymogów odzwierciedlających uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Przyjęcie takiego rozumowania pozbawiałoby zamawiających prawa do korzystania z nowoczesnych rozwiązań, a producentów motywacji do udoskonalania swoich produktów.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 2), Zamawiający stwierdził m.in., że ustalając wysokość wadium, sugerował się przepisami ustawy Pzp, jednak z uwagi na to, że nie musiał ich przestrzegać, uczynił to w sposób, który w jego ocenie lepiej realizował ochronną rolę wadium tj. w oparciu o wartość zamówienia powiększoną o wartość zamówień uzupełniających. Ponadto, Zamawiający wskazał, że taki sposób kalkulacji wadium obowiązywał przez długi czas także na gruncie ustawy, a dopiero nowelizacja z września 2008 r. wprowadziła do niej art. 45 ust. 5a, zgodnie z którym przy obliczaniu kwoty wadium nie uwzględnia się wartości zamówień uzupełniających.

Następnie odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 3), Zamawiający stwierdził m.in., iż ani rozporządzenie w sprawie dokumentów ani ustawa Pzp nie wprowadzają w sposób bezpośredni możliwości żądania oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej od podmiotów innych niż wykonawca, jednakże Spółka - jako, że nie była zobowiązana do stosowania ustawy przy udzielaniu zamówienia - nie była również zobowiązana do stosowania rozporządzeń wydanych na jej podstawie, w tym rozporządzenia w sprawie dokumentów, a więc nie mogła go naruszyć, w tym poprzez żądanie niewskazanych

w nim dokumentów. Zamawiający wyjaśnił również, że żądał listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów albo informacji o tym, że podmiot nie należy do grupy kapitałowej nie tylko od wykonawców, ale także od podmiotów, na których zasoby wykonawca się powołuje oraz które będą uczestniczyły w realizacji części zamówienia, w celu zapewnienia w postępowaniu odpowiedniego poziomu ochrony konkurencji. Zamawiający wskazał ponadto, że gdyby nawet był zobowiązany do stosowania ustawy Pzp co jednak nie miało miejsca - to żądanie spornego dokumentu nie mogłoby zostać zakwalifikowane jako naruszenie ustawy ani rozporządzenia. Zgodnie bowiem z art. 138c ustawy Pzp, w przypadku udzielania zamówienia publicznego sektorowego, zamawiający może żądać od wykonawców przedstawiania także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2. potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 4), Zamawiający stwierdził m.in., że wadium złożone przez konsorcjum firm: H. oraz P. - zwane dalej konsorcjum H., spełniało wszystkie wskazane przez Zamawiającego wymagania. Ponadto Zamawiający podkreślił, że nie wprowadzał żadnych dodatkowych wymagań wobec wadium wnoszonego przez konsorcjantów. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że byłby uprawniony do skorzystania z wadium wniesionego przez jednego członka konsorcjum, nawet wtedy, gdyby do zawarcia umowy nie mogło dojść z przyczyn leżących po stronie drugiego z nich - choćby nie widniał na gwarancji, Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał, że przepisy prawa, w szczególności ustawa Pzp. nie wprowadzają wymagania, aby w przypadku wystawienia wadium na jednego członka konsorcjum, wskazywało ono na wszystkich pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż takie wadium w wystarczający sposób zabezpiecza interesy zamawiającego, jak wynika z jednolitego i ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa KIO oraz sądów. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że ustawa Pzp nie wprowadza także wymagania, aby wadium było wystawione wyłącznie na wykonawcę, który ma pełnomocnictwo do działania w imieniu konsorcjum, dopiero po jego udzieleniu -wymaganie spełnienia takich warunków jest nieuprawnione i niezasadne w świetle powyższych uwag,

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 5 ust. 1 pkt a) umowy konsorcjum H. jego liderowi tj. spółce H. przyznano prawo do przedłożenia Zamawiającemu gwarancji na wniesienie wadium, czego nie należy mylić z obowiązkiem wniesienia wadium np. poprzez uzyskanie ubezpieczeniowej gwarancji zabezpieczenia wadium, co w ramach konsorcjum należało do zadań drugiego konsorcjanta czyli firmy P. Słowo „przedłożenie” zgodnie z językiem słownika polskiego oznacza „dać komuś coś do wglądu, rozpatrzenia lub

oceny", a więc jest to czynność czysto techniczna, faktyczna i zasadniczo różni się od uzyskania gwarancji w znaczeniu prawnym (wystawienia jej przez odpowiedni podmiot).

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 5), Zamawiający stwierdził m.in., że wbrew wnioskowi zawartemu w Informacji o wynikach kontroli, Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i SIWZ, opisał sposób dokonywania oceny warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i doprecyzował, na jaką wartość powinna opiewać polisa, aby wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Zamawiającego informacje te zostały zawarte:

a) w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu, pkt. II. 1.4) ppkt.7, gdzie Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu;

„Wykonawca przedstawi przed dniem podpisania umowy dokument potwierdzający opłacone ubezpieczenie na kwotę nie mniejszą niż 500 000 zł lub poświadczoną za zgodność kopii tego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej z tytułu skutków prowadzonej działalności.”

natomiast w sekcji III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał sposób spełniania tego warunku, tj.: „W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć: (...) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Analogiczny wymóg zamawiający sformułował w dalszej części ogłoszenia w stosunku do wykonawców, którzy powołują się w tym zakresie na zasoby podmiotów trzecich.

b) W rozdziale III pkt 21 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że „wykonawca przedstawi: - przed dniem podpisania umowy dokument potwierdzający opłacone ubezpieczenie na kwotę nie mniejszą niż 500 000 zł lub poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii tego dokumentu, potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej z tytułu skutków prowadzonej działalności (..)”.

Zamawiający twierdzi, iż Spółka nie mogła dopuścić się naruszenia art 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt. 11 rozporządzenie w sprawie dokumentów, nie tylko dlatego, że nie była zobowiązana do stosowania tych aktów prawnych, ale także dlatego, że poinformowała wykonawców w sposób należyty i wyczerpujący o stawianych przez nią warunkach udziału w postępowaniu.



Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 6), Zamawiający stwierdził m.in., że dopuścił potwierdzenie spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, w tym warunku, o którym mowa w zarzucie, w każdy możliwy sposób, a mianowicie

a) w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 600 000 zł zamawiający wymagał informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca ma rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolności (rozdział VA pkt. 4 w zw. z Vi.A. 1.6 SIWZ),

b) jednocześnie, w rozdziale VI.A pkt 1.5. w pkt d) SIWZ, Zamawiający wskazał, że „jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku”, przez co - zdaniem Zamawiającego - umożliwiono potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku w zakresie zdolności kredytowej/posiadanych środków nie tylko poprzez informację pochodzącą z banku/SKOKu. w którym wykonawca ma rachunek, ale także w każdy inny sposób, w tym poprzez informację pochodzącą od innych podmiotów,

Ponadto Zamawiający stwierdził, że co prawda dodał, że inne dokumenty mogą być składane, jeśli nie można przedstawiać informacji z własnego banku/SKOKu z uzasadnionej przyczyny, jednak należy zauważyć, że jest to logiczne oraz racjonalne rozwiązanie, gdyż źródłem informacji o sytuacji wykonawcy będzie zawsze w pierwszej kolejności jego bank/SKOK.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 7), Zamawiający stwierdził m.in, że w wyniku postępowania zamówienie zostało udzielone wykonawcy P., a nie E., który był trzeci (pod względem zastosowanego kryterium oceny ofert) w rankingu wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, zatem rzekomy brak weryfikacji rzeczywistego doświadczenia pana P. nie miał żadnego wpływu na dokonanie przez Zamawiającego wyboru wykonawcy w sposób zgodny z ustalonymi przez niego warunkami przetargu. Następnie Zamawiający stwierdził, że p. P. w momencie składania ofert posiadał wymagane przez Zamawiającego 4-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy - co potwierdza informacja uzyskana od firmy E. w piśmie z dnia 25 stycznia 2017 r., a brak wezwania firmy E. nie doprowadził do naruszenia zasad dotyczących prowadzenia postępowania wynikających z dokumentacji przetargowej, gdyż nie miał wpływu na prawidłowy wybór wykonawcy zamówienia.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, co następuje.

W pierwszej kolejności, analizując konieczność stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, Prezes UZP badał treść przepisów ustawy Pzp obowiązujących na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 01.04.2014 r. Status zamawiających sektorowych stosownie do postanowienia art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp posiadały, inne niż określone w art 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp podmioty, jeżeli zamówienie było udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art, 132 ustawy Pzp, a działalność ta była wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, pojedynczo lub wspólnie. bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierały na nie dominujący wpływ W świetle przywołanego przepisu ustawy Pzp status zamawiającego sektorowego powiązany był z udzielaniem zamówień mających na celu wykonywanie jednego z rodzajów działalności sektorowej (art. 132 ustawy Pzp). Podobnie kwestia statusu zamawiającego sektorowego unormowana była na gruncie przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r.).

W myśl postanowienia art- 132 ust. 1 ustawy Pzp przepisy rozdziału dotyczącego zamówień sektorowych (art. 132-138f) stosowało się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zamówienia sektorowej, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie było udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonych w tym przepisie. W odniesieniu do zamówień sektorowych ustawa Pzp przewidywała zatem szczególną regulację prawną zawierającą modyfikacje klasycznych reguł udzielania zamówień publicznych.

W odniesieniu do kwestii stosowania przepisów o zamówieniach sektorowych do zamówień mających charakter sektorowy udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art, 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, ustawa Pzp przewidywała jednak wyjątek wynikający z postanowienia art. 132 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl bowiem tego przepisu przepisy o zamówieniach sektorowych stosowało się do zamówień sektorowych, z wyłączeniem przypadków, w których były spełnione łącznie następujące warunki: (a) ponad 50 % wartości udzielanego zamówienia było finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust, 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, (b) wartość zamówienia była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust, 8 ustawy Pzp, (c) przedmiotem zamówienia były roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami

budowlanymi. Sens normatywny zastrzeżenia wynikającego z postanowienia art. 132 ust. 1 ustawy Pzp sprowadzał się zatem do stwierdzenia, iż w przypadku zamówień sektorowych, w odniesieniu do których były spełnione przesłanki określone w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie stosowało się przepisów o zamówieniach sektorowych (art. 132-138f), ale przepisy odnoszące się do reguł klasycznych. Powyższe nie oznacza jednak, iż w takich przypadkach zamówienie traciło status zamówienia sektorowego, a sam zamawiający tracił status zamawiającego sektorowego. Jedyna różnica sprowadzała się bowiem do określenia reżimu prawnego, według którego należało prowadzić samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazany przepis art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowił implementację postanowienia art. 8 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r, w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 i), który zawierał szczególną regulację prawną odnoszącą się do obowiązku stosowania przepisów tej dyrektywy do zamówień subsydiowanych w ponad 50 % przez instytucje zamawiające.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy Prezes UZP stwierdzał, iż w odniesieniu do zamówienia będącego przedmiotem kontroli zachodzą wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:

- ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowane ze środków publicznych, tj. ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, co wynika z pisma Zamawiającego z dnia 05.01.2017 r. informującego o współfinansowaniu w wysokości 85%, przy czym środki unijne stanowią środki publiczne zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.), wartość zamówienia, tj. łączna wartość części składających się na to zamówienie i udzielanych w odrębnych postępowaniach, przekracza tzw. progi unijne (wynosi 31 223 528,16 zł, tj. 7 745 271,83 euro),
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane z zakresu inżynierii lądowej.

Tym samym w przedmiotowej sprawie zachodził wyjątek: o którym mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązujący Zamawiającego do stosowania w ww. postępowaniu przepisów odnoszących się do zamówień klasycznych. Biorąc zaś pod uwagę, że wartość zamówienia dla części zamówienia będącej przedmiotem tego postępowania była wyższa od 30.000 euro i wynosiła 1 865 161,20 zł. tj. 441 468,72 euro, zastosowanie art. 6a ustawy Pzp nie zwalniało Zamawiającego z obowiązku stosowania ustawy w ogóle (byłoby to możliwe przy zastosowaniu reżimu dla zamówień sektorowych}, ale zobowiązywało go do stosowania przepisów właściwych dla zamówień klasycznych o wartości nieprzekraczającej tzw. progów unijnych. Innymi słowy, zgodnie z art. 132 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był udzielić przedmiotowego zamówienia zgodnie z regulacjami przewidzianymi dla zamówień klasycznych, przy czym

z uwagi na zastosowanie art. 6a ustawy Pzp mógł zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych {co też zrobił}, zamiast w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej- Z całą pewnością, natomiast Zamawiający nie był zwolniony z obowiązku stosowania ustawy Pzp w ogóle.

