

Sygn. akt: KIO 946/22

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 kwietnia 2022 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 marca 2022 roku** przez wykonawcę **Aquaren Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

A. Zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego:**

- 1) **AARSLEFF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;**
- 2) **Amiblu Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej;**
- 3) **T. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MELIORANT T. Z. i Spółka, Spółka komandytowa z siedzibą w Garwolinie;**
- 4) **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "MELIOREX" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szkocji, Raczki;**

B. Zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego:**

- 1) **GSG Industria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie;**
- 2) **RTi Austria GmbH, z siedzibą w Pucking, Austria**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Aquaren Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu i:**
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Aquaren Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. zasądza od **Odwołującego - Aquaren Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu** na rzecz Zamawiającego – **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja kolektora ściekowego pomiędzy komorą układu przesyłowego do studni na kolektorze zrzutowym z przepompowni Żerań”, które zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2022/S 058153147 dnia 23 marca 2022 r.

Dnia 4 kwietnia 2022 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zmianami; dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie w tym postępowaniu złożył Wykonawca Aquaren Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec treści dokumentów tego zamówienia, czyli wobec:

- 1) pkt III.1.3) ppkt 1.1 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.1.2.1 lit. b) SWZ, które stanowią, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną (umowę) polegającą na bezwykopowej przebudowie lub renowacji odcinka sieci kanalizacyjnej z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych, gdzie wysokość kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji wynosiła minimum 1400 mm, a łączna długość odcinków o tej wysokości oraz w tej technologii wynosiła co najmniej 0,5 km,
- 2) pkt III.1.3) ppkt 1.1 lit. d) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.1.2.1 lit. d) SWZ, które stanowią, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej jedną usługę (umowę) polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej dla bezwykopowej przebudowy lub renowacji istniejącej kanalizacji z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych, gdzie wysokość kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji wynosiła minimum 1400 mm, a łączna długość odcinków o tej wysokości oraz w tej technologii wynosiła co najmniej 0,5 km,
- 3) pkt 5.1.1.3.2 lit. b) tiret 2 SWZ, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wskażą co najmniej 1 osobę, skierowaną do realizacji zamówienia, tj. do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, posiadającą łącznie co najmniej

24-miesięczne doświadczenie zawodowe (nabyte w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) na stanowisku polegającym na kierowaniu robotami budowlanymi (tj. pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót) lub nadzorowaniu robót budowlanych (tj. inspektora nadzoru inwestorskiego), w tym przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na bezwykopowej przebudowie lub renowacji istniejącej sieci kanalizacyjnej z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych, gdzie wysokość kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji wynosiła minimum 1400 mm, a łączna długość odcinków o tej wysokości oraz w tej technologii wynosiła co najmniej 0,5 km,

4) pkt 5.1.1.3.4 lit. b) tiret 2 SWZ, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wskażą co najmniej 1 osobę, skierowaną do realizacji zamówienia, tj. do pełnienia funkcji Projektanta branży sanitarnej, posiadającą: łącznie, co najmniej 24-miesięczne doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta branży instalacyjnej, w tym wykonanie (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego wymieniony w treści projektu), w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na bezwykopowej przebudowie lub renowacji istniejącej sieci kanalizacyjnej z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych, gdzie wysokość kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji wynosiła minimum 1400 mm, a łączna długość odcinków o tej wysokości oraz w tej technologii wynosiła co najmniej 0,5 km,

5) pkt 2.2.2.2 w zw. z pkt 2.2.2 PFU, który wskazuje bezwykopową renowację w technologii rur spiralnie zwijanych jako rozwiązanie technologiczne wymagane przez zamawiającego,

6) warunków wykonania i odbioru robót budowlanych WWIORB-04 Bezwykopowa renowacja kolektora metodą rur spiralnie zwijanych, które wskazują bezwykopową renowację w technologii rur spiralnie zwijanych jako rozwiązanie technologiczne wymagane przez zamawiającego,

7) pkt 4.2, 8.7 ust. 1 lit. a), 8.7 ust. 7, 10.1, 10.5, 11.9, 11.10 i 11.12 znajdujących się w części 1 kontraktu (akt umowy), a także pkt I, II, III i IV oraz nienumerowanego akapitu „okres gwarancji” znajdujących się w części 5 kontraktu (karta gwarancyjna) w zakresie, w jakim określają rury spiralnie zwijane jako obowiązkowy przedmiot świadczenia wykonawcy,

8) warunków wykonania i odbioru robót budowlanych WWIORB-05 Moduły GRP, WWIORB-06 Kinety GRP oraz WWIORB-07 Kinety GRP, w zakresie w jakim dokumenty te określają – dla modułów i elementy GRP, które mają być używane przy realizacji zamówienia – takie szczegółowe właściwości jak „procentowy udział włókna szklanego w całej strukturze

laminatu min. 35-45%" oraz „procentowy udział żywicy w całej strukturze laminatu min. 65-55%”.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niedokładny, co polegało na tym, że w pkt 2.2.1 PFU zamawiający wskazał technologię rur spiralnie zwijanych jako technologię preferowaną przez zamawiającego, podczas gdy w innych punktach PFU, czyli w pkt 2.2.2.2 w zw. z pkt 2.2.2, a także w innych dokumentach zamówienia, czyli w WWIORB-04 oraz we wzorze kontraktu, zamawiający określił technologię rur spiralnie zwijanych jako technologię obowiązkową, co powoduje, że dokumenty zamówienia są wewnętrznie sprzeczne i mogą budzić wątpliwości interpretacyjne,

