

UZP/DKUE/KD/26/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej – następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Nazwa i adres zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział w Poznaniu
ul. Siemiradzkiego 5 a
60-763 Poznań

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: „Montaż barier ochronnych przy dk nr 36”

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 1.788.275,00 zł (444.888,79 euro); zamówienia uzupełniające 894.137,50 zł (222.444,40 euro)

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Zamawiający w trakcie realizacji kontraktu na „Budowę drogi ekspresowej S-5 Poznań (A-2 węzeł „Głuchowo”) – Wrocław (A-8węzeł „Widawa”) odcinek Kaczkowo – Korzeńsko, Obwodnica Bojanowa i Rawicza” (w skład którego wchodziła przebudowa odcinka drogi krajowej nr 36), w dniu 21 czerwca 2013 r. odstąpił od realizacji umowy z winy wykonawcy kontraktu. Zamawiający zobowiązany był do zabezpieczenia placu budowy oraz przygotowania nowej procedury przetargowej w celu wyłonienia wykonawcy na dokończenie realizacji kontraktu. Wobec faktu, iż droga krajowa nr 36 została wykonana w 93 % przez poprzedniego wykonawcę tj. Alpine Bau GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce (do jej zakończenia pozostało wykonanie barier i znaków poziomych), zamawiający w celu przyspieszenia terminu odbioru i przekazania do ruchu ww. odcinka postanowił tę część kontraktu wydzielić z całości kontraktu i udzielić zamówienia w odrębnej procedurze, poza procedurą przetargową dotyczącą wyłonienia wykonawcy na dokończenie realizacji kontraktu.

Zamawiający w postępowaniu na powyżej opisaną część kontraktu, pn.: „*Montaż barier ochronnych przy dk nr 36*”. posłużył się projektem wykonawczym przygotowanym przez Generalnego wykonawcę kontraktu, tj. opis przedmiotu zamówienia stanowił projekt wykonawczy: „Projekt zamienny stałej organizacji ruchu w zakresie projektu wykonawczego zastosowania barier ochronnych dla przedsięwzięcia droga krajowa DK 36 od km 68+728 do km 77+691”, a jako sposób wynagrodzenia wykonawcy zamawiający wskazał kosztorys ofertowy, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej.

W trakcie prowadzonego postępowania wykonawca Stalprodukt S.A. z siedzibą w Bochni wyraził sprzeciw wobec ww. opisu przedmiotu zamówienia wnosząc odwołanie, w którym wskazał na naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez wskazanie konkretnego wykonawcy w opisie przedmiotu zamówienia - firma P.P.U.H. Prowerk Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie w przedmiocie zamówienia typów barier, a przede wszystkim ich parametrów (poziomów powstrzymywania, szerokości pracujących, poziomów intensywności zderzenia) – w sposób umożliwiający realizację przedmiotu zamówienia, a następnie utrzymanie barier w okresie eksploatacji tylko jednemu producentowi.

Wykonawca podniósł, że dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (produktu, usługi, technologii itd.) co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję. W ocenie Stalprodukt S.A. obecna treść siwz wyklucza możliwość zaoferowania innego niż zaoferowany poprzednio przez wykonawcę zamawiającemu produktu w postaci barier energochłonnych.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że uznał zarzuty w całości za zasadne i zobowiązał się do modyfikacji przedmiotu zamówienia.

W przekazanej modyfikacji siwz zamawiający zmienił sposób rozliczenia z kosztorysowego na ryczałtowy oraz wycofał z opisu przedmiotu zamówienia załącznik nr 3 – projekt wykonawczy, określając go jako materiał wyłącznie informacyjny. Jednocześnie zamawiający zaznaczył, iż nie dopuszcza stosowania barier betonowych a zakup barier leży po stronie wykonawcy. Ponadto zamawiający poinformował, że „zamieszczony na stronie internetowej projekt został wykonany przez dotychczasowego wykonawcę (...) Obecnie z uwagi na zakres robót, jaki pozostał do ukończenia na dk nr 36 i konieczność oddania jej do ruchu, zamawiający może posługiwać się jedynie w/w istniejącym projektem. Projekt ten został zamieszczony informacyjnie wskazując jedynie zakres i parametry techniczne niezbędne do montażu barier. Zamawiający dopuszcza zarówno bariery linowe, jak i inne typy barier stalowych ochronnych. Dla przykładu: w projekcie zostały opisane wymagane parametry barier ochronnych, gdzie poziom powstrzymywania „L” został określony jako równoważny z „H”, w związku z czym dopuszcza się stosowanie barier o poziomie powstrzymywania „H” równoważnych dla zaprojektowanych poziomów „L”. Wykonawca wybierający inny rodzaj barier ochronnych zobowiązany będzie przedstawić własny projekt barier przez siebie oferowany”.

