

Sygn. akt: KIO 1095/10

WYROK
z dnia 25 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Piotr Kozłowski

Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b.**

przy udziale **Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego** oraz

przy udziale **Moebius- Bau Polska Sp. z o.o., ul. Mieszka I, 71-011 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Odwołującego.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Gdyni - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Przebudowę nabrzeża północnego w basenie X w Bazie Morskiej Gdynia”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 24 maja 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 2 czerwca 2010 roku wykonawca - Warbud Spółka Akcyjna, Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa (dalej: odwołujący lub Warbud) - złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność zamawiającego polegającą na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1816), zwanego dalej „rozporządzeniem o dokumentach”.

Odwołujący wniósł o: 1. dokonania zmiany sekcji III.2.3 lit. a ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej poprzez wykreślenie dotychczasowej treści i wpisanie w to miejsce słów „Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:

- a) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie pali Tubex D = 406/560 MM albo pali wbijanych z rur stalowych zamkniętych albo pali wbijanych lub wwibrowywanych z rur stalowych otwartych albo pali wierconych w rurze obsadowej, o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł netto,
- b) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie ścianki szczelinowej o głębokości nie mniejszej niż 15m albo ścianki szczelnej o długości brusów nie

- mniejszej niż $L = 15\text{m}$ i wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto,
- c) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie płyty żelbetowej wraz z oczepem na konstrukcji hydrotechnicznej o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto,
 - d) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie robót instalacyjnych w zakresie sieci co., wod-kan., instalacji paliwowych, elektroenergetycznych do 15 kV o wartości tego elementu nie mniejszej niż 500.000,00 zł netto,";
2. dokonania zmiany sekcji III.2.3.1.1 pkt 2 lit. a ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego poprzez wykreślenie dotychczasowej treści i wpisanie w to miejsce słów: „Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:
- a) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie pali Tubex o średnicy $D = 406/560\text{ MM}$ albo pali wbijanych z rur stalowych zamkniętych albo pali wbijanych lub wwibrowywanych z rur stalowych otwartych albo pali wierconych w rurze obsadowej, o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł netto,
 - b) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie ścianki szczelinowej o głębokości nie mniejszej niż 15m albo ścianki szczelnej o długości brusów nie mniejszej niż $L = 15\text{m}$ i wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto,
 - c) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie płyty żelbetowej wraz z oczepem na konstrukcji hydrotechnicznej o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto,
 - d) co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie robót instalacyjnych w zakresie sieci co., wod-kan., instalacji paliwowych, elektroenergetycznych do 15 kV o wartości tego elementu nie mniejszej niż 500.000,00 zł netto,";
3. wykreślenie w sekcji III.3.II.2 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez Zamawiającego słów „(umowa wraz z protokołem odbioru lub referencjami)";
4. wykreślenie ostatniego zdania Załącznika nr 2 do ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego i wpisanie w to miejsce słów: „Do każdej roboty wykazanej w wykazie należy załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.";
5. dodanie na końcu sekcji III.2.3. lit. e tiret pierwszy ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej słów „lub równoważnym";

6. dodanie na końcu sekcji III.3.1.1 pkt 3 lit. e tiret pierwszy ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego słów „lub równoważnym”.