2) art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób (i) niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz (ii) prowadzący do nierównego traktowanie wykonawców, co polegało na tym, że:

a) Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując w dokumentach zamówienia technologię rur spiralnie zwijanych, czyli technologię pochodzącą wyłącznie od jednego dostawcy (RTi Austria GmbH), jako technologię, której zastosowanie jest obowiązkowe przy realizacji zamówienia, co prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, gdyż realizacja zamówienia wymaga porozumienia się wykonawcy z RTi Austria GmbH, który jest podmiotem konkurującym na rynku bezwykopowej renowacji kanalizacji, a ponadto technologia rur spiralnie zwijanych wcale nie zapewnia lepszego efektu renowacji, niż inne, powszechnie dostępne, bezwykopowe technologie renowacji kanalizacji (np. technologia GRP, którą dysponuje m.in. odwołujący),

b) w warunkach wykonania i odbioru robót budowlanych WWIORB-05 Moduły GRP, WWIORB-06 Kinety GRP oraz WWIORB-07 Kinety GRP Zamawiający określił – dla modułów i elementy GRP, które mają być używane przy realizacji zamówienia – między innymi takie szczegółowe właściwości jak „procentowy udział włókna szklanego w całej strukturze laminatu min. 35-45%” oraz „procentowy udział żywicy w całej strukturze laminatu min. 65-55%”, które to właściwości nie wpływają na parametry wytrzymałościowe i inne parametry określone przez zamawiającego, natomiast ograniczają konkurencję, zawężając materiały, z których ma być wykonane zamówienie do materiałów pochodzących od wąskiego kręgu producentów (jeśli nie od jednego producenta),

3) art. 112 ust. 1 w zw. z 112 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp poprzez pkt 3 przygotowanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny, co polegało na tym, że Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w sposób, który

utrudnia uczciwą konkurencję, to jest wskazał w dokumentach zamówienia, że wykonawca musi posiadać doświadczenie w zakresie wykonania i zaprojektowania roboty budowlanej w technologii rur spiralnie zwijanych oraz skierować do realizacji zamówienia kierownika budowy i projektanta branży sanitarnej, którzy realizowali co najmniej jedną robotę budowlaną w technologii rur spiralnie zwijanych (i to dla wszystkich przypadków dodatkowo „gdzie wysokość kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji wynosiła minimum 1400 mm, a łączna długość odcinków o tej wysokości oraz w tej technologii wynosiła co najmniej 0,5 km”), co prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia (a wręcz wyeliminowania) konkurencji i do uprzywilejowania jednego wykonawcy – spółki Blejkan S.A. w Szczecinie,

4) art. 102 w zw. z art. 101 i art. 16 pkt 1 u.p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wykraczający poza określone tam sposoby, co polegało na tym, że w warunkach wykonania i odbioru robót budowlanych WWIORB-05 Moduły GRP, WWIORB-06 Kinety GRP oraz WWIORB-07 Kinety GRP Zamawiający określił – dla modułów i elementy GRP, które mają być używane przy realizacji zamówienia – między innymi takie szczegółowe właściwości jak „procentowy udział włókna szklanego w całej strukturze laminatu min. 35-45%” oraz „procentowy udział żywicy w całej strukturze laminatu min. 65-55%”, które to właściwości nie wpływają na parametry wytrzymałościowe i inne parametry określone przez zamawiającego, natomiast ograniczają konkurencję, zawężając materiały, z których ma być wykonane zamówienie do materiałów pochodzących od wąskiego kręgu producentów (jeśli nie od jednego producenta).

Odwołujący wnosil o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu usunięcie:
 - a) z ogłoszenia o zamówieniu następujących punktów:
 - pkt III.1.3) ppkt 1.1 lit. b),
 - pkt III.1.3) ppkt 1.1 lit. d),
 - b) z SWZ następujących punktów:
 - pkt 5.1.1.2.1 lit. b),
 - pkt 5.1.1.2.1 lit. d),
 - pkt 5.1.1.3.2 lit. b) tiret 2,
 - pkt 5.1.1.3.4 lit. b) tiret 2,
 - c) z PFU punktu 2.2.2.2,
 - d) z dokumentów zamówienia całych warunków wykonania i odbioru robót budowlanych WWiORB-04 Bezwykopowa renowacja kolektora metodą rur spiralnie zwijanych,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w następujących dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

a) w części 1 kontraktu (akt umowy) usunięcie wszystkich przypadków wystąpienia zwrotów „oraz Rury spiralnie zwijane” albo „oraz Rur spiralnie zwijanych” z następujących punktów:

- pkt 4.2,
- pkt 8.7 ust. 1 lit. a),
- pkt 8.7 ust. 7,
- pkt 10.1,
- pkt 10.5,
- pkt 11.9,
- pkt 11.10,
- pkt 11.12,

b) w części 2 kontraktu (karta gwarancyjna) usunięcie wszystkich przypadków wystąpienia zwrotów „oraz Rury spiralnie zwijane” albo „lub Rur spiralnie zwijanych” z następujących jednostek redakcyjnych: – pkt I,

- pkt II,
- pkt III,
- pkt IV,
- nienumerowanego akapitu „okres gwarancji”,

c) w warunkach wykonania i odbioru robót budowlanych WWIORB-05 Moduły GRP, WWIORB-06 Kinety GRP oraz WWIORB-07 Kinety GRP usunięcie wszystkich przypadków wystąpienia zwrotów, które określają dla modułów i elementy GRP, które mają być używane przy realizacji zamówienia, takie szczegółowe właściwości jak:

- „procentowy udział włókna szklanego w całej strukturze laminatu min. 35-45%”,
- „procentowy udział żywicy w całej strukturze laminatu min. 65-55%”, w tym zwłaszcza zwrotów zacytowanych powyżej,

