

**Uchwała Nr XIV/117/2019**  
**Rady Gminy Pabianice**  
**z dnia 3 września 2019**

w sprawie rozpatrzenia skargi na działanie organu wykonawczego Gminy Pabianice

Na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 15 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 506), art. 229 pkt 3 oraz 246 ustawy z dn. 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 z 2019 r, poz.60, 730, 1133), uchwała się co następuje:

§ 1. Skargę firmy „Kral” Sp. z o.o. na działanie organu wykonawczego Gminy Pabianice w zakresie sposobu opracowania dokumentacji przetargowej - specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych uznaje się za niezasadną.

§ 2. Integralną część uchwały stanowi jej uzasadnienie.

§ 3. Wykonanie uchwały powierza się Przewodniczącemu Rady Gminy Pabianice.

§ 4. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Przewodniczący  
Rady Gminy Pabianice  
Jerzy Błoch

## UZASADNIENIE

Dnia 16 sierpnia 2019 r. do Urzędu Gminy Pabianice wpłynęła skarga firmy „Kral” Sp. z o.o. z dnia 14 sierpnia 2019 r. w sprawie sposobu opracowania dokumentacji przetargowej - specyfikacji istotnych warunków zamówienia (**dalej: „SIWZ”**) w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych pn.

1. *„Rozbudowa drogi nr 108257E przez Szynkielew I na odcinku od zakrętu przy pos. 29 do drogi krajowej 71” oraz*
2. *„Remont drogi gminnej nr 108280E w miejscowości Rydzyny Dolne”.*

W ramach wyjaśnień co do zamieszczonych w skardze zarzutów wskazać należy następujące fakty:

w dniu 31.07.2019 r. Gmina Pabianice, reprezentowana przez Wójta Gminy Pabianice, zwana dalej Zamawiającym, wszczęła postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na:

1. Rozbudowę drogi nr 108257E przez Szynkielew I na odcinku od zakrętu przy pos. 29 do drogi krajowej 71” (znak sprawy: DPP.271.4.2019) oraz
2. Remont drogi gminnej nr 108280E w miejscowości Rydzyny Dolne (znak sprawy: DPP.271.5.2019).

Przed otwarciem ofert do Zamawiającego wpłynęły zapytania Wykonawców (w tym od firmy KRAL SP. z o.o. z Łodzi - pismo z dnia 7.08.2019 r i 8.08.2019 r) co do treści SIWZ, dotyczące obu ww. postępowań przetargowych. Pytania Wykonawcy „KRAL” Sp. z o.o. dotyczyły m.in. kryterium środowiskowego „S” ustanowionego w niniejszych postępowaniach przez Zamawiającego. Wykonawca wnioskował w obu ww. postępowaniach o:

- „**zmianę SIWZ w zakresie pkt 14.1. – tj. kryteriów oceny ofert – w zakresie usunięcia kryterium środowiskowego „S” oraz w konsekwencji zmiany wagi pozostałych kryteriów oceny ofert**”- w obu postępowaniach
- „**oraz usunięcie treści § 5 ust. 1 pkt i) Załącznika nr 7 do SIWZ – „wzoru umowy”- w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.4.2019, „oraz usunięcie treści § 6 ust. 1 pkt i) Załącznika nr 7 do SIWZ – „wzoru umowy” - w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.5.2019.**

Zamawiający w rozdziale XIV pkt 14.1. SIWZ - w obu postępowaniach, określił jako jedno z kryteriów oceny ofert kryterium środowiskowe "S" o wadze 10%. Zamawiający w ramach tego kryterium, zgodnie z treścią SIWZ zapisał, że przyzna 10 punktów Wykonawcy, który zadeklaruje, iż skieruje do realizacji zamówienia co najmniej 3 sztuki: pojazdów samowładowczych lub ciągników siodłowych z naczepami samowładowczymi o emisji spalin EURO 6, których skrzynie ładunkowe są przystosowane do przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych, tj. termicznie izolowane (Termosy).” Ponadto, w treści odpowiednio: § 5 ust. 1 pkt i) Załącznika nr 7 do SIWZ – „wzoru umowy” i § 6 ust. 1 pkt i) Załącznika nr 7 do SIWZ – „wzoru umowy”- zawarł karę umowną z tytułu nie przedłożenia dokumentów „potwierdzających, iż Wykonawca realizuje zamówienie co najmniej trzema pojazdami samowładowczymi lub ciągnikami siodłowymi z naczepami samowładowczymi

