Kraków dnia 12 września 2017 r.

**Wszyscy zainteresowani udziałem w postępowaniu**

Składający informację o nieprawidłowościach:

1. **Pan Szczepanem Irzyk**, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą:
**Szczepan Irzyk "OMEGA 1" Zakład Sieci Wodno - Kanalizacyjnych**, z siedzibą:
32-412 Wiśniowa, Lipnik 327,
2. **Pani Agnieszka Irzyk**, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą:
**Agnieszka Irzyk "OMEGA 3" Zakład Sieci Wodno - Kanalizacyjnych**, z adresem głównego miejsca prowadzenia działalności: 32-412 Wiśniowa, Lipnik 326,
3. **Pani Aneta Irzyk,** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: **Aneta Irzyk AGEMO Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych**, z adresem głównego miejsca wykonywania działalności: 32-412 Wiśniowa, Wiśniowa 641,
4. **Pani Iwoną Irzyk**, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: **"OMEGA" Zakład Sieci Wodno Kanalizacyjnych Iwona Irzyk**, z adresem głównego miejsca prowadzenia działalności: 41-711 Ruda Śląska, ul. Szkolna 17,
5. **Pan Jarosław Irzyk** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **OMEGA - Zakład Sieci Wodno – Kanalizacyjnych Jarosław Irzyk**, z adresem głównego miejsca prowadzenia działalności: 41-711 Ruda Śląska, ul. Szkolna 17,

**ODPOWIEDŹ NA INFORMACJĘ O NIEPRAWIDŁOWOŚCIACH W POSTĘPOWANIU PRZETARGOWYM**

EZ/WK/665/PN-52/ 484 /2017

Dotyczy: postępowania przetargowego : „Sukcesywne wykonywanie w ciągu 24 miesięcy robót remontowych oraz usuwanie awarii na sieciach kanalizacyjnych”, postępowanie nr: 665/PN-52/2017.

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji SA w Krakowie, – Spółka Akcyjna, 30-106 Krakowie, w odpowiedzi na Informację o nieprawidłowościach w postępowaniu przetargowym, dalej zwaną Informację, działając na podstawie pkt. XXVII.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, **oddala przedmiotową informację jako nie znajdującą uzasadnienia w stanie faktycznym i podtrzymuje wszystkie zapisy zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Uzasadnienie

Na wstępie należy zaznaczyć, że postępowanie objęte Informacją realizowane jest w oparciu o zasady określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Regulaminie udzielania zamówień w Miejskim Przedsiębiorstwie Wodociągów i Kanalizacji SA w Krakowie, a nie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z tych też względów powoływanie się na przepisy wyżej cytowanej ustawy jest niezasadne.

Przedmiotowe postępowanie ogłoszone przez zamawiającego ma na celu wybór dwóch wykonawców, którzy na podstawie zawartej umowy będą wspierać Zamawiającego w sytuacji gdy nie jest on w stanie własnymi siłami usunąć awarii. Awarie te z uwagi na obszar działania MPWiK SA w Krakowie usuwane są na terenie Gminy Miejskiej Kraków, której obecna liczba ludności wg danych GUS wynosi - 765 320 mieszkańców oraz w okresie roku akademickiego dodatkowo 300 000 studentów. Powierzchnia miasta wynosi 327 km2 . Cały ten obszar obsługiwany jest przez Zamawiającego, jest to obszar wysoce zurbanizowany o licznych ciągach komunikacyjnych oraz rozbudowanej infrastrukturze podziemne obejmującej m.in. sieci energetyczne, gazowe, teletechniczne.

Z tych też względów zamawiający zgodnie z zasadą proporcjonalności i efektywności ustalił warunki udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność powinna przejawiać się w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia jaki opisany jest w przedmiocie zamówienia. W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia został opisany w sposób następujący: **wykonanie robót remontowych sieci kanalizacyjnych, których realizacja wynika z prowadzonych robot związanych z przebudową dróg lub organizacją ruchu drogowego w mieście, wykonywanie robót awaryjnych na sieciach kanalizacyjnych, których wykonanie przekracza możliwości wykonania siłami własnymi MPWiK SA. (…) czas przystąpienia do realizacji awarii: do 6 godzin od momentu zgłoszenia (również w porze nocnej oraz w święta).**

 I tak wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą udokumentować doświadczenie w wykonaniu następujących robót remontu polegający na wykonaniu nowego kanału w miejsce istniejącego **z utrzymaniem w okresie wykonywania prac zdolności eksploatacyjnej sieci**:

* + - kanalizacji sanitarnej na obszarze miejskim (na czynnym kanale) w zakresie średnic Ø 250 – Ø 800 mm o łącznej długości min. 1000 mb, w tym nie mniej niż 200 mb kanalizacji o średnicach Ø 600 – Ø 800 mm oraz
		- wykonanie w technologii mikrotunelingu z zastosowaniem płuczki bentonitowej lub technologii przewiertu sterowanego kanalizacji o średnicy min. Ø 200 mm i łącznej długości min. 300 mb oraz
		- wykonanie prac polegających na usuwaniu awarii na czynnej sieci kanalizacyjnej dla średnic w przedziale od 150 do 800 mm, w ilości minimalnej 50 sztuk wykonanych na terenie aglomeracji miejskiej liczącej minimum 200 000 mieszkańców .

Warunki te jak już wcześniej wskazano odpowiadają zakresowi prac które Wykonawcy będą musieli wykonać w trakcie realizacji zamówienia, tym samym czynią zadość zasadzie proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiają ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powoływanie się składających informację na warunki udziału w postepowaniu dotyczące innych postepowań obejmujących budowę sieci kanalizacyjnej lub remont tej sieci, są nieadekwatne do zakresu zamówienia, ze względu na objęcie niniejszym postępowaniem robót awaryjnych, których wykonywanie jest dużo bardziej złożonym procesem niż budowa sieci, ze względu m.in. na krótki czas reakcji na zgłoszenie awarii, a przy pracach remontowych na konieczność utrzymania ciągłości pracy sieci.

W przedmiotowym stanie prawnym uwzględnienie Informacji, i obniżenie warunków dotyczących realizacji zamówień w miastach poniżej 200 000 mieszkańców, powodowało by ustalenie nieproporcjonalnie niskich warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia czyli robót remontowych i awaryjnych w mieście powyżej 750 000 mieszkańców. Ustalony warunek 200 000 jest to minimalny poziom zdolności wykonawcy pozwalający, zamawiającemu ustalić, że wybrany wykonawca będzie potrafił skutecznie usunąć awarię w dużym mieście.

Tym samym zarzuty podniesione w pkt. 1.2 do 1.5 oraz 1.7 do 1.10 nie mają uzasadnienia w stanie faktycznym, a składający Informację poza przytoczeniem różnych przepisów w tym Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie podał, żadnych konkretnych faktów. W tym miejscu należy zauważyć, że działania zamawiającego nie naruszają prawa Unii Europejskiej ponieważ zamawiający nie zawęził warunków udziału w postepowaniu wyłącznie do rynku wewnętrznego Polskiego, tym samym trudno uznać, że narusza zasady konkurencji na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej.

 Wykonawcy składający niniejszą informację nie mają legitymacji do występowania w imieniu „oferentów z innych krajów Unii Europejskiej”, ponieważ legitymacja do korzystania z środków ochrony prawnej przysługuje - Wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy ramowej oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego zasad udzielania zamówień określonych w specyfikacji lub w *Regulaminie”.* Nie przysługuje więc ona abstrakcyjnemu gronu wykonawców wszystkich na świecie, ale tylko temu który ma lub miał interes w zawarciu umowy lub poniósł lub może ponieść szkodę”. Szkoda nie ma charakteru samodzielnego bytu prawnego oderwanego od rzeczywistości. Szkoda to uszczerbek w obecnym i przyszłym majątku, jakiego poszkodowany doznaje wbrew swojej woli. Szkodę stanowi, różnica między dwoma stanami majątkowymi: tym po wyrządzeniu szkody, i tym, który by istniał, gdyby szkody nie wyrządzono. Szkoda obejmuje dwa elementy: Strata - efektywny uszczerbek pomniejszający majątek poszkodowanego; Utracony zysk, czyli korzyści, jakie poszkodowany byłby osiągną, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Wykonawca składający Informację nie może wypowiadać się w imieniu oferentów z innych krajów Unii Europejskiej ponieważ nie wie jakim majątkiem oni dysponują i jakie zyski mogą utracić tym samym nie jest w stanie określić jakie szkody mogą ponieść w związku z ustaleniem przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Ustosunkowując się do wniosku o podanie ilości miast powyżej 200 000 mieszkańców to wg GUS w Polsce na 1 stycznia 2017 r. miast takich jest 16, w Europie samych stolic jest 30, na świecie powyżej 1 miliona mieszkańców jest około 500 miast.