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, a ponadto także:

a) wystąpienie przez Izbę do RTi Austria GmbH Oddział w Polsce, ul. Królowej Marysieńki 90, 02954 Warszawa z zapytaniem, czy technologia rur spiralnie zwijanych jest zastrzeżona prawnie i czy oprócz RTi Austria GmbH istnieją inne podmioty uprawnione i posiadające możliwość udostępnienia tej technologii do stosowania na terenie Polski, ewentualnie przesłuchanie na powyższe okoliczności świadka w osobie dyrektora S. S. (wezwanie na adres: RTi Austria GmbH Oddział w Polsce, ul. Królowej Marysieńki 90, 02-954 Warszawa),

b) zobowiązanie Zamawiającego, żeby przedstawił Izbie i Odwołującemu zestawienie wszystkich odcinków kanalizacji na terenie Warszawy poddanych renowacji metodą

bezwykopową ze wskazaniem, jaka część z nich została poddana renowacji z użyciem technologii rur spiralnie zwijanych, a jaka innymi technologiami,

c) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z odpowiedzi Zamawiającego z 1 kwietnia 2022 r. na pytania Odwołującego na okoliczność, że Zamawiający nie wytłumaczył merytorycznie, dlaczego określa dla rur i modułów GRP minimalny skład procentowy żywicy i włókna szklanego oraz nie odpowiedział na argumenty Odwołującego przemawiające przeciwko usunięciu wymogów w tym zakresie z dokumentów zamówienia,

d) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w specjalności bezwykopowej renowacji kanalizacji na okoliczność, że (i) technologia rur spiralnie zwijanych jest najdroższą technologią bezwykopowej renowacji kanalizacji i jest najrzadziej stosowana w Polsce, (ii) technologia GRP zapewnia taki sam efekt renowacji kanalizacji, jak technologia rur spiralnie zwijanych oraz (iii) oczekiwany przez Zamawiającego skład żywicy i włókna szklanego nie zapewnia modułom i elementom GRP lepszych parametrów odpornościowych czy wytrzymałościowych, niż w przypadku modułów i elementów GRP, które mają inny skład (takie same efekty można osiągnąć także stosując produkty o innym składzie).

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że 1 marca 2022 r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja kolektora ściekowego pomiędzy komorą układu przesyłowego do studni na kolektorze zrzutowym z przepompowni Żerań” o nr ref. 02297/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/B/2021, które zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2022/S 042-109981, suplement 2022/S 022-055962. Z treści ogłoszenia, a także z treści SWZ wynika, że Zamawiający – w ramach wcześniejszego postępowania – wymagał od wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu m.in. w postaci doświadczenia w zakresie: (i) wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej (umowy) polegającej na bezwykopowej przebudowie lub renowacji odcinka sieci kanalizacyjnej z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych oraz (ii) opracowania dokumentacji projektowej na taką robotę budowlaną, a także (iii) skierowania do wykonania zamówienia kierownika budowy i (iv) skierowania do wykonania zamówienia projektanta branży sanitarnej, którzy mają doświadczenie przy wykonaniu roboty budowlanej polegającej na bezwykopowej przebudowie lub renowacji odcinka sieci kanalizacyjnej z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych. Nie może to być jednak dowolna robota, a konkretnie przez zamawiającego ograniczona minimalną wysokością i długością kanału poddawanego renowacji. Ponadto jak wynika z pozostałych dokumentów zamówienia, tj. PFU i WWiORB, zamawiający wymaga zastosowania przy realizacji zamówienia technologii rur spiralnie zwijanych.

Pomimo tego, że do każdego przetargu na renowację kanalizacji przystępuje w ostatnim czasie prawie zawsze co najmniej kilku wykonawców, w ramach wcześniejszego postępowania została złożona wyłącznie jedna oferta. Była to oferta spółki Blejkan S.A. ze Szczecina.

Zamawiający unieważnił wcześniejsze postępowanie wskazując, że cena jedynej oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty.

Dnia 23 marca 2022 r. Zamawiający ogłosił obecne postępowanie

Dokumenty zamówienia w bieżącym postępowaniu są identyczne z dokumentami wcześniejszego postępowania, które zostało unieważnione. Oznacza to, że pomimo, iż w ramach wcześniejszego postępowania została złożona tylko jedna oferta, Zamawiający nadal wymaga od wykonawców doświadczenia i potencjału osobowego z doświadczeniem w zakresie zastosowania technologii rur spiralnie zwijanych (i to nie jakiegokolwiek doświadczenia, ale bardzo precyzyjnie określonego co do wysokości i długości kanału), a także wymaga od wykonawców zastosowania technologii rur spiralnie zwijanych przy realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że technologia rur spiralnie zwijanych jest technologią najdroższą i najbardziej czasochłonną z dostępnych technologii bezwykopowej renowacji kanalizacji. Z tego powodu bardzo rzadko stosuje się ją w Polsce lub innych średniozamożnych krajach. Technologia rur spiralnie zwijanych pochodzi z Japonii, a w Europie dysponuje nią wyłącznie jeden podmiot – austriacka spółka RTi Austria GmbH, która posiada swój oddział także w Polsce. Stosowanie rur spiralnie zwijanych bez współpracy z RTi jest obiektywnie niemożliwe. Aby zastosować omawianą technologię należy zawrzeć umowę, w ramach której RTi udostępni technologię i przeszkoli pracowników z jej stosowania. Spółka ta ma natomiast najprawdopodobniej zawartą umowę partnerską lub inną formę porozumienia ze spółką Blejkan S.A. ze Szczecina. Na stronie internetowej RTi określenie „SPR”, czyli określenie (nazwa) rur spiralnie zwijanych, występuje za każdym razem z dodatkiem znaku TM, co oznacza zastrzeżony znak towarowy (trade mark). Wskazuje to, że technologia rur spiralnie zwijanych jest zastrzeżona prawnie.

W Polsce było najprawdopodobniej tylko kilka przypadków renowacji kanalizacji z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych o wielkości przekrojów wymaganych przez zamawiającego, z czego największego zamówienia udzielił właśnie Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S. A. w 2017 r. Wykonawcą było wówczas konsorcjum firm – Blejkan S.A. ze Szczecina, a także RTi Poland sp. z o.o.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 2017 r. stawiane wykonawcom wymogi udziału w postępowaniu były następujące:

III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Kryteria kwalifikacji zgodnie z dokumentami zamówienia Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1. 1.zdolności technicznej lub zawodowej (DOŚWIADCZENIA) tj.:

Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat (słownie: pięć) przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na wykonaniu renowacji bezwykopowej profilowanych kanałów przełazowych o minimalnej wysokości 1,10 m lub wykonaniu renowacji bezwykopowej kanałów rurowych o średnicy min 1,00 m z użyciem metod: rury spiralnie zwijanej lub rękawa lub paneli GRP o wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 10 000.000,00 zł bez podatku VAT.