Powyższa argumentacja ma zastosowanie do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących wszystkich siedmiu stwierdzonych naruszeń, w których Zamawiający kwestionuje swój obowiązek stosowania ustawy Pzp. Poniżej zatem Prezes Urzędu odniesie się tylko do pozostałych argumentów Zamawiającego, nie dotyczących kwestii obowiązku stosowania ustawy Pzp.

#### I.

W odniesieniu do naruszenia ustawy Pzp wskazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, w pierwszej kolejności 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 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 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 guasi-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 pośredni, (j. 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.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego należy zauważyć, że w Informacji o wyniku kontroli nie kwestionowano kwalifikacji osób przygotowujących opis przedmiotu zamówienia w zakresie rur preizolowanych, zaś przytoczone potrzeby Zamawiającego nie mogą zostać uznane za uzasadnione w świetle opinii biegłego, zgodnie z którą opisane przez zamawiającego parametry przesądzające o możliwości zastosowania wyłącznie rur LOGSTOR nie były konieczne do należytego wykonania zamówienia, tj. określenie podstawowego parametru żywotności pianki izolacyjnej na 30 lat nie było uzasadnione, gdyż rura przewodowa jako nośnik zmiennego medium grzewczego co do parametrów (temperatura i ciśnienie), występujących awarii magistrali dosyłowej, wyłączzeń, przełączeń oraz sezonowości, a przede wszystkim wobec zachodzących procesów korozyjności, nie jest stabilna i nie gwarantuje żywotności na 30 lat całego systemu rur preizolowanych, zaś wymagany parametr ciągłej temp. pracy minimum + 160 stopni C jest zawyżony, gdyż medium w magistrali dosyłowej zawiera się w temperaturach  $T_z/T_p \sim 122/61$  stopni C. Tym samym ww. parametry wskazujące na produkt LOGSTOR, nie stanowią uzasadnienia dla opisu przedmiotu zamówienia. Z kolei to, czy Zamawiający opierał się na specyfikacjach innych podmiotów z branży ciepłowniczej, nie ma znaczenia dla oceny opisu przedmiotu zamówienia. Fakt, że określona ilość zamawiających na rynku dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w określony sposób, nie dowodzi tego, że opis ten jest prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy Pzp. Również to, że przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, zaś rury LOGSTOR (biegły wykluczył, aby wymagane w SIWZ parametry były możliwe do spełnienia przez inne produkty) mógł nabyć dowolny wykonawca, nie zmienia faktu, że przedmiot zamówienia mógł utrudnić uczciwą konkurencję poprzez wskazanie na produkt konkretnej firmy i poprzez ograniczenie możliwości złożenia oferty tylko do tych wykonawców, którzy zaoferują realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu rur preizolowanych LOGSTOR. Powyższe potwierdza fakt, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty zawierały produkty tj. rury preizolowane, firmy LOGSTOR. Nie można ponadto zgodzić się z Zamawiającym, że w

przedmiotowej sprawie wskazanie wprost na produkty konkretnego producenta było uzasadnione specyfika zamówienia. Po pierwsze, Zamawiający nie wskazuje, na czym ta specyfika polega, po drugie, należy wyraźnie stwierdzić, że jest możliwe opisanie rur do budowy systemu ciepłowniczego poprzez wskazanie ich parametrów technicznych, bez wskazywania nazwy producenta, przy czym parametry te mogą być wskazane w sposób nie preferujący żadnego konkretnego producenta.

Odnosnie argumentu, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z uwzględnieniem uwag NFOŚGW, należy wyjaśnić, że argument ten jest bezprzedmiotowy, ponieważ nie neguje faktu opisanie przedmiotu zamówienia pod kątem jednego producenta.

Ponadto odnosząc się do argumentów dotyczących możliwości opisywania kryteriów oceny ofert, należy odróżnić opis przedmiotu zamówienia od opisu kryteriów oceny ofert. Kwestionowane w informacji o wyniku kontroli wymogi nie były zawarte w opisie kryteriów oceny ofert, ale w opisie przedmiotu zamówienia. Podstawowa różnica polega na tym, że brak spełnienia określonych wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, dlatego też wykonawcy zobowiązani są spełnić je wszystkie. Natomiast brak spełnienia określonych wymogów zawartych w kryteriach oceny ofert skutkuje zazwyczaj jedynie brakiem przyznania określonej ilości punktów w danym kryterium, co zmniejsza szanse wykonawcy na wybranie jego oferty, ale nic powoduje jej odrzucenia i nie wyklucza całkowicie możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W związku z powyższym argumenty Zamawiającego w zakresie regulacji dotyczących kryteriów oceny ofert nie są zasadne w przedmiotowej sprawie.

Należy także zauważyć, że dołączone przez Zamawiającego do zastrzeżeń pismo firmy ISOPLUS zawierające oświadczenie, że firma ta posiada w swojej ofercie rury preizolowane spełniające wymagania techniczne wskazane w piśmie CBA Delegatura w Białymstoku, nie stanowi dowodu, że produkty tej firmy spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ przez Zamawiającego. W piśmie z dnia 15.05.2015 r. CBA podało bowiem określone parametry, dotyczące m.in. trwałości sztywnej pianki izolacyjnej na min. 30 lat oraz ciągłej temperatury pracy min. 160°C, co oznacza, że w odpowiedzi z dnia 29.05.2015 r, na ww. pismo, firma ISOPLUS złożyła oświadczenie w zakresie tych właśnie parametrów, o czym świadczy też fakt, że firma ta wyraźnie odniosła się do wymagań technicznych opisanych „w w/w piśmie”. Wprawdzie parametry opisane w piśmie CBA to parametry wskazane przez biegłego powołanego przez Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie, niemniej jednak nie wyklucza to możliwości spełnienia przez produkty ISOPLUS ww. wskazanych parametrów przy jednoczesnym braku spełnienia innych parametrów opisanych w SIWZ. Jak bowiem wskazano już wyżej, oświadczenie ISOPLUS odnosi się tylko do parametrów wskazanych w piśmie CBA, nie zaś do wszystkich opisanych w SIWZ

Tymczasem należy zauważyć, że wszyscy wykonawcy uczestniczący w kontrolowanym postępowaniu zaoferowali rury LOGSTOR, jak też sam Zamawiający w SIWZ wskazał na ieyo producenta, zaś powołany w toku kontroli biegły potwierdził, że opisane wymagania wyłączały możliwość zaoferowania rur innego producenta. Tym samym ww. okoliczności sprawy i zebrane w toku kontroli dowody me mogą zostać obalone wyłącznie przez ww. oświadczenie firmy ISOPLUS, odnoszące się tylko do wybranych wymogów zawartych w SIWZ.

