

OGŁOSZENIE
O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Dotyczy: postępowania znak: ZP.271.39.2015 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami art. 39-46 ustawy o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 na: budowę kanalizacji deszczowej od ul. Zielonej do ul. Piastowskiej w Iławie.

Zamawiający, działając na podstawie art. 181 ust.2 oraz 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U.2013, poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” informuje, że w dniu 14.12.2015r., na skutek wniesienia informacji do zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, dokonał powtórzenia czynności badania ofert oraz unieważnił postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na budowę kanalizacji deszczowej od ul. Zielonej do ul. Piastowskiej w Iławie, na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

W dniu 30.10.2015r Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pod nazwą „Budowa kanalizacji deszczowej od ul. Zielonej do ul. Piastowskiej w Iławie”. Po otwarciu ofert Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych cen. W wyniku przedmiotowego wezwania Wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „SANBUD” Sp. z o.o., ul. Stalowa 4, 10-420 Olsztyn, który złożył ofertę nr 7 za kwotę 552.171,89 zł poinformował Zamawiającego, iż zaoferowana przez niego cena wynika m.in. z zastosowania produktów równoważnych tj. rur PP firmy PRAGMA. W dniu 11.12.2015 do zamawiającego wpłynęła informacja, o której mowa w art. 181 ust.1 ustawy Pzp, złożona przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „LUBTECH” Sp. z o.o., Fijewo 50A, 14-260 Lubawa, który złożył ofertę nr 9 opiewającą na kwotę 739.180,80 zł. Z przedmiotowej informacji wynika, iż wybrana przez Zamawiającego oferta nr 7 złożona przez firmę SANBUD Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych przez Wykonawcę rur firmy PRAGMA, jako nie odpowiadających minimalnym parametrom technicznym wskazanym przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej w zakresie zewnętrznych ścianek rury. Zamawiający dokonał analizy przedmiotowej informacji oraz załączonej do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokumentacji projektowej, opisującej przedmiot zamówienia i stwierdził, co następuje:

1. Zgodnie z art. 31 ust.1 ustawy Pzp, w przypadku zamówienia na roboty budowlane zamawiający dysponuje dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, które podają parametry techniczne i jakościowe,
2. W załączonej do dokumentacji projektowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót dalej „STWiORB”, projektant, a w wyniku jego działań Zamawiający wskazał w pkt 2.2. Rury kanałowe, wraz z informacją, że kanalizacja deszczowa ma być wykonana z rur strukturalnych niekarbowanych PEHD klasy SN8 o podwójnej ściance, z gładkimi ściankami zewnętrznymi, łączonych poprzez połączenia kielichowe na uszczelki trójwargowe lub za pomocą spawania ekstruzyjnego np. Weholite firmy Uponor / lub innego dostawcy o niegorszych parametrach. Projektant nie określił natomiast żadnych minimalnych parametrów technicznych odnoszących się do równoważności, dla innych materiałów niż wskazane przez niego w dokumentacji projektowej. Ponadto zapis odnoszący się do rodzaju ścianek zewnętrznych nie wpływa na hydraulikę przewodu, a spowodował ograniczenie konkurencji. Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Z art. 29 ust. 3 Pzp wynika, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentu lub pochodzenia jest dopuszczalne tylko wówczas gdy niemożliwe będzie opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a zamawiający wskazując w opisie przedmiotu zamówienia znak towarowy, patent lub pochodzenie wskaże opis rozwiązania równoważnego opisanemu („a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”). W przedmiotowym przypadku projektant działający na zlecenie Zamawiającego winien wskazać, minimalne parametry techniczne, które będą umożliwiały porównanie ofert na etapie ich oceny czego w dokumentacji nie uczynił.

