



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Łódzkie

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Wieruszów, dnia 9 stycznia 2012 r.

**Urząd Marszałkowski w Łodzi
Departament ds. Regionalnego
Programu Operacyjnego
90-051 Łódź, ul. Piłsudskiego 8**

**Jednostka kontrolowana: Gmina Wieruszów
98-400 Wieruszów, ul. Rynek 1-7
reprezentowana przez Burmistrza Wieruszowa
Bogdana Nawrockiego**

Nr spr. RPIV.44.103.2011.SJ

Urząd Marszałkowski w Łodzi
Departament ds. Regionalnego
Programu Operacyjnego

Data wpływu: 10. 01. 2012

Ilość załączników:

Ilość przysługujących: ACZ

ZASTRZEŻENIA

JEDNOSTKI KONTROLOWANEJ

CO DO USTALEŃ INFORMACJI POKONTROLNEJ

W imieniu jednostki kontrolowanej tj. Gminy Wieruszów zgłaszam niniejszym zastrzeżenia do treści informacji pokontrolnej z dnia 6 grudnia 2011 r., nr spr. RPIV.44.103.2011.SJ opracowanej przez zespół kontrolny Departamentu ds. Regionalnego Programu Operacyjnego Urzędu Marszałkowskiego w Łodzi o następującej treści:

I. W zakresie zarzutów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Wieruszowie”

I.1. Zarzut naruszenia art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Pzp”) Specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. **Oznacza to, że udostępnienie SIWZ na stronie internetowej Urzędu powinno nastąpić nie wcześniej niż po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.**

Ogłoszenie o zamówieniu na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową i rozbudową oczyszczalni ścieków w Wieruszowie” zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2008 r., jednakże z uwagi na rozkład godzin pracy pracowników Urzędu Miejskiego w Wieruszowie w tym dniu stwierdzenie powyższego faktu było możliwe dopiero w dniu następnym tj. w dniu 2 grudnia 2008 r. i w tym dniu zamieszczono SIWZ na stronie internetowej Urzędu.

Zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej Urzędu Miejskiego w Wieruszowie nastąpiło zatem w pierwszym możliwym terminie po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Abstrahując od powyższego, gdyby nawet przyjąć, iż że udostępnienie SIWZ na stronie internetowej powinno nastąpić w tym samym dniu, w którym ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych, to należy stwierdzić, iż ustawodawca nie określił szczegółowej sankcji niedochowania przez zamawiającego początkowego terminu udostępniania SIWZ.

Nadto należy podkreślić, iż w okolicznościach przedmiotowego zamówienia żaden z Wykonawców w skutek zamieszczenia przez Zamawiającego SIWZ na stronie internetowej Urzędu Miejskiego w Wieruszowie w dniu 2 grudnia 2008 r., nie został pozbawiony możliwości uczestniczenia w postępowaniu, ani nie stworzono przez to nierównych szans właściwego przygotowania oferty, w szczególności żaden z Wykonawców uczestniczących w postępowaniu takowego zarzutu nie podniósł w trakcie postępowania.

I.2. Zarzut naruszenia art. 42 ust. 6 pkt. 2 Pzp

Zgodnie z art. 40 ust. 6 pkt. 2 Pzp ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób, nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W świetle dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Wieruszowie” w ogłoszeniu o zamówieniu przekazanym do Biuletynu Zamówień Publicznych oraz w SIWZ nie było informacji na temat zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a taka informacja znalazła się na stronie internetowej Urzędu Miejskiego w Wieruszowie oraz na tablicy ogłoszeń tegoż Urzędu.

Powyższa rozbieżność wynika z faktu oczywistej omyłki w informacji zamieszczonej na stronie internetowej oraz na tablicy ogłoszeń Urzędu Miejskiego w Wieruszowie. Za wiążące w tym zakresie należy uznać postanowienia SIWZ, które nie zawierały informacji w przedmiocie zabezpieczenia wykonania umowy – z uwagi na istotę tego zamówienia ustanowienie zabezpieczenia wykonania umowy nie było konieczne.