Drugie z oświadczeń firmy ISOPLUS, przedstawione w postaci wiadomości mailowej i odnoszące się tym razem do wszystkich wymagań zawartych w SIWZ, biegły zakwestionował podtrzymując swoją opinię o tym, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie rur preizolowanych wskazywał wyłącznie na produkty LOGSTOR. Ponadto należy zauważyć, że w załączniku nr 8 do SIWZ, tj. w warunkach technicznych wykonania i odbioru robót Zamawiający zamieścił zapis, zgodnie z którym projekty budowlane zostały opracowane dla systemu rur preizolowanych LOGSTOR, zaś wykonawca który chciałby zastosować inne systemy musi załączyć do oferty schematy montażowe sieci cieplnej, zestawienie materiałów wraz z opisem oferowanych wyrobów, obliczenia statystyczne sieci cieplnej zgodne z wymogami normy PN-EN 13941:2010, oceną stanu naprężeń, przemieszczeń w newralgicznych punktach sieci oraz obliczenia stabilności konstrukcji liniowej. W przypadku zmiany pozwolenia na budowę obowiązkiem wykonawcy będzie opracowanie zamiennego projektu budowlanego oraz uzyskanie wszelkich wymaganych decyzji i uzgodnień, w tym pozwolenia na budowę. Prace te nie mogą spowodować wydłużenia terminu realizacji zamówienia. Wszystkie badania, protokoły, certyfikaty i aprobaty muszą być wykonane na systemie preizolowanym jednego producenta. W stosunku do ww. zapisu biegły odniósł się w opinii i stwierdził, że „zakres czynności do wykonania przez potencjalnego Wykonawcę i załączenia ich wyników do oferty jest wysoce specjalistyczny, czasochłonny i cenotwórczy. Potencjalny Wykonawca nie ma stosownych upoważnień, pełnomocnictw, wiedzy, a przede wszystkim danych obliczeniowych i eksploatacyjnych od Zamawiającego, które nie są powszechnie dostępne, nie ma możliwości spełnić stawianych warunków na etapie ofertowania. Wykonawca biorący udział w postępowaniu nie miał więc możliwości sporządzenia zamiennego dokumentacji projektowej i uzyskania pozwoleń oraz wymaganych zgód i decyzji w tak krótkim czasie przy skali zadania dla dowolnego systemu rur preizolowanych. Ponadto koszty sporządzenia takiej dokumentacji poniósłby Wykonawca, a tym samym jego oferta złożona w trakcie postępowania nie była by konkurencyjna wobec ofert opartych na systemie wskazanym przez Zamawiającego."

W świetle powyższego nawet przyjęcie, że rury preizolowane firmy ISOPLUS spełniają wszystkie wymagania zawarte w SIWZ (choć biegły tego nie potwierdza), nie wpływa na fakt, że wobec ww. wymagań dla wykonawcy chcącego zastosować inne rury niż LOGSTOR. zapis dopuszczający inne systemy był w istocie iluzoryczny, ponieważ wysiłek organizacyjny i

finansowy w celu spełnienia tych wymagań, czynił zaoferowanie rur innych niż LOGSTOR w praktyce nieopłacalnym. Oznacza to, że zawarte w SIWZ wymagania techniczne w połączeniu z ww. wymogami w zakresie składania określonych dokumentów przez wykonawcę oferującego inny system preizolacji, w praktyce wskazywał nadal na rury preizolowane firmy LOGSTOR.

Nie można również uwzględnić argumentów Zamawiającego odnoszących się do innego prowadzonego przez niego postępowania, kontrolowanego przez Prezesa Urzędu w 2015 r., w stosunku do którego w ramach kontroli również powoływany był biegły, Należy zauważyć, że opinia biegłego dotyczy każdorazowo konkretnych zapisów konkretnej SIWZ i nie może stanowić dowodu na istnienie bądź brak istnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp w innym postępowaniu. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że kontrola tamtego postępowania również wykazała, że opis przedmiotu zamówienia wskazywał na rury LOGSTOR.

Odnosząc się do kompetencji powołanego biegłego, należy zauważyć, że jest on biegłym sądowym w dziedzinie m.in. ciepłownictwo - ogrzewnictwo, jak też posiada uprawnienia budowlane w ww. zakresie bez ograniczeń, stąd też kwestionowanie jego kompetencji jest pozbawione podstaw. Jednocześnie stwierdzić należy, że w toku kontroli Prezes Urzędu m.in. uwzględnił stanowisko ww. biegłego w zakresie technicznych aspektów rur preizolowanych opisanych przez Zamawiającego, o czym świadczą fragmenty opinii cytowane w Informacji o wyniku kontroli. Natomiast oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego Prezes Urzędu dokonywał samodzielnie, nie biorąc w tym zakresie pod uwagę uwag poczynionych przez samego biegłego. Zastrzeżenia Zamawiającego co do sposobu napisania opinii przez biegłego, który oprócz analizy kwestii technicznych wskazywał też na możliwe naruszenia przepisów prawa, są więc bezprzedmiotowe, gdyż w tym zakresie (prawnym) opinia nie stanowiła podstawy stwierdzenia naruszenia,

Jednocześnie biorąc pod uwagę częściowo techniczny charakter zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu zwrócił się do ww. biegłego o odniesienie się do nich. W kontekście powyższego należy przytoczyć opinię uzupełniającą z dnia 06.02.2017 r., w której powołany przez Prezesa Urzędu biegły, odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego stwierdził:

1) Odnośnie argumentu, że projektant musiał wskazać na konkretny produkt i dlatego powoływał się na dane pochodzące z poradnika konkretnego producenta: „Dokumentację projektową sieci ciepłowniczej należy wykonać na podstawie obowiązujących norm i przepisów. Zawierają one wszystkie informacje określające parametry sieci oraz poszczególnych jej elementów. Priorytetem każdego Producenta wyrobów preizolowanych jest dostarczanie na rynek elementów sieci ciepłowniczych spełniających wytyczne zawarte w aktualnych normach, a przede wszystkim PN-EN 253+A1J2013-06E POL; PN-EN 448 2009



lub PN-EN 488:2011. Wydaje się więc błędem założenie, iż to Projektant działający na zlecenie Zamawiającego powinien dostosować swoje oczekiwania do oferowanych przez konkretnego Producenta rozwiązań, gdyż to właśnie Producenci wyrobów preizolowanych muszą spełniać rygorystyczne parametry zawarte w przepisach jw.