Odnośnie zarzutu naruszenia postanowień art. 7 ust.2 ustawy pzp, *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują*

*osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.* Składający Informację poza treścią przepisu i stwierdzeniem, że warunki udziału w postępowaniu ograniczają konkurencję w żaden sposób nie wykazał, braku bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności w postepowaniu.

W zakresie zarzutu z pkt. 1.11. tj. naruszeni art. 44 ust.3 ustawy o finansach publicznych poprzez wydatkowanie środków publicznych w sposób nie celowy i nie oszczędny. Zamawiający po pierwsze informuje, że nie podlega ustawie o finansach publicznych ponieważ nie znajduje się w zakresie podmiotowym powyższej ustawy. Natomiast wnioski Wykonawców dążące do obniżenia warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenia tym samym do udziału wykonawców nie mających doświadczenia proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia wprost naruszają interes mieszkańców Miasta Krakowa na uszczerbek i zakłócenie funkcjonowania miasta.

 W żadnym miejscu złożonej Informacji Wykonawca nie wskazała, dlaczego doświadczenie wykonawców z aglomeracji miejskich powyżej 200 000 mieszkańców jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu można przytoczyć wyrok SO w Świdnicy z 20.12.2005 r. II Ca 584/05 który stwierdza: Jest oczywiste, że w interesie zamawiającego leży , by jego zamówienie było realizowane przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze. Ma więc zamawiający prawo do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu. (…) przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu zamawiający jest zobowiązany do zachowania niezbędnej równowagi między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców.”

Ustawa prawo zamówień publicznych w zakresie merytorycznym pozostawia zamawiającemu w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu swobodę, to **do zamawiającego należy wybór jakie warunki udziału w postępowaniu, aby przekonać się czy będą oni w stanie wykonać zamówienie** ( KIO 1825/13)

Nadto Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że **„zamawiający, a więc płatnik zamówienia, ma prawo, bez naruszenia ustawy ustalić takie kryteria dla uczestników postępowania, aby brały w nim udział firmy gwarantujące wykonanie zamówienia na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach** bez względu czy są firmami krajowymi, czy zagranicznymi. ( IV Ca 239/05).

W ocenie zamawiającego usuwanie awarii wymaga nieporównywalnie większych wymagań technicznych i organizacyjnych od Wykonawcy, niż standardowe związane z prowadzeniem prac budowlanych. Zamiarem Zamawiającego nie jest ograniczenie konkurencji, ani też dyskredytowanie jakiekolwiek wykonawcy, lecz daleko posunięta troska i dbałość o wyłonienie takiego wykonawcy który w sposób skuteczny potrafi usunąć awarię w warunkach dużego miasta w ciągach komunikacyjnych w warunkach współpracy z innymi jednostkami miejskimi odpowiedzialnymi za prawidłowe funkcjonowanie miasta Krakowa oraz minimalizowanie negatywnych skutków wiążących się z awaryjnymi naprawami infrastruktury. W kontekście usuwania awarii należy zwrócić uwagę, że ich niewłaściwe usuwanie w terenie zurbanizowanym może mieć wpływ na znaczącą ilość mieszkańców m.in. poprzez wstrzymanie transportu publicznego i ruchu ulicznego.

**Jednocześnie zamawiający wyjaśnia, że pod pojęciem aglomeracji miejskich należy rozumieć ośrodki miejskie o intensywnej zabudowie, charakteryzujące się dużym zagęszczeniem ludności przebywającej na danym terenie okresowo (np. w ciągu dnia) lub stale.[[1]](#footnote-1)**

Mając powyższe na uwadze Zamawiający podtrzymuje decyzję jak na wstępie.

Otrzymują:

1 x adresat

1 x a/a

1. Tadeusz Marszał: [*Metropolie, obszary metropolitalne, metropolizacja: problemy i pojęcia podstawowe*](http://www.kpzk.pan.pl/images/stories/pliki/Metropolie_obszary_metropolitalne_metropolizacja.pdf). Warszawa: Komitet Przestrzennego Zagospodarowania Kraju PAN, 2006, s. 16. [ISBN 83-89693-16-X](https://pl.wikipedia.org/wiki/Specjalna%3AKsi%C4%85%C5%BCki/838969316X). [↑](#footnote-ref-1)