

Odpowiedzi na pytania dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ

Do wszystkich uczestników postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „Termomodernizację budynków zaplecza sportowego przy ulicy Hallera 37A w Imielinie.” Część nr 2 – Roboty instalacyjne związane z systemem centralnego ogrzewania. Nr sprawy: GK.271.23.2020

W dniu 24.08.2020 roku do Zamawiającego wpłynęło pismo o następującej treści, cyt.:

Ja, niżej podpisany,, reprezentując jednoosobowo w oparciu art. 181 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (dalej: upzp) składam informację o niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności lub zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, które to czynności w mojej ocenie:

1. prowadzą do uprzywilejowania niektórych produktów lub producentów w zakresie wymagań przedstawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz),
2. utrudniają uczciwą konkurencję poprzez brak realnej możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych,
3. czynią opis przedmiotu zamówienia lakonicznym, niejednoznacznym, niewyczerpującym, naruszającym obowiązujące przepisy prawa.

W pierwszej kolejności wskazuję, iż zgodnie z art. 29 upzp:

✓ ust 2: Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

✓ ust 3: Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, 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”.

W siwz Zamawiający w rozdziale III pkt 1 zawarł następujący zapis:

„W odniesieniu do wymiany istniejącego źródła ciepła należy przyjąć, że zaoferowane kotły winny posiadać parametry kotłów równoważnych dla przykładowych tzn. Grzanie Cwu: Vaillant VC 356/5-5 Ogrzewanie: Vaillant VC 206/5-5, Vaillant VU 466/4-5”

Możliwość opisanego przedmiotu zamówienia przy użyciu znaków towarowych reguluje art. 29 ust. 3. Ustawodawca wymienia trzy przesłanki konieczne do spełnienia aby Zamawiający mógł tak opisać przedmiot zamówienia:

- ✓ jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,
- ✓ zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń,
- ✓ wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą dwie pierwsze przesłanki.

W pkt 5 przytoczonego wyżej rozdziału III siwz Zamawiający zawarł zapis: „Jeżeli w dokumentacji przetargowej pojawią się ewentualne wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to określają one minimalny standard jakości materiałów lub urządzeń do wyceny. Wykonawca w takim przypadku może zaoferować materiały równoważne lub lepsze. Wskazanie równoważności zaoferowanego materiału spoczywa na Wykonawcy”

Nie jest wystarczające wskazanie nazwy własnej danego urządzenia czy produktu z lakonicznym stwierdzeniem o możliwości zaoferowania materiałów równoważnych lub lepszych od produktu referencyjnego. W takim przypadku Zamawiający zobowiązany jest do podania precyzyjnych kryteriów równoważności. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dla rzeczywistego dopuszczenia równoważności ofert nie jest wystarczające podanie ogólnego wskazania równoważności. Konieczne jest zatem użycie sformułowań uściślających wymagania poprzez podanie wymogów i parametrów równoważności. Zamawiający jest zobowiązany do podania

kluczowych parametrów równoważności, które będzie oceniał podczas badania oferty równoważnej. Podanie warunków brzegowych dla parametrów równoważności na zasadzie „od - do” wydaje się kluczowe, pożądane i konieczne. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) w wyrokach KIO/UZP 739/09, KIO/UZP 984/09; KIO/UZP 585/09; KIO/UZP 733/09; KIO/UZP 980/09; KIO 1122/10; KIO 545/11; KIO 516/13; itd.

Tak ogólny zapis siwz przy wymaganiu spełnienia tego samego poziomu technologiczno wydajnościowego podważa de facto sens równoważności.

Wymogi co do równoważności produktów powinny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak, aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy, przystępujący do udziału w postępowaniu mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala bowiem prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania materiałów równoważnych i wskazał zasadę uznania za równoważne, innych niż wyspecyfikowanych w dokumentacji projektowej urzędzeń, to miał obowiązek w opisie przedmiotu zamówienia wskazać również sposób sprawdzenia tej równoważności w zakresie określenia dla innych materiałów, czy urzędzeń precyzyjnych wymagań dotyczących rozwiązań równoważnych. Pogląd powyższy ugruntował się również w stanowisku doktryny i orzecznictwie (zob. wyroki KIO 2734/11, KIO 2760/11, KIO 887/12, KIO 1615/12). (Józef Edmund Nowicki – www.blogprzetargi.pl)