Wątpliwym – zdaniem Prezesa UZP - argumentem Zamawiającego jest uzasadnianie skorzystania z katalogu konkretnego Producenta w celu sporządzenia „kosztorysu, będącego podstawą do wyceny danego przedsięwzięcia inwestycyjnego”. Przy tego typu zadaniu, jakim jest wymiana części instalacji: a do tego połączenie jej z odcinkami wykonanymi przez różnych producentów (...) powoduje iż znaczna część ciepłociągów jest produkowana w wykonaniu specjalnym i nie można określić ich cen na podstawie gotowych cenników, gdyż zawierają one typowe elementy preizolowane. Konieczność dostosowania kształtu ciepłociągu do warunków terenowych powoduje, iż konieczne jest stosowanie kolan o nietypowym kącie rozwarcia, trójkników, zwężeń, zaworów, itp. Nie jest możliwa wycena nawet mocno szacunkowa takich elementów na podstawie standardowego katalogu wybranego Producenta. Firmy produkujące wyroby preizolowane każdorazowo na zapytanie Projektanta lub Zamawiającego sporządzają specjalną ofertę uwzględniającą między innymi, typowe bądź nie, rozwiązania zastosowane w konkretnej instalacji, a wynikające ze specyfiki zadania, W związku z powyższym stwierdzam, iż Projektant nie pytając poszczególnych Producentów o koszty konkretnych rozwiązań, nie jest w stanie określić wartości inwestycji w zakresie dostawy wyrobów preizolowanych"

2) Odnośnie argumentu, że nieprawdziwe są wywody biegłego, że żywotność materiałów izolacyjnych określa się na okres 20 lat, a systemy preizolowane ulegają naturalnemu zużyciu i awariom w okresie eksploatacji 25 lat: „Producenci systemów preizolowanych swoje wyroby wykonują z rur stalowych otrzymanych od producentów tych wyrobów, W przedsiębiorstwach specjalizujących się w preizolacji dokonuje się obróbki rury i izolacji na wyrób gotowy preizolowany. Zapewnienia zatem i gwarancje długowieczności 30 - 50 letnich na rury przewodowe stalowe pochodzić powinny od hut, a takie deklaracje i gwarancje na rynku nie występują (...) Tak więc nie sani wyrób, ale PRZEDE wszystkim właściwy montaż może zapewnić trzydziestoletnią bezawaryjną pracę, ale wcale nie musi<sup>11</sup>

3) Odnośnie argumentu dotyczącego parametru trwałości sztywnej pianki izolacyjnej.

Biegły zwrócił uwagę na brak konsekwencji w argumentacji Zamawiającego, który twierdzi, że przytoczony fragment załącznika nr 8 do SIWZ świadczy o tym, że postawił jedynie wymagania piance poliuretanowej pod względem spełniania parametru CCOT na poziomie 1S0°C, a nie oczekiwał wyrobu, który pracowałby w maksymalnej temperaturze 160°C. Ponadto wskazał: ..Jeżeli Zamawiający nie oczekiwał wyrobu przeznaczonego do pracy w takich warunkach, to niezasadne było wymaganie od Oferentów przedstawienia aprobaty

potwierdzającej żywotność pianki, która i tak nie miała zastosowania w wyrobach użytych następnie do budowy modernizowanego ciepłociągu".

Niezależnie od powyższej uwagi biegłego w tym zakresie, należy zauważyć, że nawet jeśli kilku spoza LOGSTOR producentów było w stanie spełnić ww. wymóg, nie zmienia to faktu, że wymóg ten w połączeniu z wymogiem żywotności pianki izolacyjnej na 30 lat (jak też z ew. innymi wymogami), wskazywał na produkty firmy LOGSTOR. Zatem argumenty Zamawiającego w tym zakresie, nie mają wpływu na fakt naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto nie można zgodzić się z Zamawiającym, że rury preizolowane stanowiły „tylko” 30% wartości zamówienia, gdyż same rury, jak i wskazana ich wartość stanowią istotną część przedmiotu zamówienia zarówno pod względem technicznym, jak i finansowym i mogą mieć wpływ na zainteresowanie wykonawców wykonaniem danego zamówienia.

Dodatkowo w opinii uzupełniającej biegły zauważył, że „wszyscy Oferenci złożyli swoje oferty na wyrobach Producenta wskazanego przez EPEC Sp. z o.o. tj. firmy LOGSTOR. Mimo deklaracji EPEC Sp. z o.o. o rzekomej dowolności stosowanych systemów preizolowanych nikt. się na złożenie takiej oferty nie zdecydował (...)”.

Jednocześnie należy zauważyć, że ww. argumenty Zamawiającego zawarte w załączniku do zastrzeżeń polegają na polemizowaniu z wrywkowo wybranymi zdaniem z Informacji o wyniku kontroli, natomiast nie zmieniają faktu, że przedmiot zamówienia w zakresie rur preizolowanych wskazywał na produkty firmy LOGSTOR, o CZYM świadczy zaofertowanie tych rur przez wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak też to, że Zamawiający w pkt 1.4 złożonych zastrzeżeń sam przyznał, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o system rur preizolowanych firmy LOGSTOR. Potwierdzeniem powyższego jest stwierdzenie przez biegłego w opinii uzupełniającej, że;

„Oczywistym jest, że można i należy dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób taki, który nie wskazywałby na konkretne rozwiązania techniczne dedykowane pod konkretnego Producenta:

a) ustalenie trasy przebiegu rurociągu - ustala się w terenie podczas wizji tzw. trasowania - w czym tutaj może pomóc system rur LOGSTOR?

b) obliczenia hydrauliczne - wykonuje Projektant na podstawie ustalonej trasy, rury przewodowej i parametrów medium płynącego w przewodzie - stosowanie w tym punkcie wytycznych producenta LOGSTOR jest dużym ułatwieniem, a zarazem nadużyciem ze strony Projektanta, zestawienie materiałów do wyceny przedsięwzięcia - wykonuje Projektant, a wycenia kosztorysant na podstawie opracowanego projektu technicznego, a nie na podstawie wytycznych producenta LOGSTOR (...)