W uzasadnieniu odwołania Warbud podnosił, że inwestycja, której wykonanie muszą wykazać wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia jest w zasadzie identyczna z przedmiotem tego zamówienia. Jednakże ilość zrealizowanych zamówień o identycznym charakterze z przedmiotem zamówienia, nie tylko w Polsce, ale i w Europie sprawia, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się nieliczni wykonawcy. W Polsce została bowiem zrealizowana jedna inwestycja spełniająca kryteria Zamawiającego, co oznacza, że tylko ten Wykonawca będzie mógł ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jako formę dyskryminacji pośredniej, przyjmuje ustalenie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczających krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wskazuje, że wnioskowana przez zmianę wymogów w zakresie doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w żaden sposób nie sprawia, że zamówienie będzie mógł pozyskać wykonawca nie posiadający doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji. Każdy wykonawca będzie musiał wykazać się doświadczeniem, które zdaniem Odwołującego pozwala przyjąć, że wybrany wykonawca zrealizuje przedmiot niniejszego zamówienia należycie. Odwołujący podał, że zgadza się, że wykazanie doświadczenia jest konieczne celem potwierdzenia, że określony wykonawca posiada niezbędne umiejętności oraz dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jednak w jego opinii żądanie wykazania się wykonaniem zamówienia praktycznie identycznego z zamówieniem będącym przedmiotem niniejszego postępowania stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Zdaniem Odwołującego, postawiony przez Zamawiającego wymóg wykonania pali Tubex D = 406/560 MM jest nieuzasadniony, gdyż istnieją inne równoważne technologie wykonywania pali z pozostawieniem rury obsadowej. Zalicza się do nich pale wbijane z rur stalowych zamkniętych, pale wbijane lub wwibrowywane z rur stalowych otwartych a także pale wiercone w rurze obsadowej. Każda spośród wymienionych technologii pozwala na zrealizowanie inwestycji tożsamej z przedmiotem zamówienia niniejszego postępowania, w związku z czym nie istnieją przesłanki do ograniczenia doświadczenia wykonawców wyłącznie do wykonania pali Tubex D = 406/560 MM. Oznacza to, że również wykonawcy, którzy wykonali pale przy użyciu wyżej wymienionych technologii powinni mieć możliwość udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W opinii Odwołującego nieuzasadnione jest także postawienie wymogu wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonaniem co najmniej jedną robotę budowlaną zawierającą wykonanie ścianki szczelinowej o głębokości nie mniejszej niż 15 m albo ścianki szczelnej o długości brusów nie mniejszej niż $L = 15\text{m}$ i wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto. Trzeba podkreślić, że w przypadku realizacji ścianek szczelinowych nie wykonuje się bursów co sprawia, że tak określony wymóg staje się niejednoznaczny i konsekwencji może spowodować unieważnienie postępowania ze względu na brak możliwości porównania złożonych przez wykonawców wniosków.

W zakresie żądania przez Zamawiającego umów wraz z protokołem odbioru lub referencjami w celu potwierdzenie spełnienia warunków należy załączyć wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych odwołujący stwierdził, że wymóg postawiony przez Zamawiającego w sekcji III.3.II.2. opublikowanego przez niego ogłoszenia o zamówieniu oraz Załączniku nr 2 do tego ogłoszenia jest sprzeczny z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach. Ponadto, podał, że Zamawiający nie sformułował tożsamego wymogu w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co może wprowadzać wykonawców w błąd co do postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W sekcji III.2.3 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w sekcji III.2.3.1.1 pkt 2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie internetowej, Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną w skład której wchodził następujący zakres robót: roboty zawierające wykonanie pali Tubex $D = 406/560\text{ MM}$ o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł netto, roboty zawierające wykonanie ścianki szczelinowej o długości brusów nie mniejszej niż $L = 15\text{m}$ i wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto, roboty zawierające wykonanie płyty żelbetowej wraz z ocepem na konstrukcji hydrotechnicznej o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto, roboty zawierające wykonanie robót instalacyjnych w zakresie sieci co., wod-kan.,

instalacji paliwowych, elektroenergetycznych do 15 kV o wartości tego elementu nie mniejszej niż 500.000,00 zł netto.

W sekcji III.2.3 lit. e) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w sekcji III.2.3.1.1 pkt 3 lit. e ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie internetowej, Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę dysponowania następujący sprzętem: urządzeniem do wykonywania pali Tubex metodą wciskową, holownikiem o mocy 150 KM lub powyżej, pontonem o nośności 100 T lub powyżej, łodzią roboczą, bazą nurkową.

W sekcji III.2.3 II w pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dokumenty, jakie należy załączyć do składnego wniosku na potwierdzenie spełniania warunków -podano „Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych”.

