

GKil.271.3.3.2016

WSZYSCY WYKONAWCY

Na podstawie art. 38 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2015 roku, poz. 2164 ze zmianami) Zamawiający udziela wyjaśnień do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie inwestycji pod nazwą: „Budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Wieczfnia-Kolonia”.

Do Zamawiającego wpłynęły pytania następującej treści:

I. Czy Zamawiający zmieni zasady równoważności, które w obecnym stanie w zakresie rozwiązań równoważnych do wymienionych w SIWZ urządzeń i technologii ma jedynie pozorny charakter ?

Prezentowane powyżej brzmienie SIWZ i STWiOR nie zapewniają równych szans wykonawcom powołującym się na rozwiązania równoważne. Dopuszczenie równoważności jest pozorne, ponieważ Zamawiający wyraźnie preferuje urządzenia i technologie jednego producenta opisane expressis Verbis w SIWZ kosztem innych rozwiązań obecnych na rynku, a zapewniających tę samą funkcjonalność.

Przykładowo, w projekcie Zamawiający umieścił dyfuzory typ BT-EMR20 produkcji BIO-TECH, natomiast zgodnie z rzeczywistością ich producentem jest firma Envikon, a typ to EMR20. Podobna sytuacja jest z zadaszeniem reaktorów przed prawdziwy typ wstawiono litery BT i opatrzone prod. BIO-TECH.

Co istotne, dodatkowym dowodem potwierdzającym pozorność dopuszczenia równoważnej technologii jest fakt, że wedle naszej najlepszej wiedzy nie ma możliwości zakupu od firmy BIO-TECH pojedynczych urządzeń, a należy zamówić całą technologię. Bezspornie utrudnia to uczciwą konkurencję i możliwość zaoferowania innego rozwiązania niż technologia BIO-TECH.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 13.02.2012 r., sygn. akt. KIO/KD 16/12 wskazano, że „Stosownie do treści art. 29 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dodatkowo też 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”. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób (wyrok KIO z dnia 16 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/423/08). Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. **Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt** (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725 oraz wyrok z dnia 18 grudnia 2003 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2098/03). Wyjątek dopuszczający odmienny - od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy - opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy: „lub równoważne”, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Co istotne, w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że **określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca**. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych

wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a ponadto sprawia, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych ma charakter jedynie pozorny. (...) nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego - wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób". To stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Przepis art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. **W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego**".

Obowiązkiem zamawiającego jest opisanie, w jaki sposób będzie oceniał taką równoważność, gdyż wiadome jest, że produkt równoważny nie będzie identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale ma posiadać pewne zbliżone do niego cechy i parametry, które winien wskazać zamawiający. **Z kolei wymaganie tożsamości i identyczności z produktem o wskazanym pochodzeniu oznaczałoby, że dopuszczenie produktu równoważnego ma charakter pozorny, a taki opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowiłoby naruszenie art. 29 ust. 3 pzp. (...)**(Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2016 r., sygn. KIO 142/16).

W okolicznościach tego postępowania opisana równoważność jest pozorna, albowiem nie ma prawnej ani faktycznej możliwości zaoferowania innej technologii i urządzeń niż te, które zostały wymienione przez Zamawiającego w SIWZ.

Obowiązek wykazania równoważności produktów spoczywa na wykonawcy oferującym takie rozwiązania, ale równoważność taka jest możliwa do udowodnienia wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający podał obiektywne, jasne i jednoznaczne kryteria równoważności produktów. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 980/09).

W związku z powyższym formułujemy pytanie, czy Zamawiający ma świadomość, że taki opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 2 i 3 w zw. art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych? Czy zamawiający zmodyfikuje zapisy SIWZ poprzez opisanie parametrów równoważności w ten sposób, że umożliwi ubieganie się o udzielenie zamówienia Wykonawcom innym niż BIO - TECH?