Omyłkowe zamieszczenie na stronie internetowej oraz na tablicy ogłoszeń Urzędu informacji dotyczącej wymogu wskazania zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie wpłynęło w żaden sposób na postępowanie przetargowe, ani też na jego wynik. Wykonawcy składając ofertę poprzez wypełnienie formularza ofertowego złożyli jednocześnie oświadczenie, że zapoznali się z treścią SIWZ i nie wnoszą żadnych zastrzeżeń, stąd należy uznać, iż składając oferty Wykonawcy kierowali się postanowieniami SIWZ. Ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nie zawierało informacji o obowiązku wskazania zabezpieczenia wykonania umowy, zawierało jednak informację gdzie znajduje się SIWZ. Skoro nie wpłynęło żadne zapytanie, ani żaden protest w tej sprawie, tym samym należy uznać, iż Wykonawcy otwierając stronę Biuletynu Zamówień Publicznych z powyższym ogłoszeniem byli nakierowani tylko i wyłącznie na „ściągnięcie” SIWZ i załączników do niej, a ogłoszenie zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego uznali za tożsame z ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych. Omyłkowe zamieszczenie na stronie internetowej oraz na tablicy ogłoszeń Urzędu informacji dotyczącej wymogu wskazania zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie wpłynęło zatem negatywnie na sytuację żadnego z Wykonawców.

1.3. Zarzut żądania przez Zamawiającego złożenia przez oferenta oświadczenia zamiast zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne na okoliczność, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 Pzp

Zarzut kontrujących w powyższym zakresie jest nieuzasadniony. Uzasadniając powyższe podnoszę co następuje:

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, jeżeli zaś wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, to Zamawiający stosownie do postanowień art. 26 ust. 2 Pzp może (lecz nie musi) żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W przypadku zamówienia na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową i rozbudową oczyszczalni ścieków w Wieruszowie” mieliśmy do czynienia z wartością zamówienia mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (196.143,10 euro), w związku z czym Zamawiający nie miał obowiązku, stosownie do art. 26 ust. 2 Pzp żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający nie miał takiego obowiązku, to nie miał również obowiązku spełniania wymogów dotyczących formy żądanych dokumentów, wynikających z (obowiązującego wówczas) rozporządzenie Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.). Stosownie zaś do art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie **oświadczeń lub dokumentów** niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie m. in. warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Skoro wartość zamówienia na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową i rozbudową oczyszczalni ścieków w Wieruszowie” była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Zamawiający według swego wyboru, stosownie do art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 2 Pzp, mógł żądać (choć nie musiał) oświadczeń lub dokumentów (np. zaświadczeń) na okoliczność, iż Wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 Pzp, w szczególności w zakresie niezalegania z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne. Tym samym żądanie Zamawiającego w powyższym zakresie należy traktować jako element oświadczenia o spełnieniu warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 3 Pzp, bez konieczności przedkładania przez Wykonawców stosownych zaświadczeń.

I.4. Zarzut żądania przez Zamawiającego udokumentowania przez oferenta wykonania co najmniej jednego zadania porównywalnego w okresie ostatnich 5 lat zamiast żądania udokumentowania takiego doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat

W świetle dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Wieruszowie” w SIWZ zaistniała rozbieżność pomiędzy specyfikacją, a załącznikiem do SIWZ (formularzem ofertowym) w zakresie wymogu udokumentowania przez Wykonawcę doświadczenia w wykonywaniu zadania porównywalnego na które Wykonawca składał ofertę. W treści specyfikacji wskazano, iż Wykonawca winien udokumentować wykonanie przez każdego z inspektorów w ciągu ostatnich 5 lat co najmniej po jednym zadaniu porównywalnym, zaś w wyżej wymienionym załączniku do SIWZ, udokumentowanie takiego doświadczenia miało dotyczyć ostatnich 3 lat.

Powyższa rozbieżność jest efektem oczywistej omyłki pisarskiej w treści Specyfikacji – w praktyce Wykonawcy kierowali się zgodną z prawem zamówień publicznych treścią załącznika do SIWZ, który jako formularz ofertowy winien być przez nich wypełniony, a praktyka ta, jako właściwa, była przez Zamawiającego uznana za słuszną. **Fakt zaistnienia oczywistej omyłki, o której mowa wyżej nie wpłynął w żaden sposób na postępowanie przetargowe, ani też na jego wynik. Nie wpłynęło żadne zapytanie, ani żaden protest w tej sprawie. Wszystkie oferty złożone w postępowaniu spełniały warunki udziału w nim i żaden Wykonawca nie został z niego**

wykluczony – każdy z Wykonawców, którzy złożyli ofertę, wykazał się bowiem wymaganym doświadczeniem w ciągu ostatnich 3 lat przed jej złożeniem.

II. W zakresie zarzutów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia na „Przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Wieruszowie”

II.1. Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp

Stosownie do art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Kontrolujący zarzucili, iż Zamawiający naruszył wyżej cytowany przepis poprzez żądanie SIWZ (z dnia 19 grudnia 2008 r.) w pkt. VI.A.11 wykazu posiadanego przez Wykonawcę sprzętu, nie stawiając przy tym konkretnego warunku udziału w postępowaniu.

Powyższy zarzut jest nieuzasadniony.