Wymóg, aby produkt równoważny zapewniał uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych wszystkie podane cechy dla produktu referencyjnego, de facto podważa sens równoważności. Należy podkreślić, równoważny nie oznacza to samo, a tyle samo. Czyli pozwala osiągnąć zamierzony cel inwestycyjny przy umożliwieniu zaoferowania maksymalnej ilości produktów dostępnych w obrocie handlowym.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że w przypadku gdy Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, to jest zobowiązany opisać w SIWZ parametry (przedział parametrów), których spełnienie spowoduje, że rozwiązanie równoważne zostanie uznane (tzw. „parametry równoważności”). W przeciwnym wypadku bowiem wykonawcy nie będą wiedzieć, które parametry rozwiązania referencyjnego są uznawane przez Zamawiającego za istotne, a które nie. A w konsekwencji wykonawca będzie musiał tak naprawdę zaoferować tylko i wyłącznie rozwiązanie referencyjne. Tytułem przykładu wskazuję wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2019 r. wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO 2638/18: „*Rozwiązanie równoważne nie musi być rozwiązaniem identycznym z rozwiązaniem referencyjnym. Dostrzec należy, że co do zasady urządzenia referencyjne składają się z całego konglomeratu cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Konieczność aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne były równe lub lepsze jest niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym. Nawet bowiem urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty. Ponadto taki zapis zastrzega dla zamawiającego możliwość dowolnej oceny ofert, gdyż dopiero w trakcie ich badania wykonawcy mogą dowiedzieć się, które de facto parametry techniczne są dla zamawiającego istotne, a które nie. W takich przypadkach jak opisane powyżej, zamawiający ma obowiązek opisać w SIWZ parametry (przedział parametrów), których spełnienie spowoduje, że rozwiązanie równoważne zostanie uznane (tzw. „parametry równoważności”). Zamawiający, dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia.*”

Ponadto zwracam uwagę, że Zamawiający powinien już wraz z ofertą wymagać od wykonawców przedstawienia deklaracji lub dokumentów wykazujących równoważność zaoferowanych rozwiązań (odnosząc się do szczegółowo określonych przez Zamawiającego parametrów równoważności). Tylko w ten sposób Zamawiający będzie mógł zweryfikować, czy zaoferowane przez wykonawców rozwiązania równoważne faktycznie spełniają kryteria równoważności.

Dodatkowo zaznaczam, iż referencyjny kocioł VU 466/4-5 wymieniony w siwz został wycofany z produkcji, obecnie jest on zastąpiony kotłem o symbolu VU 486/5-5.

W drugiej kolejności wskazuję, iż zgodnie z art. 29 upzp:

- ✓ ust 1: *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.*

W siwz Zamawiający w rozdziale III pkt 1 zawarł następujący zapis:

„Zamawiający informuje również, że Wykonawca powinien w kosztorysie ofertowym ująć wszystkie roboty, które wynikają z projektu oraz inne, które zdaniem Wykonawcy mają wpływ na cenę, a nie zostały ujęte w projekcie i przedmiarze”

oraz dodatkowo w wyżej wymienionym rozdziale w pkt 2 *„Wykonawca powinien w kosztorysie ofertowym ująć wszystkie roboty, które wynikają z projektu oraz inne, które zdaniem Wykonawcy mają wpływ na cenę, a nie zostały ujęte w projekcie, przedmiarach i audytach energetycznych.”*

Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony zrzuca odpowiedzialność za opis przedmiotu zamówienia na potencjalnych Wykonawców. Ciężar wyczerpującego i pełnego opisanie przedmiotu zamówienia spoczywa na Zamawiającym, wynika to wprost z treści przytoczonego powyżej przepisu upzp. Zasada ta odnosi się również do dostarczonej dokumentacji projektowej (KIO 2649/11). Wykonawcy nie mają żadnego obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji do sporządzenia oferty, zauważam, że cenę należy skalkulować zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny. Ewentualne sankcje ze strony Zamawiającego w aspekcie braku sprawdzenia dokumentacji przed złożeniem oferty pozostają w sprzeczności z art. 651 Kodeksu Cywilnego. Nadmieniam również, iż sprawdzenie dokumentacji technicznej jest obowiązkiem Projektanta zgodnie z art. 20 ust. 2 Ustawy Prawo Budowlane (dalej: pb) Każdy z wykonawców inaczej skalkuluje ryzyko w tym zakresie. W związku z powyższym kalkulacje wykonawców będą mieć charakter wyłącznie spekulacyjny. W konsekwencji oferty złożone przez poszczególnych wykonawców nie będą do siebie porównywalne. Należy w tym miejscu przytoczyć wyrok KIO z dnia 21 lutego 2019 r. wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO 168/19, w którym Izba wskazała, że *„Trudno mówić o prawidłowym dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, kiedy istnieje znaczące ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, którego nie wyeliminowała zmiana treści SIWZ dokonana przez Zamawiającego.”* Tytułem kolejnego przykładu wskazuję wyrok z dnia 8 października 2018 r., wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO 1878/18: *„Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.”*