Obecne zasady wykazania równoważności nie wskazują jakie parametry będą uznane za równoważne parametrom opisanych urządzeń określonego producenta. Wskazano co prawda jakie cechy zamawiający będzie brał pod uwagę oceniając równoważność czyli:

- *parametry technologiczny proponowanych urządzeń lub rozwiązań równoważnych,*
- *zgodność parametrów technologicznych proponowanych urządzeń lub rozwiązań równoważnych z pozostałymi zaprojektowanymi urządzeniami lub rozwiązaniami technologicznymi oraz zaprojektowanymi instalacjami technologicznymi,*
- *gabaryty, kształty i rozwiązania konstrukcyjne proponowanych urządzeń równoważnych w stosunku do gabarytów zaprojektowanych pomieszczeń oraz przestrzeni na ich montaż w komorach zbiorników, w tym możliwość ich montażu, demontażu i podejść do czynności obsługowych i serwisowych, szerokości przejść dla pracowników obsługi, wielkości otworów drzwiowych, włączów technologicznych itp.,*
- *rozwiązania materiałowe,*
- *podejścia i połączenia z instalacjami technologicznymi,*
- *ciężar urządzeń, sprawdzenie obliczeń wytrzymałości stropów, udźwigu urządzeń do czynności obsługowych itp.,*
- *inne informacje potwierdzających równoważność proponowanego urządzenia lub rozwiązania.*

Nie podano jednak jakie wartości mają osiągać urządzenia w cechach wskazanych jako oceniane podczas badania równoważności. Oznacza to, że w każdej z tych cech urządzenie dla uznania za równoważne ma być co najmniej takie jak urządzenie

wskazane w SIWZ. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia aby np. kształty (wymienione w tiret 3 powyżej) były takie same jak urządzeń wskazywanych w SIWZ. Kształty są zastrzegane prawem własności przemysłowej i ich tożsamość jest niemożliwa. Brak wyjaśnienia, co oznacza równoważność rozwiązań materiałowych, brak podstaw by uznać, że każde drobne odchylenie wagi będzie zagrażać wytrzymałości stropów. Z taką rażącą niedbałością i preferencją określonych rozwiązań przygotowano cały opis przedmiotu zamówienia. Brak jednoznacznych i dokładnych wymogów dla rozwiązań równoważnych sprawia, że równoważność jest pozorna i nie wiadomo jak można ją osiągnąć w składanej ofercie. Brak zmiany w trym zakresie i prawidłowego opisanie parametrów do osłgnięcia w każdej cesze urządzenia równoważnego sprawi, że będziemy zmuszeni do poinformowania o fakcie naruszenia przepisów ustawy Pzp Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz złożenia wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej w tym postępowaniu. Stwierdzone naruszenia mogą skutkować dla Zamawiającego, zgodnie z art. 168 ustawy Pzp wystąpieniem przez Prezesa Urzędu o unieważnienie umowy w całości lub w części.

W dalszej kolejności takie radykalne naruszenie przepisów ustawy będzie skutkowało odpowiedzialnością kierownika zamawiającego z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jak też wszczęciem postępowania kontrolnego przez właściwy organ nadzoru finansowego tj. regionalną Izbę obrachunkową właściwą dla Gminy Wieczfnia Kościelelna.

II. Czy Zamawiający zmieni postanowienia SIWZ wskazujące , że oczekuje od Wykonawców projektu zamiennego z wrysowaniem proponowanych urządzeń równoważnych na rysunkach technologicznych wymaga innych dokumentów niż dopuszczone przez obowiązujące przepisy prawa?

Zamawiający w SIWZ sformułował zapis, zgodnie z którym wykonawca proponując urządzenia lub rozwiązania równoważne zobowiązany będzie w ramach realizacji umowy opracować projekt zamienny z podaniem typów proponowanych urządzeń lub rozwiązań równoważnych, załączeniem ich kart katalogowych oraz z wrysowaniem proponowanych urządzeń równoważnych na rysunkach technologicznych.

Zakres dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy określa Rozporządzenie 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*. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji

zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem.