W sekcji III.3.II.2 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez Zamawiającego na stronie internetowej wskazano, że dokumenty, jakie należy załączyć do składanego wniosku na potwierdzenie spełnienia warunków to wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych zgodny z Załącznikiem Nr 2 wraz z dokumentami (umowa wraz z protokołem odbioru lub referencjami) potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W dniu 2 czerwca 2010 r. Zamawiający zmodyfikował ogłoszenie o zamówieniu w ten sposób iż, w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz odpowiedniego sprzętu podał: „ a) Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną w skład której wchodzi następujący zakres robót: roboty zawierające wykonanie rurowych pali stalowych przy technologii gwarantującej brak negatywnego wpływu na sąsiednie budowle i bezpośrednie otoczenie (pale wkręcane lub wciskane) o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł netto, roboty zawierające wykonanie ścianki szczelnej o długości brusów nie mniejszej niż L = 15m i wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto, roboty zawierające wykonanie płyty żelbetowej wraz z oczepem na konstrukcji hydrotechnicznej o wartości tego elementu robót nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł netto, roboty zawierające wykonanie robót instalacyjnych w zakresie sieci co., wod-kan., instalacji paliwowych, elektroenergetycznych do 15 kV o wartości tego elementu nie mniejszej niż 500.000,00 zł netto. (...) e) Wykonawca dysponuje następującym sprzętem: urządzeniem do

wykonywania rurowych pali stalowych, przy pomocy technologii gwarantującej brak negatywnego wpływu na sąsiednie budowle i bezpośrednie otoczenie (pale wkręcane lub wciskane), holownikiem o mocy 150 KM lub powyżej, pontonem o nośności 100 T lub powyżej, łodzią roboczą, bazą nurkową".

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Kwestią odrębną jest natomiast zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Zgodnie z ugruntowaną praktyką orzeczniczą Izby, zarzuty które zostały wycofane przez Odwołującego pozostawia się bez rozpoznania. W związku z powyższym, podniesione w odwołaniu, zarzuty dotyczące nadmiernego żądania dokumentów (sekcja III.3.II.2 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez Zamawiającego na stronie internetowej) niezgodnie z ustawą i rozporządzeniem w sprawie dokumentów oraz tożsamości treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z treścią ogłoszenia opublikowanego przez Zamawiającego na stronie internetowej w zakresie rodzaju dokumentów potwierdzających doświadczenie wykonawcy nie zostały rozpoznane, gdyż na rozprawie strony zgodnie twierdziły, że Zamawiający dokonał zmian ogłoszenia żądanych przez Odwołującego. W związku z tym zarzuty zgłoszone przez Warbud w odwołaniu we wskazanym zakresie stały się be zprzedmiotowe i zostały wycofane n a rozprawie pr zez Odwołującego.

Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. 7 ust. 1 ustawy w zakresie nieprawidłowego sformułowania warunku udziału w postępowania zawartego w sekcji III.2.3 lit a) i e) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz sekcji III.2.3.1.1 pkt 2 lit a) i e) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego i biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy stwierdziła, iż zarzuty nie potwierdziły się.

Artykuł 22 ustawy określa katalog warunków, które musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z powyższym przepisem wykonawca musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie. Oprócz ustawowych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, które są doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikają ze specyfiki udzielanego zamówienia, jak również wartości zamówienia. Należy podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z głównych i podstawowych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym formułując warunki Zamawiający nie może tego czynić w sposób dowolny i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. Dokonując tej czynności Zamawiający winien mieć na uwadze jej cel - wybór wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówień „odpowiadających swoim rodzajem i wartością” przedmiotowi zamówienia.