Wykonawca - Stalprodukt S. A. ponownie złożył odwołanie wobec treści siwz, w związku z ww. modyfikacją postanowień siwz.

Wykonawca podniósł, że zamawiający zmieniając siwz w wyniku uznania zarzutów przedstawionych w pierwszym odwołaniu: „określił warunki udziału w przetargu w taki sposób, że zróznicował wykonawców na firmę Prowerk lub innego wykonawcę oferującego dostarczenie barier firmy Prowerk, oraz tych pozostałych którzy muszą przedstawić własny projekt barier. Poza tym w ocenie Stalprodukt S.A. zakres projektu wskazuje, iż jest to kompletny projekt wykonawczy. Zamawiający winien za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego zgodnie z art. 31 ust 2 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego* określić wymagania co do przedmiotu zamówienia”.

W związku z wątpliwościami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego m.in. o wskazanie wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Montaż barier ochronnych przy dk nr 36*”.

Zgodnie z treścią wyjaśnień, z dnia 17 marca 2014 r. (sygn. akt GDDKiA-O/PO-R-2-mk-56/2013) zamawiający wskazywał, iż : „*W związku z tym, że przedmiotem przetargu było wykonanie robót polegających na zamontowaniu barier ochronnych wg naszych informacji istnieje co najmniej kilka firm, które mogły realizować nasze zamówienie np.:*

- *TRA DROG,*

- BUPREX KOBİ Sp. z o.o.,
- JOMAR,
- PROWERK,
- DROMAR,
- DROMOT,
- MONTAŻ BARIER OCHRONNYCH JANUSZ SZUDRA,
- POL-SKÓR Janusz Siwka”

Jednocześnie należy zauważyć, iż w tym samym piśmie zamawiający podnosił, że ze względu na konieczność szybkiego udzielenia zamówienia wykorzystał w siwz projekt montażu barier ochronnych przy dk nr 36 przygotowany przez Generalnego wykonawcę kontraktu: *„Zgodnie z zapisami SIWZ prace należało wykonać w oparciu o dokumentację zamienną, opracowaną przez firmę VIAMENS na zlecenie firmy Alpine Bau GmbH (...) Zamawiający zdecydował więc o wykorzystaniu uzgodnionej już dokumentacji zamiennej, ponieważ przygotowanie i uzgodnienie nowej dokumentacji opóźniłoby oddanie odcinka drogi o kilka miesięcy, co oznaczało wejście w okres zimowy, stworzenie zagrożenia dla okolicznych mieszkańców oraz dodatkowe koszty społeczne(...)Zamawiający m.in. pismem z dnia 22 lipca 2013 r. (zmiana SIWZ po uznaniu odwołania sygn. akt KIO 1719/13) dopuszczał do zastosowania różne konstrukcje barier ochronnych posiadających znak B lub CE, co wymagało wykonania projektu zamiennego (nie jest to bardzo kosztowne ani pracochłonne w przypadku projektu zamiennego). Brak czasu na opracowanie projektu zamiennego nie może być zarzutem, gdyż od czerwca do sierpnia było wystarczająco dużo czasu na jego opracowanie. Projekt zamienny można wykonać w bardzo krótkim czasie”.*

W niniejszym postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Prowerk Sp. z o.o. z ceną brutto 1.834.565,91 zł.
- P.P.H.U . POL-SKÓR" Jarosław Siwka z ceną brutto 1.767.395,83 zł.

Pierwotnie w wyniku dokonanej oceny złożonych ofert zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę POL - SKÓR Jarosław Siwka. Następnie zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, wyjaśniając że „w związku z odstąpieniem od podpisania umowy przez firmę P.P.H.U. „POL-SKÓR" Jarosław Siwka (...) jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę P. P.U.H. Prowerk Sp. z o.o.”