Stwierdzenia EPEC Sp. z o.o. że wykonanie ww. czynności niemożliwym było bez wytycznych producenta LOGSTOR świadczy tylko i wyłącznie o wyborze najłatwiejszego, ale nie jedyne rozwiązanie techniczne, lemat jest normalnym zadaniem inżynierskim, nie

wykraczającym poza wiedzę i kompetencje Projektanta, niezasadne jest więc celowe przedstawienie tematu jako wysokospecjalistycznego i wyjątkowo skomplikowanego (...)

W świetle zgromadzonych materiałów i wyjaśnień EPEC Sp. z o.o. z Elbląga biegły stwierdza, że niezasadne było określenie parametrów żywotności pianki izolacyjnej na 30 lat oraz wskazanie parametru ciągłej temperatury pracy na poziomie minimalnym + 160°C." Ponadto, zapisy, które wskazują, iż przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie konkretnego producenta zostały wskazane przez biegłego w opinii z dnia 31.10.2016 r (co zostało również zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 20.01.2017 r.). z której wynika m.in., że

1. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt tj. system rur preizolowanych LOGSTOR, a wskazują na to zapisy w SIWZ załącznik nr 7 i załącznik nr 8. Zamawiający posłużył się wielokrotnie nazwą własną producenta i wskazał jednoznacznie, że przy opracowaniu projektu budowlano - wykonawczego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ korzystał jako z podstawy opracowania z Poradnika LOGSTOR Polska.

2. Określenie podstawowego parametru żywotności pianki izolacyjnej na 30 lat nie powinno być kluczowe, gdyż rura przewodowa jako nośnik zmiennego medium grzewczego co do parametrów (temperatura i ciśnienie), występujących awarii magistrali dosyłowej, wyłączzeń, przełączeń oraz sezonowości, a przede wszystkim wobec zachodzących procesów korozyjności nie jest stabilna i nie gwarantuje żywotności na 30 lat całego systemu rur preizolowanych. W praktyce żywotność materiałów instalacyjnych określa się na okres 20 lat. W związku z tym jeżeli pianka izolacyjna będzie miała swoją żywotność 30 letnią to z praktyki inżynierskiej wynika, że systemy preizolowane oprócz uszkodzeń mechanicznych zewnętrznych ulegają naturalnemu zużyciu i awariom w okresie eksploatacji tj. 25 lat systemów preizolowanych stosowanych w Polsce. Wynika to z faktu, że stan techniczny sieci jest bardzo różnicowany ze względu na stosowane technologie wykonania, jak i na różny okres eksploatacji.

Wymagany parametr ciągłej temp. pracy minimum + 160 stopni C jest również zawyżony w tym konkretnym przypadku, gdyż medium w magistrali dosyłowej zawiera się w temperaturach  $T_z/T_p \sim 122/61$  stopni C.

W ocenie biegłego, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, działanie polegające na wymaganii 30 letniego okresu żywotności systemu poliuretanowego przy założeniu, iż temperatura pracy ciągłej będzie wynosiła + 160 stopni C, nie da się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem wskazania konkretnego Producenta.

Ponadto, zauważyć należy, że Zamawiający powołując się na uzasadnione potrzeby poza ogólnymi pojęciami, m.in. takimi jak: za pomocą materiałów najlepszej jakości, dłuższa żywotność, bezpieczeństwo sieci, zmniejszenie awaryjności oraz kosztów naprawy, nie podał żadnego konkretnego przykładu, który pozwoliłby na stwierdzenie, że tylko i wyłącznie opisany

w przedmiocie zamówienia system rur preizolowanych zaspokaja jego obiektywne potrzeby, czy jest uzasadniony specyfiką zamówienia. Powyższe oznacza, że powoływanie się na uzasadnione potrzeby Zamawiającego, bez wskazania konkretnych przykładów (porównań), bazując jedynie na ogólnych sformułowaniach, które można odnieść do dużej gamy produktów na rynku, budzi daleko idące wątpliwości co do swej wiarygodności i jedynie w sposób pozorny uzasadnia prawidłowość dokonanych w przedmiotowej sprawie czynności.

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności stanowisko biegłego, należy powtórzyć, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. W związku z powyższym podtrzymuję stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wskazanie na konkretny produkt, tj. system rur preizolowanych LOGSTOR.

II,

Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie naruszenia nr 2, należy podkreślić, że przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający w każdym przypadku zobowiązani są do procedowania z należytą starannością i stosowania przepisów ustawy Pzp obowiązujących na dzień wszczęcia danego postępowania. Twierdzenie Zamawiającego, że „sposób kalkulacji wadium obowiązywał przez długi czas także na gruncie ustawy, a dopiero nowelizacja z dnia 4 września 2008 r. wprowadziła do niej art. 45 ust. 5a zgodnie z którym, przy obliczaniu kwoty wadium nie uwzględnia się wartości zamówień uzupełniających”, nie ma znaczenia wobec faktu, że niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 01.04.2014 r., tj. po dniu wejścia w życie ww. nowelizacji.

Zgodnie z treścią - aktualnego na dzień wszczęcia niniejszego postępowania -art. 45 ust. 5a ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 fub art, 134 ust. 6 pkt 3 i 4, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.

Z powyższego przepisu jasno wynika, że kwotę wadium określa się bez uwzględniania wartości zamówień uzupełniających. Tym samym należy uznać, iż zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie prawidłowości określenia kwoty wadium, nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie naruszenia nr 3, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp wykonawca składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Tym samym przepis jasno wskazuje, kto może być adresatem żądania przedstawienia ww. dokumentów.