Wykaz posiadanego sprzętu był dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, gdyż tylko Wykonawca posiadający stosowny park maszynowy dawał rękojmię należytego wykonania tak poważnego i skomplikowanego zamówienia jakim była przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Wieruszowie.

Zamawiający świadomie nie postawił konkretnego warunku wprost, gdyż każdy z Wykonawców miał możliwość zastosowania dowolnej technologii (zważywszy na możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych), a tym samym możliwość wykorzystania różnego rodzaju sprzętu w zależności od wybranej przez Wykonawcę technologii – **Zamawiającemu nie chodziło o wykaz jakichkolwiek urządzeń, ale wykaz urządzeń, które miały być zastosowane przy obranej przez Wykonawcę technologii („Wykaz zastosowanych urządzeń”).**

W świetle powyższego żądanie od Wykonawców wykazu zastosowanych urządzeń było konieczne i uzasadnione.

II.2. Zarzut dotyczący odniesienia się w treści ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 15 stycznia 2009 r. do pierwotnego terminu składania ofert, który wcześniej uległ zmianie.

W treści ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 15 stycznia 2009 r. w pkt. II. 1 odniesiono się omyłkowo do pierwotnego terminu składania ofert tj. do terminu 15 stycznia 2009 r., choć wcześniej

termin ten został zmieniony na dzień 22 stycznia 2009 r. (w drodze ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 22 grudnia 2010 r.).

Zmiana ogłoszenia z dnia 15 stycznia 2009 r. polegała jednakże na kolejnym przesunięciu terminu składania ofert (do dnia 4 lutego 2009 r.). Tym samym powyższa omyłka nie wpłynęła w żaden sposób na tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności na wyłonienie wykonawcy

II.3. Zarzut rzekomego naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp poprzez wskazanie w załączniku nr 11 do SIWZ: „Tabela zaprojektowanych urządzeń na zadanie Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Wieruszów” producentów poszczególnych urządzeń wchodzących w skład budowanej oczyszczalni ścieków.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane. Podanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nazw producentów jest konsekwencją postanowień art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, który obliguje Zamawiającego do opisu przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Mając na uwadze powyższą normę Zamawiający dołączył do SIWZ wykaz zaprojektowanych urządzeń dla przedmiotowego zadania. W celu zachowania zasad uczciwej konkurencji, oraz z uwagi na fakt podania nazw producentów niektórych urządzeń, zamawiający wskazał jednocześnie we wspomnianym wyżej wykazie, że dopuszcza zastosowanie urządzeń równoważnych czym wypełnił przesłanki zawarte w art. 29 ust. 3 pzp. W powyższym zestawieniu, zamawiający informuje potencjalnych wykonawców o tym, że zastosowane urządzenia równoważne będą przedmiotem oceny, dokonanej przez komisje przetargową na etapie oceny ofert. Taka ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego w sposób nader szczegółowy. Ocena ta polegała na porównaniu parametrów zaproponowanych przez Wykonawców urządzeń równoważnych, z parametrami urządzeń producentów zamieszczonych w SIWZ. Celem tej oceny było sprawdzenie, czy urządzenia równoważne zaproponowane przez Wykonawcę spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Punktem odniesienia w powyższej ocenie były parametry urządzeń podanych przez Zamawiającego producentów – jako parametry minimalne, o czym informuje Zamawiający potencjalnych Wykonawców w punkcie III. SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia-pkt 3. ppkt 10 przedmiotowego opisu zamówienia stanowi: „Wszystkie nazwy własne urządzeń i materiałów użyte w dokumentacji przetargowej są podane przykładowo i określają jedynie minimalne, oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard”. Tak więc zamawiający w SIWZ dopuszczał rozwiązania równoważne, a także określił, co uważa za rozwiązania równoważne. Tak przyjęty sposób opisu przedmiotu zamówienia wynikał ze złożoności oraz specyfiki przedmiotu zamówienia, a podane

nazwy producentów nie zawężyły kręgu Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia - były przykładowe, a nie konieczne do zastosowania.

Spośród dziewięciu złożonych ofert, trzy nie zawierały równoważników. W jednym przypadku Wykonawca w złożonym wyjaśnieniu potwierdził, iż zastosuje wszystkie urządzenia zgodnie z dokumentacją projektową. Wykonawca ten w złożonej ofercie – zał. Nr 11 zatytułowanym „Tabela zaprojektowanych urządzeń” dla urządzenia „Suszarnia osadów” nie podał pełnej nazwy producenta, pomijając jego drugi człon tj. „Pro-Met Koźmin Wlkp”.