Jednocześnie podkreślam, iż dokumentacja projektowa winna spełniać wymogi Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w związku z art 31 ust. 4 upzp. Załączona dokumentacja techniczna odnosi się tylko do technologii ocieplenia ścian budynków metodą BSO. Robotom instalacyjnym poświęcono tylko krótki opis w punkcie 3.4 opisu technicznego projektu budowlanego. Zgodnie z rozporządzeniem wskazanym powyżej Zamawiający jest zobligowany do opracowania szeregu dokumentów dla przeprowadzenia postępowanie o zamówienie publiczne dla robót budowlanych. Dokumenty te zostały wymienione enumeratywnie w Rozdziale nr 2 §2 rozporządzenia:

Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5;
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6;
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z:

- 1) planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania;
- 2) przedmiaru robót, w zakresie o którym mowa w § 6;
- 3) projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

Wobec powyższego wnoszę o:

- ✓ zmianę opisu wymagań dla kotłowni, na taki, który umożliwi zaoferowanie urządzeń innych niż firmy Vaillant. Podanie warunków brzegowych dla parametrów równoważności oraz samych parametrów równoważności celem umożliwienia złożenia oferty równoważnej,

- ✓ konieczności podania przez Oferenta konkretnego typu urządzenia na etapie składania oferty, w formularzu ofertowym, wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie parametrów równoważności, tak aby Zamawiający w sposób realny mógł ocenić jego równoważność i zgodność z wymogami siwz (KIO 1292/11) na etapie badania ofert, a nie po rozstrzygnięciu postępowania,
- ✓ zmianę opisu przedmiotu zamówienia na zgodny z normą prawną upzp – art 29. ust 1. i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

W wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2011 r. (KIO 2727/10) Izba wskazała, iż nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 7 ust. 1 zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

Podkreślam również, iż informacja w trybie art. 181 ust 1 nie zamyka zbioru środków ochrony prawnej Wykonawcy, zgodnie bowiem z art. 180 ust. 2 Wykonawcy przysługuje odwołanie od opisu przedmiotu zamówienia do Krajowej Izby Odwoławczej. Dlatego też wnoszę o udzielenie odpowiedzi na pismo do godziny: 12:00 dnia 25 sierpnia 2020 roku, jednocześnie informuję Zamawiającego, iż w przypadku braku odpowiedzi we wskazanym terminie Wykonawca złoży odwołanie do Prezesa KIO podnosząc w nim zarzuty przedstawione w niniejszym piśmie.

Odpowiedź:

Informujemy, że wskazane w SIWZ kotły określają minimalne parametry techniczne, które zostały dobrane na etapie projektowym. Specyfika przedmiotu zamówienia polegająca na tym, iż jest to istniejący obiekt z istniejącym czynnym układem instalacji centralnego ogrzewania, który wymusił dobór kotłów grzewczych o określonych parametrach. Ich praca w tzw. układzie kaskadowym również miała wpływ na określenie minimalnych parametrów. W związku z powyższym kotły te zostały podane jako przykładowe, podkreśla się przykładowe, które spełniają wymogi istniejącej instalacji CO. W załączeniu (załącznik do formularza ofertowego) przedstawiono w ujęciu tabelarycznym minimalne istotne parametry techniczne urządzeń, które muszą spełniać wszystkie oferowane przez Wykonawców urządzenia. Wszystkie oferty w których zaoferowane urządzenia spełniać będą określone w tabeli parametry minimalne będą poddane ocenie. Każdy z Wykonawców składający ofertę na rzeczzone zadanie winien załączyć do swojej oferty to zestawienie, które stanowi jednocześnie oświadczenie, iż proponowane w cenie ofertowej urządzenia spełniają parametry minimalne, z jednoczesnym zaznaczeniem, że urządzenia te nie mogą być dobrane na tzw. wyrost, z czym doświadczony Wykonawca, którego oczekuje Zamawiający po starannym zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia tj. dostarczoną dokumentacją projektową, charakterystyką energetyczną obiektów nie powinien mieć problemów. Tu zaznacza się, iż praktyka dopuszcza, a Zamawiający nawet zaleca w celu zapoznania się z przedmiotem zamówienia, doboru i zaoferowania w cenie ofertowej przez Wykonawcę odpowiedniego urządzenia, na dokonanie wizji lokalnej w obiektach poddawanych termomodernizacji z istniejącym czynnym układem instalacji centralnego ogrzewania. Należy też podkreślić, iż wskazanymi minimalnymi parametrami charakteryzują się i dostępne są na rynku nie tylko urządzenia wskazane przez Zamawiającego jako przykładowe. Zamawiający ma też świadomość i oczekuje tej świadomości od wykonawców, że nie każde urządzenie, wszystkich dostępnych na rynku marek, będzie spełniało wymogi, które jak wspomniano wynikają ze specyfiki przedmiotu niniejszego zamówienia.