3. Zgodnie ze stanowiskiem UZP przedstawionym w Informatorze Zamówień publicznych nr 2/2011 - **Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (www.uzp.gov.pl)** - „W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający ich wskazania, zamawiający powinien się do tego zastosować. Wynika z tego, iż zamawiający nie może używać ww. określeń w każdym przypadku, musi być w stanie wykazać, iż konieczność posłużenia się ww. określeniami spowodowana jest szczególnym rodzajem zamówienia lub niemożnością opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem obiektywnych cech jakościowych lub technicznych. Analiza dopuszczalności posłużenia się znakiem towarowym we wskazanych okolicznościach, wymaga posiadania kompleksowej wiedzy dotyczącej przedmiotu zamówienia, a zatem wykracza poza ramy ogólnej interpretacji przepisów ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter przepisu *lex specialis*, oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności posłużenia się nazwami własnymi to powinien tak postąpić”.
4. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert z rozwiązaniami równoważnymi, niewystarczające jest wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz wyrazów „lub równoważne”. W takim przypadku **opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie określone wymagania zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu równoważności**. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań w opisie rozwiązania równoważnego umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronna ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. W przypadku opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia oraz wskazania, że dopuszczone są oferty z rozwiązaniami równoważnymi, przy jednoczesnym braku wskazania precyzyjnych wymagań dotyczących rozwiązań równoważnych opisywanym (np. cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych), zamawiający nie ma podstawy do skutecznego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO 2753/11 i KIO 2760/11 z dnia 05 stycznia 2012r Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zakres opisu rozwiązania równoważnego, według którego oceniana będzie równoważność, **musi być zawarty w opisie przedmiotu zamówienia** i nie może być on precyzowany lub ujawniany dopiero na etapie badania ofert. Konieczność zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów równoważności, w sytuacji, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 887/12 z dnia 14 maja 2012r
5. W wyroku KIO 1615/12 z dnia 9 sierpnia 2012r Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła natomiast, że przepis art. 29 ust. 3 „wskazuje, że przy używaniu przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): „lub równoważny”. Literalnie, przy formalnym i legalnym badaniu postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla wypełnienia wymogów wskazanej normy prawnej wystarczające jest użycie przy opisie przedmiotu zamówienia przywołanego w tym przepisie sformułowania „lub równoważny”. W stanowisku doktryny i orzecznictwie przyjęto się wskazywać, że w tym zakresie Zamawiający powinien wskazać pewne wyznaczniki dopuszczalnej równoważności oferowanych w postępowaniu rozwiązań. Izba również podziela ten pogląd, wskazując jednocześnie, że z punktu widzenia późniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - etapu badania i oceny ofert - taki uszczegółowiony w stosunku do literalnego brzmienia wytycznej zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, opis równoważności jest wskazany w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do oceny równoważności oferowanego rozwiązania. Wątpliwości te mogą się bowiem pojawiać w tym zakresie w trakcie badania i oceny ofert co do tego, jakich elementów w opisie przedmiotu zamówienia dotyczyła równoważność i w jakim zakresie powinna ona być weryfikowana (co do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, czy też w stosunku do niektórych, czy też weryfikacja ta powinna dotyczyć zgodności z konkretnym minimalnym, czy maksymalnym parametrem, czy też w określonych zakresach). Również w wyroku KIO/UZP 254/08 z dnia 07 kwietnia 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do wykładni pojęcia „równoważności” zwróciła uwagę, że „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny, bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ”.
6. W wyroku KIO 2734/11 z dnia 05 stycznia 2012r Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że „(...) pomimo, że w ustawie nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to jednak wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 1 i 3, art. 30 ust. 4 ustawy), opisanie sposobu przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 ustawy), należy przyjąć na podstawie zarówno doktryny, jak i ugruntowanego orzecznictwa w tej materii, że zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ.”.

7. Powyższe orzecznictwo wskazuje jednoznacznie, iż zamawiający zobowiązany był określić w SIWZ minimalne parametry techniczne dla oferowanych rur, które będzie traktował jako równoważne. Zamawiający umieścił w §IV ust. 8 SIWZ informację o tym, że dopuszcza oferowanie materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do wskazanych w dokumentacji projektowej, STWiORB oraz SIWZ pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z dokumentacją projektową, STWiORB, zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji projektowej, STWiORB, oraz SIWZ oraz będą zgodne pod względem:

- 1) gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj, właściwości fizyczne oraz liczba elementów składowych),
- 2) charakteru użytkowego (tożsamość funkcji),
- 3) charakterystyki materiałowej (rodzaj i jakość materiałów),
- 4) parametrów technicznych (wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, dane hydrauliczne, charakterystyki liniowe, konstrukcje itd.),
- 5) parametrów bezpieczeństwa użytkowania,
- 6) standardów emisyjnych,
- 7) izolacyjności cieplnej,