W następnych dwóch ofertach Wykonawcy w przypadku „Reaktora biologicznego” (poz. Nr 1 w/w zał.) oraz „Suszarni osadów” (poz. Nr 5 w/w zał) podali nazwy własnych firm, w kolumnie „Urządzenia zastosowane przez oferenta”. Na wezwanie Zamawiającego do wykazania, że oferowane urządzenia są równoważne do zaprojektowanych i spełniają wymagania określone przez Zamawiającego oświadczyli, że przedmiotowe urządzenia wykonają we własnym zakresie z zachowaniem wszelkich norm i wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz że urządzenia te będą cechowały parametry niegorsze od parametrów urządzeń producentów ujętych w projekcie technicznym.

W pozostałych trzech ofertach zaproponowano urządzenia innych producentów. W związku z powyższym Zamawiający wezwał tych Wykonawców (zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 oraz art.87 ust. 1 ustawy Pzp.) do wykazania, że oferowane urządzenia są równoważne do zaprojektowanych i spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Jak wynika ze złożonych wyjaśnień, a raczej uszczegółowienia opisów proponowanych do zastosowania urządzeń o ich parametry, urządzenia te cechują parametry niegorsze od parametrów urządzeń producentów ujętych w projekcie technicznym, a tym samym spełniają minimalne wymagania określone przez zamawiającego. W takim przypadku urządzenia te słusznie uznano za równoważne.

W trakcie weryfikacji urządzeń równoważnych do zaprojektowanych posiłkowano się wiedzą autora projektu przedmiotowego zadania, który brał udział w postępowaniu przetargowym, w części dotyczącej oceny ofert. W załączeniu kopia oświadczenia projektanta złożonego na druku ZP -11, jako osoby innej wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający mógł przeprowadzić ocenę ofert pod kątem równoważności zaproponowanych rozwiązań, ponieważ jak wspomniano wyżej określił odniesienie swojej oceny - parametry minimalne równoważników, co pozwoliło uznać oferowany produkt za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny, bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ. Takie rozumienie problemu jest zgodne ze stanowiskiem UZP, który uznał, iż „Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wyrób za równoważny bądź nie ...” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008). Na uwagę zasługuje tutaj data publikacji owego dokumentu, tj. 2008r. – czyli rok w którym rozpoczęto postępowanie przetargowe.

W trakcie weryfikacji ofert Zamawiający zwracał się do Wykonawców, którzy zaproponowali inne urządzenia niż określone przez Zamawiającego o doprecyzowanie informacji, a mianowicie o wskazanie że oferowane urządzenia są równoważne w stosunku do zaprojektowanych i spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zastosowanie procedur zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 oraz art.87 ust. 1 ustawy Pzp zostało uznane przez Zespół kontrolujący za zasadne (pkt 19 Informacji z przeprowadzonych czynności sprawdzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 24.02.2009r.).

Wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia poprzez uszczegółowienie zapisów w złożonej ofercie, w części dotyczącej zał. Nr 11 do SIWZ.

Przyjęty przez Zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia okazał się zrozumiałym dla potencjalnych Wykonawców, a Zamawiający traktował jednakowo wszystkich Wykonawców, chcących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Opis ten nie utrudniał i nie mógł utrudniać uczciwej konkurencji, co potwierdza fakt braku pytań w tej materii. Na osiemdziesiąt jeden pytań, zadanych przez 19 Wykonawców (co zauważa Zespół kontrolujący w pkt 14 Informacji z przeprowadzonych czynności sprawdzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 24.02.2009r.), składanych na etapie przygotowywania ofert, żadne z nich nie dotyczyło kwestii opisu dostarczanych urządzeń lub urządzeń równoważnych.

Zamawiający nie spotkał się z żadnymi zarzutami w trakcie prowadzonego postępowania, dotyczącymi podania w ofercie zaprojektowanych urządzeń lub urządzeń równoważnych, a przeciwieństwo tryb udzielenia zamówienia miał charakter publiczny.

W rezultacie Zamawiający nie wykluczył żadnego Wykonawcy i nie odrzucił żadnej oferty, uznając że dziewięć ofert sporządzonych jest zgodnie ze SIWZ. Jest to stan faktyczny udokumentowany w protokole z postępowania przetargowego, dlatego też trudno się nam zgodzić z twierdzeniem kontrolujących, że Zamawiający wykluczył 7 wykonawców (str. 5 informacji pokontrolnej – zdanie czwarte po zestawieniu ofert.)