W związku z tym informuje się jednocześnie, iż wycenie podlegają wszystkie elementy, które zdaniem Wykonawcy są konieczne i niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Jak już informowano cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową i nie może ulec zmianie, musi więc obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające z dokumentacji projektowej, jak również inne nie wynikające bezpośrednio z dokumentacji projektowej, a niezbędne do realizacji zadania tzn.: koszt wszelkich robót przygotowawczych, demontażowych i zagospodarowania placu budowy, itp. Wykonawca ma wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową oraz zgodnie z dostępną wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Zamawiający ma prawo oczekiwać, iż oferty będą składać Wykonawcy z odpowiednią wiedzą techniczną i doświadczeniem w danym zakresie. Ze względu na zaproponowane wynagrodzenie ryczałtowe każdy potencjalny Wykonawca ma obowiązek dochowania wszelkiej staranności i poczynienia wszelkich możliwych czynności w celu zapoznania się z przedmiotem zamówienia w celu przygotowania rzetelnej oferty. W przypadku stwierdzenia na etapie przygotowywania oferty przez doświadczonego Wykonawcę, w oparciu o posiadaną przez wiedzę i doświadczenie, rozbieżności w przedmiocie zamówienia, a faktycznym zakresem niezbędnym do prawidłowego wykonania zadania lub wynikających z błędów lub braków w dokumentacji projektowej, mających istotny wpływ na cenę oferty, Wykonawca powinien pisemnie zawiadomić o tym Zamawiającego przed terminem złożenia ofert. Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania (upublicznienia informacji) pozostałych Wykonawców o zmianie zakresu. Pozwoli to na wyrównanie szans pozostałych wykonawców o ubiegania się o niniejsze zamówienie.

Ze względu na powyższe Zamawiający pozostaje przy stanowisku, że w oparciu o art. 29 ust. 3. ustawy PZP użycie nazw własnych do urządzeń jako przykładowych pod względem parametrów technicznych i niewiążących co do marki wykonawców, jest uzasadnione, gdyż wynikało to ze specyfiki przedmiotu zamówienia, i dawało możliwości, w sytuacji istniejącego czynnego układu instalacji centralnego ogrzewania, parametrów i układu budynku, najprecyzyjniejszego opisanie przedmiotu zamówienia, używając doń określeń i danych technicznych poprzez wskazanie przykładowych. Opisowi towarzyszą również wyrazy „lub równoważny”.

Informuje się też, iż w związku z udzielonymi niniejszymi wyjaśnieniami w terminie późniejszym zostaną dokonane zmiany formalne w treści SIWZ (informacja o zmianie treści SIWZ) poprzez dodanie załącznika – zestawienia tabelarycznego parametrów technicznych poddanych ocenie proponowanych przez wykonawców urządzeń. Nie złożenie z ofertą załącznika do formularza ofertowego jw. uznane zostanie, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ i zostanie odrzucona na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Wszystkie informacje i zmiany są upublicznione na stronie BIP Urzędu Miasta Imielin zgodnie z przyjętymi zasadami. Wszyscy Wykonawcy mają więc możliwość przygotowania oferty na równorzędnych warunkach, na przedmiot zgodny z potrzebami Zamawiającego. Mają też pełną świadomość stanu faktycznego, specyfiki przedmiotu zamówienia, uwarunkowanej różnymi czynnikami, których zmiana może spowodować powstanie dodatkowych kosztów dla Zamawiającego, niewspółmiernych do wartości przedmiotu zamówienia.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

INSPEKTOR

mgr inż. Mariusz Gawel