o emisji spalin EURO 6, których skrzynie ładunkowe są przystosowane do przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych, tj. dokumentów technicznych, dowodów rejestracyjnych, certyfikatów itp. - w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy stwierdzony przypadek.”

Wykonawca zadał także pytanie:

- w odniesieniu do postępowania o znaku: DPP.271.4.2019:

**„w przypadku braku wyrażenia zgody na zmianę treści SIWZ poprzez usunięcie § 5 ust. 1 pkt i) „wzoru umowy” oraz pkt 14.1.3. SIWZ, Wykonawca prosi o wyjaśnienie treści § 5 ust. 1 pkt. i) Umowy, tj. wyjaśnienie:**

a. Czy wykonawca ma obowiązek realizować zamówienie wyłącznie pojazdami o kategorii emisji spalin EURO 6 czy też dopuszczona jest realizacja zamówienia również innymi pojazdami (np. trzema pojazdami o kategorii emisji spalin EURO 6 oraz 3 pojazdami o innej kategorii emisji spalin)?

b. Jakie okresy realizacji zamówienia będą podlegać ocenie Zamawiającego w zakresie spełnienia warunku realizacji zamówienia co najmniej trzema pojazdami o kat. EURO 6? Czy wystarczające będzie używanie przez cały okres realizacji 3 pojazdów o kategorii emisji spalin EURO 6 i jednocześnie, wymienne używanie również innych pojazdów, przystosowanych do przewozu mieszanek mineralno bitumicznych? Czy też Zamawiający wymaga np. używania trzech pojazdów o kategorii emisji spalin EURO 6 każdego dnia prowadzenia robót?

c. W jaki sposób Zamawiający rozumie słowa „za każdy stwierdzony przypadek”? Czy każdy stwierdzony przypadek dotyczy nie realizowania zamówienia co najmniej trzema pojazdami z kategorią EURO 6 (w toku całego okresu realizacji zamówienia) czy też za każdy stwierdzony przypadek w ciągu danego dnia, tygodnia lub miesiąca, w którym Wykonawca używałby samochodów o innej kategorii emisji spalin?

d. Czy wyżej wymieniona kara umowna dotyczy nie przedłożenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających certyfikaty, dokumenty techniczne i dowody rejestracyjne dot. samochodów, czy też dotyczy dokumentów potwierdzających realizację zamówienia przez takie pojazdy, tzn. np. dokumenty W-Z / dokumenty przewozowe? a także wnosi o ustanowienie limitu kar umownych na poziomie 25% wynagrodzenia umownego brutto.”

- w odniesieniu do postępowania o znaku: DPP.271.4.2019:

**„w przypadku braku wyrażenia zgody na zmianę treści SIWZ poprzez usunięcie § 6 ust. 1 pkt i) „wzoru umowy” oraz pkt 14.1.3. SIWZ, Wykonawca prosi o wyjaśnienie treści § 6 ust. 1 pkt. i) Umowy, tj. wyjaśnienie:**

- Czy wykonawca ma obowiązek realizować zamówienie wyłącznie pojazdami o kategorii emisji spalin EURO 6 czy też dopuszczona jest realizacja zamówienia również innymi pojazdami (np. trzema pojazdami o kategorii emisji spalin EURO 6 oraz 3 pojazdami o innej kategorii emisji spalin)?
- Jakie okresy realizacji zamówienia będą podlegać ocenie Zamawiającego w zakresie spełnienia warunku realizacji zamówienia co najmniej trzema pojazdami o kat. EURO 6? Czy wystarczające będzie używanie przez cały okres realizacji 3 pojazdów o kategorii emisji spalin EURO 6 i jednocześnie, wymienne używanie również innych pojazdów, przystosowanych do przewozu mieszanek mineralno-bitumicznych? Czy też Zamawiający wymaga np. używania trzech pojazdów o kategorii emisji spalin EURO 6 każdego dnia prowadzenia robót?
- W jaki sposób Zamawiający rozumie słowa „za każdy stwierdzony