Ponadto zgodnie z treścią, § 3 ust, A rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, 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 1-7 rozporządzenia. Z treści powyższego przepisu wynika, że katalog dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1 ww. rozporządzenia jest katalogiem zamkniętym i zamawiający żądając poszczególnych dokumentów nie może poza ten katalog wykraczać. Tym samym nie można się zgodzić z Zamawiającym, że żądanie przedstawienia przez wykonawców dokumentu wykraczającego poza ten katalog, tj. listy podmiotów lub informacji dotyczących grupy kapitałowej dla podmiotów trzecich, zapewniało w postępowaniu odpowiedni poziom ochrony konkurencji. Powyższy wymóg stanowi żądanie dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania i narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia.

Na marginesie należy dodać, że wobec obowiązku stosowania w przedmiotowym postępowaniu przepisów przewidzianych dla zamówień klasycznych, bezprzedmiotowym jest argument o możliwości zastosowania art. 138c ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż zastrzeżenia Zamawiającego w niniejszym zakresie, nie zasługują na uwzględnienie.

#### IV.

Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie naruszenia nr A, polegającego na zaniechaniu wykluczenia konsorcjum firm: H. oraz P. z powodu niewniesienia prawidłowego wadium, uwzględniam zastrzeżenia do niniejszego naruszenia.

#### V.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego o tym, że wymagana kwota ubezpieczenia była wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w wymogach, jakie należy spełnić przed podpisaniem umowy, należy podkreślić różnicę między etapem oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu a etapem spełniania przez wybranego wykonawcę formalności przed podpisaniem umowy. Niemniej, ze względu na fakt wskazania wymaganej kwoty ubezpieczenia w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w SIWZ, uwzględniam zastrzeżenia do naruszenia nr 5.

#### VI.

Składając zastrzeżenia do naruszenia, o którym mowa w pkt 6, zamawiający podniósł m.in., że dopuścił potwierdzenie spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, w każdy możliwy sposób. Zamawiający przytoczył zapisy pkt VI.A, 1.6 SIWZ, z których wynika, że wykonawca mógł przedstawić tylko informację banku lub spółdzielczej

kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których miał rachunek, ale jednocześnie wskazał, że zgodnie z pkt. VIA pkt 1.5. SIWZ, jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić, bowiem z pkt VI.A.i.6. SIWZ, jasno wynika, że Zamawiający w celu potwierdzenia opisanych warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu żądał m.in. przedłożenia wraz z ofertą informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, czyli dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 9) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), czyli aktu wykonawczego nieaktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Natomiast przytoczone przez zamawiającego zapisy pkt VI.A pkt 1.5. d) SIWZ, stanowią treść — aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania – art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, stanowiącego alternatywę dla wykonawcy w sytuacji gdyby z uzasadnionej przyczyny nie mógł przedstawić wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Innymi słowy, wykonawcy w pierwszej kolejności musieli przedkładać dokumenty wymienione w pkt VI.A.1.6. SIWZ, a w wyjątkowej sytuacji dokumenty, o których mowa w pkt VI.A pkt 1.5. d) SIWZ. Oznacza to, że treść pkt VI.A pkt 1.5. d) SIWZ nie zwalniała wykonawcy z obowiązku przedstawienia w pierwszej kolejności informacji banku lub SKGK-u, w którym wykonawca posiadał rachunek.

Z uwagi na powyższe, informacje zawarte w pkt VI.A. 1.6. SIWZ, stanowią naruszenie § 1 ust, 1 pkt 10) rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r., a zastrzeżenia Zamawiającego w niniejszym zakresie, nie zasługują na uwzględnienie.

## VII.

Ustosunkowując się do naruszenia, o którym mowa w pkt 7, Zamawiający wskazał m.in., że rzekomy brak weryfikacji rzeczywistego doświadczenia pana P. nie miał żadnego wpływu na dokonanie przez Zamawiającego wyboru wykonawcy w sposób zgodny z ustalonymi przez niego warunkami przetargu. Jednocześnie zamawiający dodał, że pan P. w momencie składania ofert posiadał wymagane przez Zamawiającego A -letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, co potwierdza informacja uzyskana od firmy E. w piśmie z dnia 25 stycznia 2017 r.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w Informacji o wyniku niniejszej kontroli wskazano, że naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Ponadto, należy podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań. uwzględniając wszelkie istotne informacje, w tym specyfikę zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania. Oznacza to, że bez względu na pozycję danego wykonawcy w rankingu ofert Zamawiający miał obowiązek zweryfikować wykonawców pod kątem spełniania opisanego przez siebie warunku.

Odnosząc się natomiast do treści pisma wykonawcy z dnia 25 stycznia 2017 r., zauważyć należy, iż Zamawiający w toku postępowania nie podjął żadnych czynności zmierzających do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu kadry o osobę, która posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Tym samym na obecnym etapie (tj. po zawarciu umowy, a nawet po zakończeniu realizacji inwestycji) nie można ocenić, czy wykonawca Przedsiębiorstwo S. na etapie składania ofert rzeczywiście dysponował kierownikiem budowy, który spełniałby wymagania Zamawiającego opisane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ oraz uzupełniłby dokumenty na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie. Brak jest bowiem wątpliwości, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które podlegało kontroli Prezesa UZP, wskazany wykonawca nie wykazał spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu. Podnieść należy, że to na wykonawcy - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na moment wszczęcia przedmiotowego postępowania - spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś na zamawiającego nałożony został nakaz własnej oceny spełniania tych warunków i skorzystania w tym zakresie z narzędzi, które dają mu przepisy ustawy Pzp, w tym poprzez obowiązek skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stwierdzić ponadto należy, że postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezesa Urzędu ma charakter formalny i Prezes Urzędu dokonuje oceny zgodności czynności Zamawiającego dokonywanych w konkretnych okolicznościach faktycznych, w określonym czasie z przepisami ustawy Pzp i aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie. Kontrola ta odbywa się w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w oparciu o ewentualne domniemanie określonych zachowań wykonawcy w sytuacji, gdyby Zamawiający nie dopuścił się określonego rodzaju naruszeń.

W związku z powyższym zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo S. do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem budowy, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Tym samym zastrzeżenia zamawiającego w niniejszym zakresie, nie zasługują zdaniem Prezesa UZP na uwzględnienie.