Nadmierne i nieuzasadnione żądanie dokumentów od wykonawców może stanowić utrudnienie dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom. Z tego względu ustawodawca wskazuje, iż **zamawiający może żądać dokumentów i oświadczeń dla niego niezbędnych** (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp).

Z powyższych względów wymaganie od Wykonawców oferujących rozwiązania równoważne opracowania projektu zamiennego z podaniem typów proponowanych urządzeń lub rozwiązań równoważnych, załączeniem ich kart katalogowych oraz z rysowaniem proponowanych urządzeń równoważnych na rysunkach technologicznych **jest żądaniem nadmiernym i utrudniającym uczciwą konkurencję.**

Niedopuszczalne jest też różnicowanie wykonawców, poprzez żądanie od niektórych z nich dokumentów w większej liczbie niż od pozostałych. Wykonawcy, którzy złożą ofertę na rozwiązanie podstawowe (nierównoważne) są zwolnieni z obowiązku składania kart katalogowych, rysów itp. Obowiązek ten dotyczy jedynie wykonawców oferujących rozwiązania równoważne. Są więc oni dyskryminowani podwójnie. Po pierwsze – nie mają jasności czy ich oferta zostanie przyjęta (ze względu na brak opisu parametrów równoważności) po wtóre poprzez dodatkowe obowiązki formalne.

Zwracamy się z pytaniem, czy Zamawiający usunie kwestionowane postanowienia SIWZ. W przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania uprzejmie informujemy, że w celu obrony własnych praw będziemy zmuszeni do zawiadomienia odpowiednich organów nadzoru, o których mowa w pkt. I niniejszego pisma.

III. Czy Zamawiający zdaje sobie sprawę z faktu, że obciąża Wykonawców oferujących rozwiązania równoważne koniecznością przeprojektowania technologii, w sytuacji gdy Zamawiający ani Wykonawca nie dysponują prawami autorskimi do dokumentacji projektowej dotyczącej technologii oczekiwanej przez Zamawiającego?

Prawa autorskie do dokumentacji projektowej przysługują w całości jej twórcy. Firma MONTECH sp. z o.o., jak też inne firmy, nie będące firmą BIO - TECH nie dysponują prawami autorskimi do dokumentacji projektowej, zatem nie są uprawnione do tego, by jak chce Zamawiający dokonać przeprojektowania rozwiązań i technologii. Takie działanie stanowi niedozwoloną (bez licencji, bez przeniesienia prawa) ingerencję w cudzą własność. Wskazujemy, że dokonanie „przeprojektowania” stanowi nie tylko podstawę do wytoczenia powództwa o zadośćuczynienie za krzywdę z powodu naruszenia autorskiego prawa osobistego do integralności i niezmienności utworu, ale też powództwa odszkodowawczego twórcy projektu z tytułu naruszenia jego autorskich

praw majątkowych. (Inni wykonawcy bazując na cudzej własności intelektualnej mogą uzyskać zamówienie). Pozorność zastosowania rozwiązań równoważnych jest więc oczywista. Nie może na nie powołać się nikt, komu właściciel praw autorskich majątkowych nie wyrazi zgody na ingerencję w projekt.

Co więcej, zgodnie z art. 79 ust. 1 pkt 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych twórca może się domagać wydania uzyskanych korzyści. Koszt wykonawców proponujących rozwiązania równoważne musi być więc znacząco wyższy, co narusza zasady równego traktowania. Niektórzy wykonawcy nie muszą bowiem dostarczyć rozwiązań dla których niezbędne jest nabycie praw autorskich majątkowych, podczas gdy inni są do tego obowiązani. Co istotne naruszenie autorskich praw majątkowych stanowi przestępstwo, o którym mowa w art. 115 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Formułowanie przez Zamawiającego takich treści w SIWZ wskazuje, że zapewniła on korzyść podmiotowi trzeciemu do którego z przyczyn obciążających zamawiającego musi zwrócić się z propozycją nabycia praw autorskich majątkowych wykonawca. Wydaje się, że jest to rodzaj zмовы przetargowej (a być może nieświadomego działania), w którym zamawiający łącznie z jednym z potencjalnych producentów działa na niekorzyść innych podmiotów na rynku.