*przypadek”? Czy każdy stwierdzony przypadek dotyczy nie realizowania zamówienia co najmniej trzema pojazdami z kategorią EURO 6 (w toku całego okresu realizacji zamówienia) czy też za każdy stwierdzony przypadek w ciągu danego dnia, tygodnia lub miesiąca, w którym Wykonawca używałby samochodów o innej kategorii emisji spalin? Czy wyżej wymieniona kara umowna dotyczy nie przedłożenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających certyfikaty, dokumenty techniczne i dowody rejestracyjne dot. samochodów, czy też dotyczy dokumentów potwierdzających realizację zamówienia przez takie pojazdy, tzn. np. dokumenty W-Z/dokumenty przewozowe, a także wnosi o ustanowienie limitu kar umownych na poziomie 25% wynagrodzenia umownego brutto.*

W dniu 9 sierpnia 2019 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej oraz przesłał drogą elektroniczną do ujawnionych w toku postępowania Wykonawców pisma z odpowiedziami na zapytania do SIWZ i modyfikacją treści SIWZ, w którym w odniesieniu do zapytań Wykonawcy cytowanych w punkcie 2 niniejszego pisma Zamawiający zamieścił odpowiedzi i dokonał modyfikacji treści SIWZ (zgodnie z art. 38 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm. - zwana dalej Pzp) dotyczących obu ww. postępowań. Zamawiający rozważył także wątpliwości Wykonawcy i odpowiedział, że **nie wyraża zgody na zmianę w zakresie pkt. 14.1 SIWZ, tj. kryteriów oceny ofert - w obu postępowaniach oraz na usunięcie odpowiednio treści paragrafu 5 ust. 1 pkt i) Załącznika nr 7 do SIWZ - wzoru umowy - w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.4.2019 oraz treści paragrafu 6 ust. 1 pkt i) Załącznika nr 7 do SIWZ - wzoru umowy - w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.5.2019. Jednocześnie, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający dokonał modyfikacji treści Załącznika nr 7 do SIWZ - wzoru umowy w zakresie paragrafu 1 - w obu postępowaniach oraz odpowiednio paragrafu 5 - w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.4.2019 i paragrafu 6 - w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.5.2019, w następujący sposób:**

- w paragrafie 1 „Zakres umowy” po ust. 9 dodał ustępy 10, 11 i 12 (w obu postępowaniach) o następującej treści:

„10. Zamawiający wymaga aby Wykonawca, który zobowiązał się w ofercie w ramach kryterium środowiskowego „S” opisanego w rozdziale XIV SIWZ, do skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 3 sztuk: pojazdów samowyladowczych lub ciągników siodłowych z naczepami samowyladowczymi o emisji spalin EURO 6, których skrzynie ładunkowe są przystosowane do przewozu mieszanek mineralno- bitumicznych tj. termicznie izolowane (Termosy), realizował zamówienie w zakresie przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych tymi pojazdami. Jeżeli realizacja zamówienia w tym zakresie wymagałaby od Wykonawcy większej ilości pojazdów to Zamawiający wymaga aby co najmniej 3 pojazdy spełniały ww. wymagania.

11. Wykonawca spełni wymaganie opisane w ust. 10 jeżeli nie później niż na dzień przed wskazanym przez niego w wykazie dniem, w którym realizowany będzie przewóz mieszanek mineralno - bitumicznych do realizacji zamówienia przedstawi Zamawiającemu wykaz pojazdów skierowanych do przewozu wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż wskazane pojazdy spełniają wyżej wymienione wymagania tj. dokumenty techniczne, dowody rejestracyjne, certyfikaty itp. Zamawiający zastrzega sobie prawo skontrolowania na terenie realizacji zamówienia czy przewóz mieszanek mineralno - bitumicznych jest realizowany przez wskazane przez Wykonawcę w wykazie pojazdy, w szczególności żądania od Wykonawcy przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż Wykonawca realizuje zamówienie wymaganymi pojazdami.