1.2. zdolności technicznej lub zawodowej (OSOBY) tj.:

a) Wykonawcy, którzy wskażą co najmniej 1 osobę, skierowaną do realizacji zamówienia, tj. do pełnienia funkcji Projektanta, posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych do projektowania wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia).

b) Wykonawcy, którzy wskażą co najmniej 1 osobę, skierowaną do realizacji zamówienia, tj. do pełnienia funkcji Projektanta, posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do projektowania wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia).

c) Wykonawcy, którzy wskażą co najmniej 1 osobę, skierowaną do realizacji zamówienia, tj. do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych do kierowania robotami budowlanymi wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia).

Z powyższego wynika, że w ramach postępowania z 2017 r. zamawiający dopuszczał doświadczenie wykonawcy w zakresie zastosowania rękawa lub rur GRP zamiennie z doświadczeniem w zakresie zastosowania rur spiralnie zwijanych. Natomiast od projektantów i kierownika budowy zamawiający nie oczekiwał żadnego doświadczenia, nawet z zakresu zastosowania powszechnej technologii GRP, a jedynie posiadania właściwych uprawnień budowlanych.

Aktualnie w ocenie Odwołującego ani w technice, ani w uwarunkowaniach terenowych, nie doszło do żadnych zmian uzasadniających tak radykalne podwyższenie przedmiotowych oczekiwań.

Stawiane obecnie przez Zamawiającego wymogi udziału są tak sformułowane, że może je spełnić tylko jeden wykonawca, czyli spółka Blejkan S.A. ze Szczecina, ponieważ tylko on posiada doświadczenie z zakresu projektowania i wykonawstwa renowacji bezwykopowej, *„gdzie wysokość kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji wynosiła minimum 1400 mm, a łączna długość odcinków o tej wysokości oraz w tej technologii wynosiła co najmniej 0,5 km”* i jednocześnie dysponuje potencjałem osobowym w postaci uprawnionych projektantów i kierownika budowy z doświadczeniem w zakresie renowacji o takich parametrach. Doświadczenie to zostało zdobyte przez Blejkan S.A. i zatrudnianych przez niego projektantów i kierownika właśnie u zamawiającego w ramach postępowania z 2017 r. Do postępowania nie jest w stanie przystąpić ani samo RTi, gdyż nie posiada potencjału osobowego (ponieważ to pracownicy Blejkan S.A. byli projektantami i kierownikiem budowy w ramach zamówienia z 2017 r.), ani nawet jedna z większych na polskim rynku renowacji bezwykopowych spółka Aarsleff sp. z o.o. w Warszawie, będąca częścią międzynarodowej grupy z siedzibą w Danii, która również startuje w bardzo wielu przetargach na renowacje bezwykopowe w Polsce.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przepis ten ustanawia zasadę uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Przepis ten ustanawia zasadę proporcjonalności.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który

charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji oraz rozwiązań ustawowych i dotyczy takich sytuacji, jak np. próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji czy też może polegać na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, nieuzasadnionym celem udzielania zamówienia.

Ponadto dyspozycja art. 112 ust. 1 obliguje zamawiającego do określenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób, który powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Niezwykle ważnym etapem związanym z przygotowaniem postępowania jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który z jednej strony stanowić będzie wyraz rzeczywistych potrzeb zamawiającego a z drugiej nie będzie wprowadzał nieuzasadnionych barier zniechęcających lub wręcz uniemożliwiających ubieganie się o dane zamówienie. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza uprawnienia zamawiającego, do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami. Konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji nie obliguje zatem zamawiającego do nabywania dostaw, usług lub robót, które nie będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom. Jednakże podkreślić należy, że potrzeby te muszą być realne, niezbędne dla osiągnięcia założonego przez zamawiającego celu, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w SWZ sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie – ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione (wyrok KIO z 11.12.2017 r., KIO 2478/17, KIO 2480/17, LEX nr 2437560).

Ograniczenie konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, aby było akceptowalne, musi być uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Tak więc, postawione w SWZ wymagania muszą znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. A contrario nieakceptowalne będą wymagania ograniczające konkurencję w sposób arbitralny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, czy też nie proporcjonalne w stosunku do oczekiwanego efektu. Jeżeli potrzeby zamawiającego mogą zostać zaspokojone poprzez zastosowanie środków mniej restrykcyjnych dla wykonawców i poszerzających dostęp do zamówienia, to środki te należy zastosować.

W ocenie Odwołującego przytoczone zasady i regulacje szczegółowe zostały przez Zamawiającego naruszone w ramach bieżącego postępowania. Zamawiający, w sposób nieuzasadniony celem zamówienia, czy jakimikolwiek zobiektywizowanymi względami (w tym zwłaszcza technologicznymi), ponad potrzebę ograniczył (a wręcz całkowicie wyeliminował) konkurencję, przygotowując dokumenty zamówienia tak, że krąg wykonawców zdolnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jest ograniczony wyłącznie do jednego podmiotu, tj. spółki Blejkan S.A.

BRAK JEDNOZNACZNOŚCI I DOKŁADNOŚCI SWZ

W pkt 2.2.1 PFU można przeczytać, że preferowanymi przez Zamawiającego technologiami modernizacji są: dla zakresu B, C, D i E kolektora ściekowego: technologia rur spiralnie zwijanych.

Użyte w punkcie słowo „preferowanymi” jest niezwykle mylące, gdyż w bardzo wielu innych dokumentach zamówienia, w tym w pkt 2.2.2.2 w zw. z pkt 2.2.2, Zamawiający za każdym razem przedstawia zastosowanie technologii rur spiralnie zwijanych jako obowiązek wykonawcy. Odwołujący przyjął więc, że słowo „preferowanymi” to jedynie omyłka Zamawiającego, bowiem z kilku innych postanowień dokumentów zamówienia wynika, że Zamawiający wymaga realizacji części zamówienia w technologii rur spiralnie zwijanych. Mimo tego wymóg sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i dokładny nie został spełniony, co narusza przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i powoduje, że dokumenty zamówienia są wewnętrznie sprzeczne. Taka sprzeczność może z kolei spowodować wątpliwości interpretacyjne, więc powinno się ją wyeliminować.