Zwracamy się z pytaniem, czy Zamawiający jest świadomy konsekwencji, jakie niesie ze sobą takie sformułowanie SIWZ? Czy Zamawiający zrezygnuje z prezentowanych zapisów SIWZ?

Zamawiający udziela następujących odpowiedzi :

Ad. I

Zgodnie z ustawą Pzp. obowiązek wykazania i udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy oferującym takie rozwiązania, a obowiązkiem zamawiającego jest podanie jasnych i jednoznacznych kryteriów równoważności.

Jasne i jednoznaczne kryteria równoważności zostały określone w załączniku do SIWZ nr 13 „Opis i wykaz wymaganych parametrów i materiałów równoważnych”, a w szczególności w następujących rozdziałach tego załącznika określające podstawowe i szczegółowe parametry równoważności:

1. Rozdział 1 - Parametry techniczne dla zaprojektowanego systemu technologicznego oczyszczalni - **Podstawowe Parametry Równoważności**
2. Rozdział 2 - Opis rozwiązań projektowych oczyszczania ścieków – **Szczegółowe parametry równoważności**
3. Rozdział 3 - Opis rozwiązań projektowych gospodarki osadowej – **Szczegółowe parametry równoważności**
4. Rozdział 4 - Zapotrzebowanie na media - **Szczegółowe parametry równoważności**

5. Rozdział 5 - System pomiaru i automatyki - **Szczegółowe parametry równoważności**
Dodatkowo w rozdziale 6 załącznika nr 13 przedstawiono charakterystykę przykładowego wyposażenia spełniającego podstawowe i szczegółowe parametry równoważności.
Zdaniem zamawiającego, w przytoczonym załączniku bardzo precyzyjnie podano wartości jakie mają osiągać urządzenia w cechach wskazanych jako oceniane podczas badania równoważności.

Ad. II

Zgodnie z ustawą Pzp. obowiązek wykazania i udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy oferującym takie rozwiązania. Wymagania zamawiającego zapisane w SIWZ bardzo precyzyjnie określają rodzaj koniecznych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia oceny, czy dana propozycja jest równoważna czy też wariantowa. Wymaganie przedłożenia dokumentacji zamienniej jest normalnym i naturalnym elementem w procesie budowlanym. Każdy zaproponowany zamiennik wywołuje konsekwencje w obiekcie budowlanym (inna wysokość, szerokość, dopływ, odpływ, wymagania bhp itp.). Według zamawiającego nie jest to żądanie nadmierne, a właśnie brak takich wymagań mógłby utrudniać uczciwą konkurencję ze względu na nieprecyzyjne przedstawianie propozycji równoważności.

Zamawiający oczekuje od wykonawcy udowodnienia równoważności wymaganymi dokumentami; a nie oświadczeniem woli, gdyż takie wymagania stawia ustawa Pzp.

Ad. III

Proces wykonania dokumentacji zamienniej spoczywa na każdym wykonawcy obiektu budowlanego. Jest to normalna procedura realizowana we wszystkich procesach budowlanych.

Ponadto zamawiający podkreśla że jako przepis *lex specialis*, dopuszcza możliwość opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia w przypadkach, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia lub gdy nie jest możliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych, zrozumiałych dla potencjalnych wykonawców określeń. Taka właśnie sytuacja zachodzi w przedmiotowym zamówieniu pn.: „*Budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Wieczfnia-Kolonia*”.

Zamawiający stosuje art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. wprowadzający możliwość dopuszczenia składania ofert równoważnych wyjątkowo. Zamawiający określił w niezbędnym dla danego przedmiotu zamówienia zakresie jakie konkretne rozwiązania czy materiały będzie uważał za równoważne, jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ ta wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. Kryteria równoważności produktów określone zostały poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia lub jego elementy do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełnił on wymagania SIWZ.

Z poważaniem

WŁOST
mgr Jan Warecki