12. Z tytułu niedopełnienia przez Wykonawcę wymagań opisanych w ust. 10 i 11 tj. nieprzedłożenia wykazu pojazdów wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż wskazane pojazdy spełniają wyżej wymienione wymagania bądź braku realizacji przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych wymaganymi pojazdami - Zamawiający przewiduje sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez Wykonawcę odpowiednio kary umownej, o której mowa w § 5.”

- w odpowiednio paragrafie 5 „Kary umowne” ustęp 1 lit. i) - w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.4.2019 i paragrafie 6 „Kary umowne” ustęp 1 lit. i) - w postępowaniu znak sprawy: DPP.271.5.2019 otrzymały nowe brzmienie:

„i) w przypadku niedopełnienia przez Wykonawcę wymagań opisanych w paragrafie 1 ust. 10 i 11 umowy tj. nieprzedłożenia wykazu pojazdów przed wskazanym tam dniem realizacji przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych, wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż wskazane pojazdy spełniają wyżej wymienione wymagania bądź braku realizacji przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych wymaganymi pojazdami - w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy stwierdzony przypadek.”

***Poprzez ww. modyfikację SIWZ Zamawiający doprecyzował, że wymaga aby Wykonawca, który zobowiązał się w ofercie w ramach kryterium środowiskowego „S” opisanego w rozdziale XIV SIWZ (w ramach obu postępowań), do skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 3 sztuk: pojazdów samowyladowczych lub ciągników siodłowych z naczepami samowyladowczymi o emisji spalin EURO 6, których skrzynie ładunkowe są przystosowane do przewozu mieszanek mineralno - bitumicznych tj. termicznie izolowane (Termosy), realizował zamówienie w zakresie przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych tymi pojazdami. Zamawiający nie wymagał zatem, aby Wykonawca dysponował przez cały okres realizacji zamówienia ww. pojazdami, a jedynie podczas realizacji zamówienia w zakresie przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych, czyli de facto w okresie kilku dni. Zamawiający w ramach tego kryterium nie wymagał aby Wykonawca był właścicielem tym pojazdów. Wykonawca sam mógł dokonać wyboru, czy kupi takie pojazdy, czy będzie nimi dysponował w celu realizacji zamówienia podczas przewozu mieszanek mineralno – bitumicznych na innej podstawie niż prawo własności.***

Zamawiający w ramach obu postępowań utrzymał zapis w SIWZ dotyczący kryteriów oceny ofert. Ustanowione kryteria to:

- 1) Cena „C”- wartość brutto ogółem przedstawiona w ofercie- waga 60%;
- 2) Skrócony termin wykonania zamówienia „T”- waga 20%;
- 3) Kryterium środowiskowe „S”- waga 10%
- 4) Okres dodatkowej gwarancji jakości „G”– waga 10%;

Zamawiający uznał, że kryterium środowiskowe otrzyma wagę 10%, a punkty w ramach tego kryterium będą przyznawane Wykonawcy według następujących zasad:

- 10 punktów otrzyma Wykonawca, który zadeklaruje, iż skieruje do realizacji zamówienia co najmniej 3 sztuki: pojazdów samowyladowczych lub ciągników siodłowych z naczepami samowyladowczymi o emisji spalin EURO 6, których skrzynie ładunkowe są przystosowane do przewozu mieszanek mineralno- bitumicznych tj. termicznie izolowane (Termosy).

- jeżeli Wykonawca nie zadeklaruje, iż skieruje do realizacji zamówienia co najmniej 3 sztuki ww. pojazdów spełniających opisane wymagania, Zamawiający w tym kryterium przyzna ofercie 0 punktów.