Gdyby Zamawiający tłumaczył, że stosowanie technologii rur spiralnie zwijanych nie jest obowiązkowe (właśnie ze względu na użycie słowa „preferowanymi” w pkt 2.2.2 PFU), wówczas należałoby zapytać, dlaczego Zamawiający eliminuje z udziału w postępowaniu, w którym nie trzeba stosować technologii rur spiralnie zwijanych, wykonawców, którzy nie mają doświadczenia w wykonywaniu i jednocześnie zespołu specjalistów nie mającego

doświadczenia w zakresie renowacji kanalizacji przy użyciu takich właśnie rur. Tego Zamawiający nie wytłumaczył.

NIEUZASADNIONY WYMÓG ZASTOSOWANIA TECHNOLOGII RUR SPIRALNIE ZWIJANYCH

Według pkt 2.2.1 PFU, technologia rur spiralnie zwijanych miała być stosowana na odcinkach B, C, D i E kolektora ściekowego. Wszystkie odcinki są scharakteryzowane w PFU. Według PFU odcinki B, C, D i E nie są wcale znacząco inne, niż odcinki A, F, G, H oraz I, na których Zamawiający wymaga już zastosowania powszechnych i umiarkowanych cenowo technologii (głównie technologii GRP, a ponadto także technologii: laminacji matami z włókna szklanego nasączanymi żywicami poliestrowymi lub winyloestrowymi, renowacji z wykorzystaniem chemii budowlanej, technologii renowacji wykładziną CIPP – zob. pkt 2.2.1 PFU). Odcinki B, C, D i E wcale nie zostały opisane jako specyficzne, wymagające szczególnego traktowania, czy posiadające jakieś znaczące trudności techniczne odbiegające od innych odcinków w ramach tego samego postępowania lub innych odcinków w innych częściach Warszawy, gdzie Zamawiający nie wymagał zastosowania technologii rur spiralnie zwijanych. Zarówno odcinki B, C, D i E, jak i odcinek F były wykonane w latach 70 i 80 XX w. i są to kanały żelbetowe. Zatem odcinki te mają istotne cechy wspólne. Mimo tego Zamawiający wymaga dla nich zastosowania różnych technologii, z czego dla części z nich technologii wyjątkowo drogiej i rzadkiej, nie będącej jednocześnie technologią powszechnie dostępną. Zabieg ten prowadzi do ograniczenia konkurencji bez uzasadnienia technologicznego. Zdaniem Odwołującego w pełni potwierdza to, że zarzut, iż wymóg stosowania technologii rur spiralnie zwijanych jest nieuzasadniony realnymi potrzebami Zamawiającego ani celem zamówienia. Ten sam efekt można osiągnąć poddając odcinek B, C, D i E renowacji w innej technologii, np. technologii GRP, do której dostęp ma wielu innych wykonawców.

Na terenie Warszawy już wielokrotnie miała miejsce zakończona sukcesem renowacja kanałów takich samym lub bardzo podobnych, jak kanały objęte całym postępowaniem (w tym takich samych jak kanały na odcinkach B, C, D i E) z użyciem technologii GRP, którą posługuje się zdecydowanie większa liczba wykonawców, niż tylko jeden wykonawca. Nie ma więc żadnego uzasadnienia technicznego, ani jakiegokolwiek innego, dla zmiany wymogów akurat na tym odcinku i akurat w ramach tego postępowania. Jednocześnie zmiana wymogów całkowicie eliminuje konkurencję w postępowaniu i daje możliwość ubiegania się o zamówienie wyłącznie jednemu wykonawcy.

NIEUZASADNIONY WYMÓG DOŚWIADCZENIA PERSONELU WYKONAWCY W ZAKRESIE REALIZACJI ROBÓT Z UŻYCIEM RUR SPIRALNIE ZWIJANYCH

Zamawiający narzuca określoną technologię, która miałaby być użyta przy wykonywaniu robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, to dodatkowo stawia jeszcze kolejny wymóg, a mianowicie wymóg w zakresie doświadczenia kierownika budowy i projektanta branży sanitarnej, czyli osób, których skierowania przez wykonawcę do wykonywania zamówienia zamawiający żąda od wykonawcy. Zamawiający nie wymaga ogólnego doświadczenia tych osób przy wykonaniu np. co najmniej kilku robót budowlanych, których przedmiotem była bezwykopowa realizacja kanalizacji (albo jakąkolwiek z dostępnych technologii bezwykopowych albo jedną z kilku wskazanych przez zamawiającego jako technologie równoważne). Takie postępowanie mogłoby bowiem być postrzegane jako uzasadnione, bowiem stanowiące wyraz dążenia Zamawiającego do realizacji zamówienia przez kluczowe osoby z określonym, minimalnym doświadczeniem. Zamiast tego Zamawiający wymaga doświadczenia w zakresie wykonania tylko jednej roboty, ale za to bardzo specyficznej – renowacji odcinka sieci kanalizacyjnej z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych (takich ludzi Odwołujący być może jeszcze byłby w stanie pozyskać), gdzie jednocześnie wysokość kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji wynosiła minimum 1400 mm, a łączna długość odcinków o tej wysokości oraz w tej technologii wynosiła co najmniej 0,5 km (takiego doświadczenia według wiedzy Odwołującego nie ma w Polsce nikt oprócz pracowników Blejkan S.A.).

Te same uwagi dotyczą wymogu posiadania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie realizacji roboty budowlanej i zaprojektowania roboty budowlanej w technologii rur spiralnie zwijanych, gdzie wysokość i długość kanału była taka, jak określono w dokumentach zamówienia.

Tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu są nie tylko przesadnie surowe i eliminują konkurencję, ale także są zupełnie nieuzasadnione jakimikolwiek względami, ponieważ renowację kanalizacji z użyciem technologii rur spiralnie zwijanych jest w stanie przeprowadzić każdy wykonawca, który posiada doświadczenie w bezwykopowej renowacji kanalizacji, o ile oczywiście RTi Austria GmbH zgodzi się mu tę technologię udostępnić.

O tym, że wymóg Zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawcy i osób skierowanych do realizacji zamówienia jest nieadekwatny i nieproporcjonalny, a przez to nieuzasadniony, świadczy również okoliczność, że Zamawiający wymaga od wykonawcy i tych osób wyłącznie doświadczenia w zakresie realizacji robót w technologii rur spiralnie zwijanych, choć nie tylko takie technologie będą stosowane w ramach realizacji zamówienia publicznego objętego postępowaniem. Gdyby Zamawiającemu rzeczywiście zależało na tym, by wykonawca i osoby skierowane do realizacji zamówienia dysponowały odpowiednim doświadczeniem w zakresie realizacji takich robót, jakie Zamawiający chce zrealizować

w ramach zamówienia, to chcąc być konsekwentnym, Zamawiający wymagałby od wykonawcy i osób biorących udział w realizacji zamówienia doświadczenia nie tylko w zakresie renowacji kanalizacji z zastosowaniem technologii rur spiralnie zwijanych oraz technologii rur GRP, ale także w zakresie renowacji kanalizacji z zastosowaniem technologii laminacji matami z włókna szklanego nasączanymi żywicami poliestrowymi lub winyloestrowymi, renowacji z wykorzystaniem chemii budowlanej, czy technologii renowacji wykładziną CIPP. Zastosowania również takich technologii Zamawiający wymaga przecież w ramach postępowania (np. pkt 2.2.1 i nast. PFU oraz WWiORB). Zdaniem Odwołującego ten brak konsekwencji jest potwierdzeniem, że wymóg doświadczenia w zakresie renowacji kanalizacji z użyciem technologii rur spiralnie zwijanych nie jest podyktowany realnymi potrzebami Zamawiającego, czy celem postępowania, a jest jedynie środkiem ograniczenia, czy wręcz wyeliminowania konkurencji.

O tym, że wymóg Zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawcy i osób skierowanych do realizacji zamówienia jest nieadekwatny i nieproporcjonalny, a przez to nieuzasadniony, świadczy również okoliczność, że Zamawiający wymaga doświadczenia w zakresie renowacji kanału o wysokości co najmniej 1400 mm, a tymczasem wysokość kanałów na odcinkach B, C, D i E, gdzie ma być według PFU stosowana technologia rur spiralnie zwijanych, dochodzi do 2000 mm (odcinek D – kanał DN 2000, odcinek E – kanał DN 2000). Gdyby Zamawiającemu faktycznie chodziło o to, żeby zamówienie wykonywały osoby, które mają doświadczenie w zakresie co najmniej jednej realizacji na dokładnie taką samą robotę, jak robota objęta zamówieniem, to omawiany wymóg odnosiłby się do kanału o wysokości minimum 2000 mm, a nie 1400 mm. W takim jednak wypadku wymogu tego nie byłaby w stanie spełnić zapewne nawet spółka Blejkan S.A., gdyż żadna taka robota nie była jeszcze nigdy w Polsce realizowana w technologii rur spiralnie zwijanych.

NIEWŁAŚCIWE OPISANIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Przepis art. 102 ustawy Pzp stanowi:

1. W przypadku, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymagane cechy materiału, produktu lub usługi, odpowiadające przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat;
- 2) wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych;
- 3) określonej wydajności, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości;
- 4) określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania;
- 5) określonego opakowania i oznakowania;

- 6) określonej etykiety;
- 7) instrukcji użytkowania;
- 8) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych;
- 9) dodatkowych badań i testów przeprowadzanych przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2021 r. poz. 514);
- 10) określonych zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania;
- 11) warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych;
- 12) metod i technik budowy;
- 13) wszelkich pozostałych warunków technicznych.

2. W przypadku, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy lub usługi wymagane cechy produktu lub usługi, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) posiadania przez dostawę lub usługę cech, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 4-7 oraz 10;
- 2) określonych poziomów jakości;
- 3) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany;
- 4) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności.

W warunkach wykonania i odbioru robót budowlanych WWIORB-05 Moduły GRP, WWIORB-06 Kinety GRP oraz WWIORB-07 Kinety GRP Zamawiający określił – dla modułów i elementy GRP, które mają być używane przy realizacji zamówienia – takie szczegółowe właściwości jak „procentowy udział włókna szklanego w całej strukturze laminatu min. 35-45%” oraz „procentowy udział żywicy w całej strukturze laminatu min. 65-55%”. Żaden z przykładowych sposobów opisu przedmiotu zamówienia wymienionych w art. 102 (ani w art. 101 ustawy Pzp) nie wymienia składu materiału budowlanego, czy też możliwości określenia przez zamawiającego konkretnej, mierzonej w procentach, zawartości określonego komponentu (składnika produkcji) materiału budowlanego. Takiego poziomu szczegółowości nie przewidują nawet Normy Europejskie i światowe, które zostały przyjęte jako polskie normy, dotyczące wyrobów z tworzywa sztucznego GRP w zakresie kanalizacji (PN-EN 23856, PN-EN 14364, PN-EN 1796, PN-ISO 16611, PN ISO 25780, PN-EN 15383). Wszystkie one skupiają się bowiem na parametrach wytrzymałościowych i odporności, czyli podstawowych parametrach weryfikacji jakości modułów i elementów GRP.

W praktyce wskazanie składu procentowego włókna szklanego i żywicy prowadzi do eliminacji największego i najpowszechniejszego producenta rur GRP, czyli spółki Amiblu Poland sp. z o.o., natomiast preferuje Marplast sp. z o.o., czyli producenta takich rur, z których współpracuje spółka Blejkan S.A.