W niniejszym postępowaniu wykonawcy mają się wykazać doświadczeniem w kompleksowym wykonaniu jednej roboty budowlanej obejmującej 4 odrębne roboty budowlane. Oznacza to, że Zamawiający wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w kompleksowym wykonaniu tego typu robót, co gwarantuje Zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, „(...) a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością” (P.Granecki, Prawo zamówień publicznych, komentarz, Warszawa 2007, s. 97). Tak więc, umiejętność kompleksowego wykonania określonych robót budowlanych musi być poparta praktyką zdobytą oraz ugruntowaną w trakcie realizacji wcześniejszych prac. Należy zauważyć, że to Zamawiający decyduje, co stanowi przedmiot zamówienia oraz jakie warunki udziału w postępowaniu wykonawca powinien spełnić, aby móc ubiegać się o określone zamówienie z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie przepisów. W przedmiotowej sytuacji, miejsce i specyfika przewidzianych do wykonania prac budowlanych nie pozwoliła Zamawiającemu złączyć warunku udziału w zakresie doświadczenia kwalifikującego do dalszej tury postępowania przetargowego. Dodatkowo, Izba uznaje, iż wykonawca nie wykazał, że postawiony wymóg nie jest uzasadniony, jak również, że nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, a tym samym podnoszony zarzut naruszenia wskazanych przepisów ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, okoliczność, iż wykonawca na chwilę obecną nie spełnia warunku udziału w postępowaniu nie uzasadnia twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców, w szczególności w sytuacji, gdy wymagania Zamawiającego są uzasadnione jego potrzebami, które mogą nie zostać zaspokojone przy innym sformułowaniu wymagań. Nieuprawnione jest wymaganie od Zamawiającego, aby zrezygnował on z ochrony własnych interesów w postaci kompleksowego wykonania zamówienia nadmiernie obniżając wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienie wykonawcom nie posiadającym doświadczenia w realizacji przedsięwzięć o skali porównywalnej do przedmiotu zamówienia.

Oceniając zarzut Odwołującego dotyczący wykazania się doświadczeniem w wykonaniu pali w odpowiedniej technologii, Izba uznała za słuszne i uzasadnione stanowisko Zamawiającego.

Dokonując oceny przedstawionych na rozprawie stanowisk stron oraz dowodów znajdujących się w dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie udowodnił, iż zastosowanie zaproponowanych przez Warbud pali wbijanych z rur stalowych zamkniętych albo pali wbijanych lub wwbrowywanych z rur stalowych otwartych czy też pali wierconych w rurze obsadowej, gwarantuje właściwą technologię wykonania zamówienia oraz brak negatywnego wpływu na sąsiednie budowle i bezpośrednie otoczenie.

Izba stwierdziła, że Zamawiający pierwotnie przewidział wykonanie pali w technologii TUBEX. Następnie ww. zakresie dokonał zmian i żądał wykonania pali stalowych przy pomocy technologii gwarantującej brak negatywnego wpływu na sąsiednie budowle i bezpośrednie otoczenie (pale wkręcane lub wciskane). Zda niem Izby przedstawiona na rozprawie okoliczność stanu nabrzeża uzasadnia wyłączenie zastosowania technologii wykazującej drgania, ponieważ w przypadku jej zastosowania grozi to negatywnym wpływem na sąsiednie budowle a nawet zawaleniem nabrzeża przy jego obecnym stanie technicznym.

Zarzut Odwołującego, iż w kraju jest tylko jeden wykonawca który wykonuje ww. roboty w technologii wskazanej przez Zamawiającego należy uznać za nietrafiony, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W związku z powyższym Izba prezentuje pogląd, iż przy ocenie możliwości zrealizowania danego warunku należy mieć na względzie przedsięwzięcia realizowane co najmniej na rynku europejskim. Ponadto, podnieść należy, że jeżeli dany podmiot nie posiada doświadczenia w danym zakresie nie uniemożliwia mu uczestnictwa w postępowaniu, bowiem z godnie z art. 23 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, a w szczególności specyfikę i skalę zamawianej roboty budowlanej oraz szczególny charakter prowadzonej przez Zamawiającego działalności, skład orzekający Izby uznał za dopuszczalne sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób w jaki uczynił to zamawiający. W sytuacji uznania przez Izbę prawidłowości sformułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie technologii wykonania pali konsekwentnie za słuszny należy uznać także warunek dotyczący dysponowania określonym sprzętem służący do wykonywania ww. prac.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).