Również kontrola tego zadania przeprowadzona przez RIO w Łodzi nie wykazała niezgodności z obowiązującym prawem zastosowanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

Należy nadmienić że SIWZ wraz z załącznikiem, jakim jest niewątpliwie dokumentacja projektowa była ponadto przedmiotem kontroli prawidłowości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonej przez Departament ds. Regionalnego Programu Operacyjnego, w dniach 17 -19 lutego 2009r. Jak wynika z informacji z przeprowadzonych czynności sprawdzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, Zespół kontrolny po zapoznaniu się z treścią SIWZ oraz dokumentacją projektową stwierdził, iż „w dokumentacji występują drobne niespójności formalne”, które „nie rzutują na fakt, iż dokumentacja w sposób wystarczający opisuje przedmiot zamówienia”, a powyższe uchybienia „nie mają znaczącego wpływu na dalszy bieg

sprawy” (pkt 16 Informacji z przeprowadzonych czynności sprawdzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 24.02.2009r.).

W świetle powyższego wbrew ustaleniom poczynionym przez zespół kontrolny, w przekonaniu jednostki kontrolowanej, należy uznać ów zarzut jako nieuzasadniony i nie znajdujący potwierdzenia w stanie faktycznym jak i prawnym kontrolowanego zagadnienia, o czym świadczą następujące poniższe fakty i argumenty.

Otóż artykuł 29 ust. 2 Pzp statuuje zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy go rozumieć jako zakazanie wskazywania konkretnego produktu zarówno przez określenie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, jak również w taki sposób, by opisany przedmiot mógł wpływać na konkurencję na danym rynku dotyczącym między innymi robót budowlanych. Do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp może dojść zatem w sytuacji, **w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji**. To zarzucający owe naruszenie ma obowiązek uprawdopodobnić rzeczowo i realnie, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję, a na Zamawiającym ciąży zaś obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego co też Gmina Wieruszów wykazała w niniejszej sprawie. **Zamawiający ma prawo z kolei opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby, pod warunkiem oczywiście, że dokonany opis nie będzie naruszał zasad uczciwej konkurencji ani równego traktowania Wykonawców co również uczyniła Gmina Wieruszów (patrz: wyrok KIO 80/07 z dnia 17 stycznia 2008 r., Lex Polonica nr 1852181)**. Nie można wszak „absolutyzować” art. 29 ust. 2 Pzp, gdyż realizacja zakazu w tejże sprawie ograniczenia uczciwej konkurencji nie może doprowadzić do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który eliminowałby różnicę między urządzeniami oferowanymi przez poszczególnych wykonawców oraz odbierała Zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści SIWZ. umożliwiającego dokonanie wyboru, tym samym takiego wyboru, który najbardziej odpowiada jego indywidualnym potrzebom (patrz: wyrok KIO 373/10 z dnia 8 kwietnia 2010 r., Lex Polonica nr 2253458).

Jeżeli jest przy tym co najmniej dwóch Wykonawców, którzy są w stanie zaoferować urządzenia spełniające parametry techniczne wskazane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, to nie ma podstaw by powoływać się na naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, przez ograniczenie dostępu do zamówienia innym Wykonawcom, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w rozpatrywanej sprawie (patrz: wyrok KIO 1152.11 z dnia 13 marca 2011 r., Lex Polonica nr 847192).

Ustawodawca dopuszcza w art. 29 ust. 2 Pzp na zasadzie wyjątku możliwość posłużenia się w SIWZ nazwą własną (znakiem towarowym) urządzenia pod warunkami, że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Przesądził on w ten sposób, że minimum wymogów, które nie utrudniają uczciwej konkurencji to spełnienie wymienionych wyżej dwóch przesłanek. Jest to uprawnione przede wszystkim w warunkach, **gdy skuteczność takiego opisu lub oznaczenia będzie wyższa aniżeli w razie jego dokonania poprzez opis cech funkcjonalnych, technicznych czy jakościowych (patrz; wyrok KIO/UZP 1954/10 z dnia 21 września 2010 r.)**. Chodzi tu zatem o takie sytuacje, gdy typowy opis, dokonany przez charakterystykę i opis cech funkcjonalnych, technicznych i jakościowych może nie oddać lub oddać w pełni uzasadnione specyfiką zamówienia potrzeby zamawiającego.