Reasumując swoje rozważania odnośnie zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes UZP stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w pkt 1 - 3 oraz 6 i 7 Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń wobec pkt 1 - 3 oraz 6 i 7 Informacji o wyniku kontroli, zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

I tak, Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP odnośnie obowiązku stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że w piśmie z dnia 24 października 2016 r. (w aktach sprawy) sam Zamawiający stwierdził, że udzielenie Zamówienia nr 2 (w którym przeprowadzono kontrolę; wydzielona część zamówienia realizowana w ramach projektu w szacunkowej wartości powyżej tzw. progów unijnych) nastąpiło „w tzw. reżimie klasycznym (stosownie do wartości wydzielonej części), ogłoszenie o nim zostało zamieszczone: w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 kwietnia 2014 r. pod nr 109356-2014r.” (strona 2 przywołanego pisma). W ogłoszeniu Zamawiający wskazał, że ogłoszenie jest obowiązkowe. Powyższe konstatacje stoją w sprzeczności z późniejszymi wywodami Zamawiającego.

Izba podziela również i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa UZP uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenia opisane w pkt 1 - 3 oraz 6 i 7 Informacji o wyniku kontroli, tj:

- naruszenie art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia (pkt 1 Informacji),
- naruszenie art. 45 ust. 4 Prawa zamówień publicznych przez określenie kwoty wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia (pkt 2 Informacji),
- naruszenie art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 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 (pkt 3 Informacji),
- naruszenie § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (pkt 6 Informacji),



- naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo S. do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem budowy (pkt 7 Informacji).

Jedynie w tym zakresie Izba rozpatrywała zastrzeżenia, bowiem Prezes UZP odpowiadając na zastrzeżenia Zamawiającego wobec stwierdzonych naruszeń, uwzględnił zastrzeżenia wobec pkt 4 i 5 Informacji o wyniku kontroli.

Izba w pełni podziela i aprobuje stwierdzenia Prezesa UZP, że naruszenia, opisane w pkt 2, 3, 6 i 7 Informacji o wyniku kontroli są uchybieniami mało istotnymi, bez wpływu na wynik postępowania.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Prezesa UZP w kwestii istotności naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia. Zdaniem Prezesa UZP uchybienie to (polegające na podaniu nazwy konkretnego produktu) mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie składu orzekającego takiego wpływu jednak przedmiotowe uchybienie nie miało.

Rzeczywiście Zamawiający wskazał konkretny produkt; dopuścił co prawda rozwiązania równoważne, ale bez opisanie parametrów równoważności (w załączniku nr 8 - Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, Pkt. 1 Przedmiot WTWiOR, „Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych systemów rur preizolowanych, które będą spełniały warunki określone w SIWZ i niniejszym dokumencie”). Powyższe bezsprzecznie jest naruszeniem bezwzględnie obowiązującego przepisu ustawy, stąd słusznie dostrzeżono uchybienie. Jednak wagę uchybienia należy badać w skonkretyzowanym stanie faktycznym – i analizując okoliczności niniejszego postępowania, w szczególności dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, Izba doszła do wniosku, że uchybienie to nie miało wpływu na wynik postępowania z następujących powodów.

Ponieważ celem przepisu art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych jest realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to przy ocenie istotnego wpływu naruszenia tegoż przepisu na wynik postępowania powinno się badać, czy zachwianie konkurencji faktycznie zaistniało.

W terminie składania ofert w postępowaniu złożono pięć ofert, we wszystkich zaoferowano skonkretyzowany produkt, opisany przez Zamawiającego w SIWZ (powyższe zauważa również Prezes UZP w toku kontroli). W ocenie Prezesa UZP okoliczność, że we wszystkich ofertach zaoferowano produkty LOGSTOR, potwierdza wadliwy opis przedmiotu zamówienia. Jednak w ocenie Izby powyższa okoliczność potwierdza jedynie, że SIWZ była jasna i jednoznaczna oraz wskazanie konkretnego produktu nie utrudniło konkurencji na tym

rynku. Skoro pięciu wykonawców niezależnie od siebie mogło zaoferować produkt oczekiwany przez Zamawiającego, nie można z tego faktu wywodzić, że doszło do zaburzenia konkurencji.

Ponadto analizując, bardzo szczegółowo, argumentację merytoryczną Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Prezes UZP (w odpowiedzi na zastrzeżenia) doszedł do wniosku, że produkt innego producenta (rury preizolowane firmy ISOPLUS) może spełniać wymagania Zamawiającego, opisane w SIWZ (a przynajmniej nie można tego wykluczyć). Prezes zauważył jednak, że „zapis dopuszczający inne systemy był w istocie iluzoryczny, ponieważ wysiłek organizacyjny i finansowy w celu spełnienia tych wymagań, czynił zaoferowanie rur innych niż LOGSTOR w praktyce nieopłacalnym. Oznacza to, że zawarte w SIWZ wymagania techniczne w połączeniu z ww. wymogami w zakresie składania określonych dokumentów przez wykonawcę oferującego inny system preizolacji, w praktyce wskazywał nadal na rury preizolowane firmy LOGSTOR”. W ocenie Izby takie stwierdzenie przesądza, że uchybienie Zamawiającego było uchybieniem czysto formalnym, ponieważ nie udało się w toku kontroli wykluczyć, że jednak możliwe było zaoferowanie produktu równoważnego. Skoro taki produkt nie został zaoferowany, trudno oceniać jego potencjalną opłacalność. Można tylko zauważyć, że często zaoferowanie produktu równoważnego, z zachowaniem parametrów oczekiwanych przez zamawiającego, wiąże się z pewnym wysiłkiem ze strony wykonawcy, który powinien on właściwie skalkulować przez przygotowanie oferty – musi poszukać na rynku odpowiedniego produktu, przeanalizować istniejący projekt i dopasować do niego nowy produkt.

Niezależnie od powyższego, skład orzekający nie podziela stwierdzeń, odnoszących się do przypisywania Zamawiającemu nadmiernych wymagań, w szczególności co do trwałości sztywnej pianki izolacyjnej przez okres 30 lat dla ciągłej temperatury pracy +160°C. W ocenie Izby wymagania Zamawiającego, dążącego do zachowania możliwie wysokiego standardu przedmiotu zamówienia, nie mogą być uznawane za nadmiernie rygorystyczne. Niemniej jednak, stwierdzone przez Prezesa UZP uchybienia, choć żadne w ocenie Izby nie miało wpływu na wynik postępowania, rzeczywiście w kontrolowanym postępowaniu wystąpiły.

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

**Przewodniczący:**

**Członkowie:**