***Decyzja Zamawiającego o takim sformułowaniu zasad przyznania punktów w tym kryterium podyktowana była zamiarem realnego osiągnięcia celu jaki przyświecał***

*ustanowieniu tego kryterium, tzn. ograniczeniu szkodliwych emisji z paliw pojazdów wykorzystywanych do przewozu mieszanek mineralno - bitumicznych, które wywierają negatywny wpływ na środowisko.* Dopuszczenie punktowanie mniejszej ilości pojazdów w ramach tego kryterium mogłoby umożliwić Wykonawcy dysponowanie 1 wymagany pojazdem i wykonywanie takiego przewozu tym 1 pojazdem i równocześnie kilkoma innymi, nie spełniającymi wymagań opisanych w ramach kryteriów i emitującymi większe zanieczyszczenia środowiska. Zamawiający uznał, że dopiero punktowanie dysponowania minimum 3 opisanymi w ramach kryterium środowiskowego pojazdami, zapewni realnie ograniczeniu szkodliwych emisji z paliw pojazdów wykorzystywanych do przewozu mieszanek mineralno - bitumicznych.

Reasumując, nie można zgodzić się z zarzutami wskazanymi w skardze, gdyż działanie Zamawiającego polegające na zapisaniu w dokumentacji postępowania kryterium środowiskowego nie miało na celu niezgodnego z prawem uprzywilejowania jakiegokolwiek Wykonawcy, a jedynie osiągnięciu celu związanego z ochroną środowiska. Gmina Pabianice, jako „Zamawiający” nie postawiła w toku postępowania przed Wykonawcami wygórowanych, nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w obu postępowaniach, których dotyczy skarga sformułowano zgodnie z zasadą proporcjonalności i w sposób, który umożliwił szerokiemu gronu Wykonawców ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z zasadą konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców. Zasadę proporcjonalności w zamówieniach publicznych tak jak zacytował w swej skardze podmiot Skarżący należy rozumieć jako „zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia”. Z powyższego względu, umożliwienie realnej konkurencji w ramach postępowania, wymaga „wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców”. Zamawiający nie postawił wygórowanych wymagań przed Wykonawcami i nie wyeliminował z postępowania Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Według Zamawiającego ustanowienie kryterium środowiskowego nie może być uznane za nieproporcjonalne w stosunku do skali zamówienia oraz jego szacunkowej wartości jak również nie może być uznane jako utrudniające dostęp do udziału w postępowaniu Wykonawcom, którzy byliby zdolni do jego wykonania nie naruszając zasady uczciwej konkurencji. Zamawiającemu przy ustanawianiu kryterium środowiskowego przyświecał cel związany z ochroną środowiska, co w obecnych czasach ma bardzo duże znaczenie, gdyż nawet na gruncie unijnych przepisów podkreśla się wagę i potrzebę wprowadzania do zamówień publicznych kryteriów środowiskowych.

Tworząc dokumentację przetargową Gmina Pabianice, jako „Zamawiający” przeanalizowała czynności związane z realizacją zamówienia i w duchu europejskiego trendu związanego z ochroną środowiska podjęła decyzję o ustanowieniu kryterium środowiskowego i konkretnym sformułowaniu zasad przyznania punktów w tym kryterium. Ustanowieniu tego kryterium przyświecał cel ograniczenia szkodliwych emisji z paliw pojazdów wykorzystywanych do przewozu mieszanek mineralno - bitumicznych, które wywierają negatywny wpływ na środowisko. Dodatkowo, Zamawiający wykazał bezpodstawność argumentów Wykonawcy o eliminacji przez Zamawiającego Wykonawców z postępowania poprzez ustanowienie kryterium środowiskowego przedstawiając, iż Wykonawca złożył jednak oferty w obu postępowaniach, których dotyczy skarga, tj. w postępowaniach oznaczonych numerami: DPP.271.4.2019 oraz DPP.271.5.2019 i w swoich ofertach oświadczył wstępnie, iż spełnia ustanowione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, Skarżący Wykonawca nie został wyeliminowany z

udziału w postępowaniu - został do niego dopuszczony i może konkurować na równi z innymi Wykonawcami o udzielenie zamówienia publicznego.  
W świetle przedstawionych powyżej wyjaśnień wniesioną skargę dotyczącą obu postępowań należy uznać za niezasadną.