Zamawiający powinien jednocześnie w taki sposób przygotować SIWZ., by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać bowiem określenia precyzujące wymogi zamawiającego w zakresie równoważności. Jeżeli chodzi natomiast o roboty budowlane, z którą to sytuacją mamy do czynienia przy omawianym zarzucie to należy wskazać iż to dokumentacja projektowa jak i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót są podstawowymi elementami opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane oraz integralną częścią SIWZ. **Jedynie brak wskazania minimalnych wymagań w zakresie równoważności, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, która to sytuacja z pewnością nie ma miejsca w tejże sprawie stanowiłoby naruszenie zasady określonej w art. 29 ust. 2 Pzp. oraz zasady określonej w art. 7 ust. 1 Pzp (patrz: wyrok KIO/UZP 867/08)**. Należy w tym miejscu wskazać na to, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ., lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym, żeby ów produkt równoważny nie był produktem tożsamym z produktem referencyjnym, lecz posiadał istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu opisanego cechy i parametry. **Należy również w tym miejscu podkreślić iż brak jest de facto przepisu w Pzp., który wprost nakładałby na zamawiającego obowiązek precyzowania wymogów, parametrów odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, wskazywania określonych parametrów i ich minimalnych wielkości dla oceny równoważności oferowanych produktów, wskazanie jednakże dopuszczalnego zakresu równoważności ofert należy uznać nie za konieczne, a jedynie za pożądane w świetle zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp., a nadto przepisu art. 29 ust. 2 Pzp.** Obowiązkiem tym ustawodawca obciążył natomiast Wykonawcę (patrz: wyrok KIO/UZP 335/09 z dnia 1 kwietnia 2009 r., Lex Polonica nr 499610).

Konkretnie przenosząc powyższe wywody prawne na grunt postawionego przez zespół kontrolny zarzutu naruszenia przez Gminę Wieruszów przepisu art. 29 ust. 2 Pzp należy przyjąć jak i

powtórzyć, iż w świetle stanu faktycznego dotyczącego owego zarzutu nie mamy do czynienia z naruszeniem tegoż przepisu, gdyż przeczą temu przytoczone powyżej argumenty prawne jak i kolejne poniższe uwagi i wyjaśnienia.

Otóż aby opis przedmiotu zamówienia był jak najbardziej precyzyjny i poprawny Zamawiający dokonał opisu zamówienia po przeprowadzeniu szczegółowych analiz i konsultacji z głównym projektantem – autorem projektu budowlanego przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków P. Leszkiem Kondratowiczem, właścicielem firmy ELGAJ. W wyniku dokonanych konsultacji i analiz stwierdzono, że założenia techniczne i złożoność opracowanej dokumentacji projektowej jednoznacznie wskazują, iż **przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest skomplikowany, zintegrowany z innymi elementami infrastruktury system**, dla którego zostały założone wysokie wymagania funkcjonalne, jakościowe i dotyczące bezpieczeństwa.

Mając na względzie fakt, że przedmiot zamówienia dotyczył robót budowlanych Zamawiający opisał przedmiot zamówienia na podstawie i za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych - a więc w sposób określony przez art.31 ust.1 Pzp. Przepis ten jako przepis szczególny (*lex specialis*) w stosunku do art. 29 ust.1 i art. 30 ust 1 Pzp jednoznacznie wskazuje zatem, iż dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót są podstawowymi elementami opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane oraz integralną częścią SIWZ. Należy w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w pkt. III.3.10 SIWZ. (postanowienia dotyczące wykonania przedmiotu umowy) wyraźnie wskazał, że: „*Wszystkie nazwy własne urządzeń i materiałów użyte w dokumentacji przetargowej są tylko podane przykładowo i określają jedynie minimalne, oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard.*” W treści pkt. III SIWZ. (będącej szczegółowym opis przedmiotu zamówienia) Tym samym Zamawiający określił szczegółowo owe oczekiwane parametry jakościowe oraz standard jako minimalne parametry do badania równoważności w projekcie technicznym.

Z uwagi właśnie na założenia techniczne, złożoność opracowanej dokumentacji projektowej oraz fakt, iż przedmiotem zamówienia jest skomplikowany, zintegrowany z innymi elementami infrastruktury system, dla którego zostały założone wysokie wymagania funkcjonalne, jakościowe i dotyczące bezpieczeństwa autor dokumentacji - **główny projektant, a w ślad za tym inwestor w SIWZ. wskazał wykaz najbardziej istotnych urządzeń mających największy wpływ na trwałość i funkcjonalność przebudowywanej oczyszczalni.** Zważywszy na fakt, że zgodnie z przepisami Pzp Zamawiający dopuścił zastosowanie urządzeń równoważnych w celu zachowania uczciwej konkurencji oraz konieczności zachowania w oferowanych przez Wykonawców parametrów jakościowych oraz wymaganego standardu urządzeń określonego projektem technicznym

Zamawiający poprosił jedynie Wykonawców w Załączniku nr 11 do SIWZ. o wskazanie, które z najbardziej istotnych urządzeń oczyszczalni zaoferują jako urządzenie równoważne. Taka wiedza niezbędna była dla Zamawiającego aby określić co do których urządzeń ma dokonać w toku badania ofert oceny równoważności zaoferowanych przez Wykonawców urządzeń i tylko wyłącznie w takim celu sporządzony został Załącznik nr 11 do SIWZ. - bowiem postanowienia winny być tak ukształtowane, by dać zamawiającemu możliwość powzięcia wiedzy, czy ma do czynienia z rozwiązaniem równoważnym opisanemu, czy też nie, już z samej treści oferty. Dlatego też szczególną uwagę należy tu zwrócić na użyte sformowania w tabeli załącznika: kolumna 1 „Urządzenia zaprojektowane ujęte w projekcie technicznym” - i kolumna 2 „urządzenia zastosowane przez oferenta”.