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do biegłego sądowego z prośbą o sporządzenie opinii w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w siwz wraz ze zmianami wprowadzonymi przez zamawiającego w toku postępowania w kontekście zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią przekazanej opinii: „Nie ulega natomiast wątpliwości, że w części projektu organizacji ruchu, dotyczącej drogowych barier ochronnych, zamówionej przez wykonawcę kontraktu (firmę Alpine Bau GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce, z siedzibą w Mysłowicach) i przejętej przez zamawiającego (GDDKiA Oddział w Poznaniu) wskazano zastosowanie głównie barier z prowadnicą linową. Oprócz tego typu barier projekt obejmuje także odcinki barier z prowadnicą stalową oraz stalowo-linową (obiekty inżynierskie), przy czym szczegółowe oznaczenia poszczególnych odcinków barier (symbole użyte w opisach) wskazują na zastosowanie rozwiązań konkretnego producenta, choć brak wskazania jego nazwy. Droga krajowa nr 36 na odcinku objętym kontraktem była już wybudowana i jako obiekt budowlany posiadała konkretne parametry techniczne (m.in. łuki pionowe i poziome, skarpy wykopów i nasypów, obiekty inżynierskie o konkretnym przekroju, itp.), zatem nieuzasadniona była zmiana wcześniej zaprojektowanego, z uwzględnieniem tych parametrów, wyposażenia jej w urządzenia bezpieczeństwa ruchu. Istotny przy tym jest fakt, że przy takim samym zakresie parametrów technicznych różnych systemów barier, inne są sposoby ich zakotwienia w podłożu (inne sposoby montażu słupków, odcinków początkowych i końcowych, itp.). Ma to szczególne znaczenie na obiektach inżynierskich (wpływ sposobu montażu na konstrukcję), a te były także już wykonane. Sposób montażu drogowych barier ochronnych w każdym przypadku nie może być dowolny i powinien być poprzedzony projektem wykonawczym, choćby po to, aby wyeliminować przypadki uszkodzenia warstw izolacyjnych mostu, konstrukcji wykopu, nasypu, itp.”

Odnosząc się do zmian wprowadzonych przez zamawiającego w wyniku uznania odwołania wniesionego przez firmę Stalprodukt S.A., biegły wyjaśnił, iż: „Zapis w zmodyfikowanej treści SIWZ o traktowaniu dotychczasowego załącznika nr 3 (opis przedmiotu zamówienia - projekt wykonawczy, opracowany przez firmę ViaMens Sp. z o.o.) jako informacyjnego, przy jednoczesnym zobligowaniu Wykonawców do przedstawienia własnego projektu dla oferowanego systemu, w przypadku wybrania innych barier jak linowe, preferował Wykonawców oferujących bariery linowe, jednak był niezbędny dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego, który nie mógł dopuścić do montażu urządzeń bezpieczeństwa ruchu wzdłuż drogi w sposób nieudokumentowany w zakresie szczegółów konstrukcyjnych, tak samego systemu, jak i jego posadowienia.

W efekcie zmodyfikowana treść SIWZ w części dotyczącej posiadanej przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu dokumentacji technicznej nie skutkowała w praktyce rozszerzeniem kręgu potencjalnych Wykonawców - nadal preferowany był system barier linowych, dla którego projekt wykonawczy był gotowy (choć w efekcie przywołany jedynie jako „informacyjny”). Materiał „informacyjny” zawierał też, tak jak poprzednio, określone symbole barier naniesione na poszczególnych rysunkach, które nie wskazywały znaku towarowego konkretnego producenta, ale mogły być istotne dla jego identyfikacji, bowiem każdy producent stosuje własne symbole dla oznaczenia swoich

wyrobów, niezbędne w procesie certyfikacji wyrobu budowlanego i dopuszczenia go do stosowania. W konkluzji należy zatem stwierdzić, że treść SIWZ, zarówno w pierwotnej postaci, jak i po modyfikacji, preferowała Wykonawców oferujących zastosowanie barier linowych, jednak bez wskazania wprost konkretnego ich producenta. Producenta barier linowych można było przy tym stosunkowo łatwo zidentyfikować, choćby po symbolach wyszczególnionych na poszczególnych rysunkach „Projektu zamiennego stałej organizacji ruchu w zakresie projektu wykonawczego zastosowania barier ochronnych dla przedsięwzięcia droga krajowa DK 36 od km 68+728 do km 77+691”, opracowanego przez firmę ViaMens Sp. z o.o. z Warszawy na zlecenie firmy Alpine Bau GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce, z siedzibą w Mysłowicach, niezależnie od tego, czy jest on „obligatoryjną” częścią SIWZ, czy jedynie „informacyjną”. Tym producentem jest firma ProWerk Sp. z o.o. z Krakowa”.