Jednakże na etapie postępowania nie posiadał wiedzy, iż różnice odnoszące się do rur poszczególnych producentów są tak sprecyzowane, iż w jednym przypadku są spójne, w innym posiadają zupełnie inne parametry techniczne wykluczające się na wzajem. Powyższy zapis bez wskazania przez profesjonalistę, (w tym przypadku projektanta), minimalnych dodatkowych parametrów technicznych spowodował, iż na etapie badania ofert nie możliwe jest dokonanie ich oceny bez poniesienia uszczerbku przez którąkolwiek ze stron. Zamawiający dokonał ponownej analizy dokumentacji postępowania i stwierdził, że różnica w interpretacji powyższego zapisu spowodowała, iż złożone oferty są nieporównywalne i powyższe skutkowałyby odrzuceniem ofert w postępowaniu przez wykonawców, którzy złożyli oferty z rurami firmy PRAGMA. Powoduje to nierówne traktowanie wykonawców i złamanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust.1 ustawy Pzp, która stanowi fundamentalną zasadę udzielania zamówień. Wprowadzone do dokumentacji projektowej postanowienia dotyczące rur użytych do wykonania kanalizacji deszczowej oraz różnice w interpretacji przez wykonawców i zamawiającego, postanowień dotyczących równoważności materiałów, skutkowało tym, iż wykonawcy musieliby być inaczej traktowani, a złożone przez nich oferty musiałyby być odrzucone. Dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadzie nierównego traktowania wykonawców jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z obowiązującą zamawiającego, na podstawie przepisów o finansach publicznych, zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Należy również uznać, iż zamawiający działał pod wpływem błędu w zakresie świadomości opisu przedmiotu zamówienia, gdyż projektant wskazał w STWiORB, iż dopuszcza materiały równoważne, jednakże nie podał minimalnych parametrów technicznych, jakie należy przyjąć do oceny równoważności. Zamawiający był błędnie przekonany, iż podjęte przez niego starania w tym zakresie zapewniły opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający realizację potrzeb zamawiającego, jak również zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający był przekonany, iż stosując zapis §IV ust. 8 SIWZ, o którym mowa wyżej, zamówienie realizuje w sposób prawidłowy. Dopiero po otwarciu ofert i wnoszonych uwagach przez wykonawców, zamawiający powziął informację, że jego interpretacja jest błędna i prowadzi do ograniczenia równego dostępu do zamówienia. Nie może budzić wątpliwości fakt, że gdyby zamawiający wiedział o zaistniałym błędzie, sprostowałby go na etapie udzielania odpowiedzi. Jednakże żaden z wykonawców takiego działania nie podjął, i nie zadawał w powyższym zakresie zapytania, a zamawiający nie posiada środków, by poprosić wykonawców o to, by przedstawili swoje stanowisko, jak rozumieją postanowienia SIWZ. Zamawiający zobowiązany jest dążyć do realizacji zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz efektywności wydatkowania środków publicznych. Ewentualne odrzucenie z postępowania Wykonawcy, który zaoferował wykonanie zamówienia za cenę o ponad 170 tys. złotych niższą, z uwagi na różnice interpretacyjne treści SIWZ, prowadzi do złamania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Ograniczenie przez projektanta materiału do jednego producenta spowodowało, niezamierzone przez Zamawiającego ograniczenie konkurencji w postępowaniu.

8. W związku z tym, iż nie jest możliwe, w toku badania i oceny ofert dokonywanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia, w takim przypadku Zamawiający co najwyżej może rozważyć unieważnienie postępowania, tak jak to wynika z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i zostało potwierdzone w ugruntowanym orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1184/12 oraz wyrok KIO z dnia 18.04 2013r. sygn. akt KIO 532/13). Ponadto zgodnie z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 28 kwietnia 2006 r., II CA 218/06, „...wprowadzanie zmian w SIWZ dopiero po upływie terminu składania ofert stanowi rażące naruszenie Pzp i narusza warunki udziału wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne.”
9. Zamawiający poprawi przedmiotowy błąd (w dokumentacji projektowej) mający bezpośredni wpływ na wynik postępowania i ponownie je ogłosi.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt. 7) w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które

miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie prowadzonego postępowania nie ma możliwości usunięcia wadliwych postanowień specyfikacji i udzielonych Wykonawcom odpowiedzi postępowanie zostaje unieważnione. Takie stanowisko zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 26 maja 2011 r. sygn. akt I C 371/10 (LEX nr 1714131), w którym Sąd stwierdził - „(..)Każde rażące naruszenie ustawy przy wyborze ofert prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet jeśli nie wpłynęło w ogóle na wynik postępowania (np. dokonanie oceny ofert za pomocą dodatkowego kryterium niewskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dało taki sam rezultat, jak ocena ofert dokonana za pomocą kryteriów podanych w specyfikacji (...).”

Należy też w świetle powyższych wywodów zauważyć z całą mocą, że zastosowanie konstrukcji prawnej przewidzianej w art. 93 ust.1 pkt.7) ustawy Pzp ma w tym konkretnym postępowaniu swe pełne usprawiedliwienie. Pamiętać, bowiem trzeba o tym, że wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć – co już wcześniej uwypuklono – charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie w skutek wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do ust.1 art. 146 ustawy Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Powodowałoby to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem unieważnienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7) ustawy Pzp. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów np. art. 189 k.p.c., czy art. 70⁵ k.c. – czego w przypadku innych wad niż określone w art. 146 Pzp ustawa nie zabrania. Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, są przesłanką unieważnienia postępowania (dla por. np. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1733/10, LEX nr 621683).

„Dla powołania się na przesłankę nieważności, o której mowa w art. 146 ust. 6 [p.z.p.], nie jest konieczne stwierdzenie, iż dane działanie lub zaniechanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wystarczające będzie samo ustalenie, iż działanie to lub zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.” (Urząd Zamówień Publicznych, Bezskuteczność umowy zawartej z naruszeniem prawa, M.Zam.Pub. 2012/4/43-50)

W wyroku KIO 1900/12 z dnia 19 września 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, iż „zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obciążone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania. (por. KIO/849/11 z dnia 6 maja 2011).

Kierując się zatem powyższymi przesłankami należało postanowić jak na wstępie.

z up. Burmistrza
I ZASTĘPCA BURMISTRZA

Mariola Zdrojewska