Zaznaczyć należy, że do zapisów SIWZ. w tym względzie uczestnicy postępowania nie wnosili żadnych zastrzeżeń czy protestów.

Należy również w tym miejscu zwrócić uwagę iż zastosowany sposób opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego **nie miał w żadnym wypadku negatywnego wpływu na wynik przeprowadzonego postępowania.** W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający bowiem zgodnie z obowiązującymi wymogami ustawy Pzp dopuścił zastosowanie urządzeń równoważnych w celu zachowania uczciwej konkurencji oraz informował też, że Komisja przetargowa przed wyborem najkorzystniejszej oferty dokona oceny urządzeń równoważnych zastosowanych przez oferentów. W toku badania ofert Zamawiający w trybie art. 87 ust.1 Pzp zwrócił się do części wykonawców o wyjaśnienie treści złożonych ofert m.in. poprzez wskazania, że oferowane urządzenia są równoważne w stosunku do zaprojektowanych. Na wystosowane wezwania Zamawiający otrzymał stosowne wyjaśnienia, które umożliwiły Komisji przetargowej przed wyborem najkorzystniejszej oferty dokonanie oceny urządzeń równoważnych zastosowanych przez oferentów w tym również przez wybranego Wykonawcę „ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o.

II.4. Zarzut niewykazania przez Gminę Wieruszów zachowania warunków jawności, przejrzystości i równego traktowania przy wyborze oferty na ogłoszenia prasowe

Beneficjent Gmina Wieruszów we wniosku o dofinansowanie w punkcie VIII Promocja Projektu opisała sposób i środki jakimi będzie promowała realizowane zadanie pn.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków Wieruszowie” dofinansowanej z RPOWŁ - „...Przeprowadzenie szerokiej kampanii informacyjno – promocyjnej na temat realizowanego projektu w lokalnych mediach (prasa, strona internetowa, lokalna telewizja)...”. Dostosowując się do zasad jawności, przejrzystości oraz równego traktowania Beneficjent w każdym przypadku dokonał rozeznania lokalnego rynku i po przeprowadzonych rozmowach telefonicznych z lokalnymi wydawcami prasy

zlecał realizację zadania wydawcy, który zgodził się wykonać zlecenie w najniższej cenie i w określonym przez Beneficjenta terminie. (notatki służbowe w załączeniu). Publikując ogłoszenia we wszystkich działających w tym czasie lokalnych gazetach (Ilustrowany Tygodnik Powiatowy, Dziennik Łódzki NASZ Tygodnik Wieluń, -Wieruszów-Pajeczno, Łącznik) Gmina Wieruszów spełniła warunek o którym mowa §12 ust.13 umowy o dofinansowanie projektu.

II.5. Zarzut rozbieżności pomiędzy kwotą zlecenia z 15.12.2010 r. dla Gazety Wyborczej ,a kwotą wynikającą z faktury za realizację przedmiotowego zlecenia

Beneficjent zlecił publikację ogłoszenia w dniu 15.12.2010r, Gazecie Wyborczej na kwotę 2500 zł netto rozbieżność w kwotach wynika z faktu wykonania przez kontrolujących kserokopii nieaktualnego zamówienia, omyłkowo dołączonego do zlecenia (w załączeniu przesyłamy poświadczoną za zgodność kserokopie właściwego zamówienia na opublikowanie ogłoszenia).

II.6. Zarzut naruszenia art. 31 oraz art. 32 ust 1 pkt. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska

Kontrolujący zarzucili, iż w trakcie postępowania o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia naruszono art. 31 oraz 32 ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2001 r. Nr 62, poz. 627 z późn. zm.) poprzez wyznaczenie jedynie 17-dniowego terminu na składanie uwag i wniosków w postępowaniu prowadzonym z udziałem społeczeństwa.

Należy zgodzić się z twierdzeniem, iż stosownie do treści (nieobowiązującego obecnie) art. 32 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska przed wydaniem decyzji wymagających udziału społeczeństwa organ administracji właściwy do ich wydania podaje do publicznej wiadomości informację o zamieszczeniu w publicznie dostępnym wykazie danych o wniosku o wydanie decyzji oraz o możliwości składania uwag i wniosków, wskazując jednocześnie miejsce i 21-dniowy termin ich składania.