Zdaniem biegłego, „Zamawiający (...), dążąc do szybkiego zakończenia realizacji zadania, obejmującego swym zakresem m.in. fragment drogi krajowej nr 36, ogłosił przetarg nieograniczony na wyposażenie tego odcinka drogi w drogowe bariery ochronne. W skład dokumentacji przetargowej wszedł gotowy projekt wykonawczy obejmujący montaż określonego typu barier przejęty przez Zamawiającego od poprzedniego Wykonawcy, z którym umowa została rozwiązana. Projekt ten obejmował zastosowanie barier określonego typu, bez wskazania nazwy ich producenta, jednak ze wskazaniem konkretnych symboli urządzeń, ułatwiających jego identyfikację. Zamówienie publiczne obejmowało realizację usługi (montaż barier określonego typu), a nie dostawę (zakup) urządzeń danego typu, jednak w konsekwencji krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia był bardzo ograniczony. Jak wykazano wyżej po modyfikacji treści SIWZ sytuacja praktycznie nie uległa zmianie”.

Ponadto biegły wskazał, że „Opis przedmiotu zamówienia preferuje wykonawców oferujących montaż barier linowych, ale nie wskazuje na konkretnego Wykonawcę usługi. Zamówienie dotyczy bowiem usługi, polegającej na montażu urządzeń bezpieczeństwa ruchu wzdłuż drogi krajowej nr 36, a nie ich produkcji i montażu. Jest to związane z realizacją konkretnego projektu wykonawczego, będącego w posiadaniu Zamawiającego. W efekcie nie było to zamówienie polegające na realizacji usługi w systemie "zaprojektuj i buduj", a w systemie „realizuj gotowy projekt”. Po modyfikacji SIWZ realizacja zamówienia możliwa była w obu systemach, co istotnie różnicowało potencjalnych wykonawców”.

W ocenie autora opinii „dla zapewnienia równego traktowania Wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia w skład materiałów przetargowych powinien w tym przypadku wejść projekt organizacji ruchu, zawierający m.in. lokalizację drogowych barier ochronnych, bez określenia ich rodzaju i parametrów technicznych - te powinny być określone w projektach wykonawczych opracowanych indywidualnie przez Wykonawców, z uwzględnieniem warunków terenowych w poszczególnych miejscach posadowienia barier i specyfiki oferowanego systemu drogowych barier ochronnych (zakotwienie odcinków początkowych i

końcowych, sposób kotwienia słupków podtrzymujących prowadnicę bariery, ich zagęszczenie na poszczególnych odcinkach drogi w zależności od występującego zagrożenia miejscowego, itp.).

Droga krajowa nr 36 i obiekty inżynierskie na odcinku objętym zamówieniem były już zrealizowane, zatem znane były ich parametry techniczne, stąd każdy z potencjalnych wykonawców miał możliwość sporządzenia oferty indywidualnej, po opracowaniu projektu wykonawczego. Wskazanie konkretnych symboli (oznaczeń) barier w materiałach przetargowych, niezależnie od tego, czy „obligatoryjnych”, czy jedynie „informacyjnych”, w każdym przypadku preferowało wykonawców oferujących bariery linowe, co stanowiło naruszenie uczciwej konkurencji”.

Podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać 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 (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.). Także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 stycznia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) wyraźnie wskazała, iż „swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakazane jest formułowanie warunków

postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty”. Jednocześnie naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie.

W niniejszym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia w projekcie wykonawczym w sposób, który niezależnie od „informacyjnego” charakteru, wskazywał na produkt konkretnej firmy, która w tych okolicznościach zwolniona była z konieczności sporządzenia nowego projektu wykonawczego. Pozostali na rynku wykonawcy, nie chcąc realizować zamówienia z wykorzystaniem produktów tej firmy, zostali zmuszeni do podjęcia wysiłku i kosztów sporządzenia projektu wykonawczego przewidującego inne bariery ochronne. Tym samym sytuacja wykonawców została zróżnicowana, na korzyść firmy Powerk Sp. z o.o., co utrudniło w niniejszym postępowaniu uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, stwierdzić należy, że przedmiot zamówienia dotyczący montażu barier ochronnych przy dk nr 36, został opisany w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję. Wobec powyższego zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.