W postępowaniu o uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia p/n „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Wieruszowie” organ **podał do wiadomości publicznej informację o możliwości składania uwag i wniosków przez wymagany okres 21 dni, wywieszając stosowną informację na tablicy ogłoszeń Urzędu Miejskiego w Wieruszowie w dniach od 24 maja 2006 r. do 14 czerwca 2006 r. (włączenie).** Omyłkowo jednak podano w zawiadomieniu informację o długości okresu w jakim można składać uwagi i wnioski poprzez wskazanie terminu od 25 maja 2006 r. do 11 czerwca 2006 r., co należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską.

II.7. Zarzut dotyczący opisu faktury nr 1/09/2009 r. z dnia 03.09.2009 r.

Gmina Wieruszów przesyła wykaz uwag (sprawozdanie za II kwartał 2009r.) z których wynika, iż Beneficjent ma uzupełnić drugostronny opis faktury o brakującą datę – beneficjent dokonał tego 16.11.2009r (w załączeniu kserokopie wykazu uwag, odpowiedź Beneficjenta z dnia 16.11.2009r., kserokopia faktury uzupełnionej o brakującą datę wraz z adnotacją- faktura 1/09/2009 z dnia 03.09.2009r).

II.8. Zarzut opublikowania ogłoszenia prasowego w czerni i bieli mimo zlecenia publikacji ogłoszenia w kolorze

Beneficjent zlecił publikację ogłoszenia nr OR-0625-52/2009 z dnia 22.09.2009r. w zleceniu nastąpiła omyłka pisarska w zleceniu ogłoszenia za kwotę 807.01zł brutto dla Ilustrowanego Tygodnika Powiatowego wydawca zgodził się opublikować czarnobiałe ogłoszenie dot. zadania pn.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków Wieruszowie” dofinansowanego z RPOWŁ.

II.9. Zarzut nieopatrzności części dokumentacji w stosowne logotypy i opisy

Beneficjent zaopatrzył dokumentację w stosowne logotypy i opisy. W załączeniu Beneficjent przesyła zdjęcie dokumentacji .

II.10. Zarzut braku prawidłowego oznakowania segregatorów z dokumentacją

Beneficjent dokonał prawidłowego oznakowania segregatorów i z dokumentacją (w załączeniu przesyłamy zdjęcie)

Na koniec przedmiotowych zastrzeżeń należy także nadmienić, iż postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Wieruszowie” było przedmiotem kontroli instytucji dofinansującej na etapie oceny ofert i wyboru wykonawcy i **nie zgłoszone zostały przez kontrolujących wówczas żadne zarzuty** w tym zakresie do przeprowadzonego postępowania (patrz treść załączonej kserokopii protokołu).

W tym stanie rzeczy wniesienie niniejszych zastrzeżeń jest ze wszech miar w pełni uzasadnione, a zarazem konieczne.

Do niniejszych zastrzeżeń załącza się opinię prawną radcy prawnego Jacka Mańczaka – wybitnego specjalisty w dziedzinie prawa zamówień publicznych oraz opinię techniczną dr Jerzego

Przybińskiego, na potwierdzenie zasadności podniesionych wyżej zarzutów, w szczególności w zakresie bezzasadności zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp.

Z uwagi na powyższe zastrzeżenia nałożenie na Gminę Wieruszów korekty finansowej w wysokości 5 % wartości kosztów kwalifikowanych przedmiotowego zamówienia jest nieuzasadnione.

Obciążenie Gminy Wieruszów obowiązkiem zwrotu tak znacznej kwoty, byłoby trudnym do udźwignięcia dla budżetu gminy ciężarem, zwłaszcza że realizacja inwestycji był koordynowana przez służby gminne w sposób należyty (co wyżej wykazano), a drobne omyłki nie mogą wpływać w sposób zasadniczy na całokształt oceny realizacji inwestycji/

Z poważaniem

BURMISTRZ

Bogdan Nawrocki

Wykaz załączników:

- opinia prawna radcy prawnego dr. Jacka Mańczaka
- opinia techniczna dr. Jerzego Przybińskiego
- Zp 11 Oświadczenie Leszek Kondratowicz
- notatki służbowe (10 szt)
- zdjęcia segregatorów i dokumentacji (3 szt)
- kserokopia zamówienia prasowego Gazety Wyborczej
- kserokopia faktury wraz z kserokopią uwag do wniosku o płatność II kw, odpowiedź Gminy Wieruszów na uwagi formalno-merytoryczne