To, czy określona rura GRP ma taką minimalną procentową zawartość żywicy i włókna szklanego, jak określa zamawiający, nie ma znaczenia w kontekście parametrów wytrzymałościowych i odporności tej rury. Wymogi nie są zatem w żaden sposób uzasadnione, ten sam efekt da się osiągnąć przy zastosowaniu do realizacji zamówienia innych rur, mających inny skład.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, że o tym, że wymogi bieżącego postępowania są nieuzasadnione i niepodyktowane celem zamówienia świadczy fakt, że w co najmniej jednym postępowaniu, które ten sam Zamawiający wcześniej zorganizował:

- Zamawiający dopuszczał technologię rur spiralnie zwijanych (bardzo rzadko stosowaną i drogą) jako równoważną z innymi powszechnie stosowanymi i nie aż tak drogimi technologiami (rękaw, panele GRP) - Zamawiający nie wymagał od kierownika budowy ani projektantów doświadczenia z zakresu realizacji robót z użyciem rur spiralnie zwijanych, a już na pewno nie o tak dużym przekroju jak 1400 mm i nie na odcinku 0,5 km i dopuszczał, że osoby bez takich doświadczeń są w stanie należycie spełnić cele postępowania i należycie zrealizować zamówienie.

Ponadto Odwołujący zauważył, że w bieżącym postępowaniu jedynie 4 z 9 odcinków ma według Zamawiającego podlegać renowacji w technologii rur spiralnie zwijanych, natomiast posługując się kryterium doświadczenia w zakresie rur spiralnie zwijanych Zamawiający eliminuje konkurencję odnośnie całości zamówienia, czyli również w zakresie 5 odcinków, na których technologia rur spiralnie zwijanych nie musi być obowiązkowo stosowana. W tych okolicznościach, nawet jeśli Zamawiającemu uda się obronić rzeczywiste potrzeby w zakresie zastosowania rur spiralnie zwijanych na odcinkach B, C, D i E, to i tak zasada proporcjonalności zostanie naruszona, gdyż wymogi Zamawiającego w zakresie doświadczenia w stosowaniu technologii rur spiralnie zwijanych w żaden sposób nie są związane z pozostałym zakresem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący uważa, że wniesienie odwołania jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący zaznaczył także, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a gdyby nie kwestionowane postanowienia dokumentów zamówienia, mógłby się o to zamówienie ubiegać, gdyż posiada bardzo szerokie doświadczenie w zakresie bezwykopowej renowacji kanalizacji w technologii GRP i wszelkich innych technologii wymienionych w dokumentach zamówienia, z wyjątkiem technologii rur spiralnie zwijanych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 marca 2022 r. wobec czego, na podstawie art. 515 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp., termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący w prawidłowy sposób przekazał Zamawiającemu kopię odwołania. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, chce złożyć ofertę w ogłoszonym postępowaniu. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia i ustalania warunków udziału umożliwiających staranie się o uzyskanie zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego Wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący Wykonawcy:

- po stronie Odwołującego:

- 1) AARSLEFF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;
- 2) Amiblu Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej;
- 3) MELIORANT T. Z. i Spółka, Spółka komandytowa z siedzibą w Garwolinie;
- 4) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "MELIOREX" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szkocji, Raczki

- po stronie Zamawiającego:

- 1) GSG Industria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie;
- 2) RTi Austria GmbH z siedzibą w Pucking, Austria

Izba potwierdziła skuteczność wszystkich złożonych przystąpień i dopuściła wykonawców jako Przystępujących, odpowiednio po stronie Zamawiającego i Odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił jego oddalenie w całości.

Przystępujący po stronie Zamawiającego popierali jego stanowisko i zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Przystępujący po stronie Odwołującego wnosili o uwzględnienie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo przytoczył w odwołaniu zapisy SWZ istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, po wysłuchaniu Stron i Uczestników postępowania, Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i oddaliła je w całości.

Grupa zarzutów dotyczących zasadności wymogu zastosowania technologii rur spiralnie zwijanych przy realizacji zamówienia.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że zasady związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażone w przepisach ustawy Pzp odnoszących się do wszystkich podmiotów uczestniczących w tym procesie nie mogą być interpretowane w taki sposób, że wymagane jest dopuszczenie wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom (tak wyrok KIO z 22 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Obowiązek przestrzegania reguł określonych w przepisach ustawy Pzp odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne (tak wyrok KIO z 28 marca 2014 r., sygn. akt KIO 486/14). Niewątpliwie granicę dozwolonych działań zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych postanowień kontraktowych stanowią wspomniane

wyżej zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i proporcjonalności jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie powinien preferować jedynie niektórych podmiotów, co nie oznacza, że obowiązkiem zamawiającego jest nabywanie towarów lub usług, które nie spełniają zakładanych celów prowadzonego postępowania. Wszyscy wykonawcy powinni mieć natomiast zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, ustalaniu warunków udziału w postępowaniu czy kształtowaniu zapisów przyszłego zobowiązania umownego, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, czy też możliwości pozyskania partnerów biznesowych do wspólnej realizacji danego zamówienia ale uwzględnienie wymagań gwarantujących sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należyłą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od

zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Celnie powyższe reguły i zasady oddał również przystępujący GSG we wstępnej części złożonego pisma procesowego wraz z przywołaniem stosownego orzecznictwa i stanowiska doktryny. Skład rozpoznający spór przywołane poglądy podziela i uznaje je za własne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności, co zauważanej przez Odwołującego nieścisłości zapisów SWZ, jakoby Zamawiający tylko „preferował” określoną technologię, a w innych dokumentach postępowania ją narzucał, za odpowiedzią na odwołanie złożoną przez Zamawiającego zauważyć należy, iż dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia zawierające opis przedmiotu zamówienia mają określoną strukturę opisu od elementów ogólnych do elementów szczegółowych. Tym samym w ocenie Izby zapisów punktu 2.2.1 PFU nie należy traktować jako wyjątku od reguł określonych przez Zamawiającego. Dla Izby nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wskazał technologię, w której mają zostać wykonane roboty w ramach prowadzonego zadania inwestycyjnego. W ocenie Izby tak ukształtowanych zapisów SWZ nie sposób uznać za niejednoznaczne, czy też niedokładne. Co więcej, treść odwołania, jak i stanowisko prezentowane przez Odwołującego na rozprawie wskazują, że w sposób jednoznaczny potrafił on odszyfrować wymagania Zamawiającego w zakresie technologii, której zastosowania wymaga się przy wykonywaniu robót.

Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że technologia ujęta w dokumentacji postępowania polegająca na zastosowaniu rur spiralnie zwijanych jest najdroższą i najbardziej czasochłonną z dostępnych technologii bezwykopowej renowacji kanalizacji, a w Europie dysponuje nią jeden podmiot, mianowicie jeden z Przystępujących po stronie Zamawiającego – w odwołaniu określony jako „RTi Austria GmbH, która posiada swój oddział także w Polsce.” O ile Odwołujący wycofał się z twierdzeń o możliwości zastosowania wybranej przez Zamawiającego technologii przez jeden tylko podmiot, to podtrzymywał argumenty, że technologia ta jest trudno dostępna, rzadko stosowana i droga, co w ocenie Odwołującego wpływa na konkurencyjność postępowania.

W tym zakresie dostrzeżenia wymaga, że sam Odwołujący ostatecznie nie zaprzeczył, że technologię można pozyskać na zasadzie współpracy z różnymi podmiotami współpracującymi z producentem tej technologii. Przy czym Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek postępowania dowodowego, że nawiązanie przez niego współpracy z jednym z takich podmiotów jest niemożliwe lub co najmniej znacząco utrudnione. Dowodów takich nie przedstawili również Przystępujący po stronie Odwołującego.

Dalej, oceniając, czy okoliczność, że wybrana przez Zamawiającego technologia jest rzadko stosowana, droga i mniej efektywna, co nie uprawnia Zamawiającego do ograniczenia sposobu wykonania zamówienia tylko do tej technologii, Izba wyraża przekonanie, że jeżeli określone wymogi są poparte uzasadnionymi i racjonalnymi potrzebami Zamawiającego, to nie można uznać ich za nadmierne i ograniczające konkurencję. Sam fakt, że Zamawiający wybiera rozwiązanie droższe, nie oznacza, że podmiot działa niezgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych i zasadą efektywności wydatkowania środków publicznych. Podobnie uznać należy w przypadku wyboru określonego rozwiązania, do zastosowania którego dostęp ma pewien tylko krąg wykonawców. Jak już zauważono w niniejszym uzasadnieniu, nie jest obowiązkiem nadrzędnym Zamawiającego, taki opis przedmiotu zamówienia, by umożliwiał on udział w ubieganiu się o zamówienie wszystkim podmiotom z danej branży. To Odwołujący winien wykazać, że cel postępowania nie zostanie osiągnięty, potrzeby Zamawiającego nie realizują zasady racjonalności. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący obciążony ciężarem dowodu, temu obowiązkowi nie sprostał.

Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający nie działał w oderwaniu od swoich zidentyfikowanych potrzeb, bazując na doświadczeniu własnym jako administratora określonej infrastruktury. Zamawiający przygotowując się do przedmiotowego postępowania przeprowadził szczegółową analizę stanu faktycznego dla planowanej inwestycji, wziął pod uwagę również doświadczenie w eksploatacji wykonanego już w tej technologii 2 km odcinka, a także inne czynniki opisane w odpowiedzi na odwołanie. Nie są więc uprawnione twierdzenia, że wybór technologii miał charakter arbitralny, nie był poparty badaniem warunków technicznych, nie uwzględniał wpływu stosowania określonej technologii na otoczenie inwestycji, w tym choćby na uwarunkowania prawne i lokalizacyjne inwestycji. Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający wykazał, że jego wybór podyktowany był obiektywnymi przesłankami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jako czynniki decydujące o wyborze technologii wskazał:

- brak wykopów technologicznych – co skutkuje zmniejszeniem uciążliwości prowadzonych prac dla postronnych (mieszkańców oraz uczestników ruchu zmotoryzowanego), gdyż eliminuje lub znacząco ogranicza konieczność zajęcia pasa ruchu (analiza SWOT opracowania „Koncepcja modernizacji kolektora, ze studniami i komorami rewizyjnymi wraz z określeniem wartości szacunkowej zamówienia” pkt 7.4 str. 21). Przy zastosowaniu technologii modułów GRP wymagane są głębokie wykopy technologiczne, co wiąże się ze skomplikowanymi robotami związanymi z zabezpieczeniem wykopów (w tym wprowadzenia

maszyn budowlanych). Z punktu widzenia konieczności ograniczenia ingerencji w teren (także działek prywatnych) jest to szczególnie istotne;

- ok. 4x szybszy montaż – inwestycja jest realizowana w ścisłym związku z usuwaniem skutków awarii układu przesyłowego pod dnem rzeki Wisła, do której usunięcia Zamawiający został zobowiązany w terminie do dnia 07 września 2024, zgodnie z decyzją nr III OT/334/2020 (pkt. 7.1 tabela nr 2 opracowania „Koncepcja modernizacji kolektora, ze studniami i komorami rewizyjnymi wraz z określeniem wartości szacunkowej zamówienia” pn. zestawienie cech charakterystycznych poszczególnych technologii str. 14);

- „maszynowa produkcja rury” - rura nawijana jest maszynowo w trakcie montażu, co powoduje zmniejszenie ryzyka związanego z montażem w porównaniu do innych technologii (analiza SWOT opracowania „Koncepcja modernizacji kolektora, ze studniami i komorami rewizyjnymi wraz z określeniem wartości szacunkowej zamówienia” pkt 7.4 str. 22);

- jednorodność materiału (analiza SWOT opracowania „Koncepcja modernizacji kolektora, ze studniami i komorami rewizyjnymi wraz z określeniem wartości szacunkowej zamówienia” pkt 7.4 str. 21);

- przy renowacji kanału idącego po łuku nie ma konieczności dodatkowej laminacji rozsunieć złączy czy zastosowania dodatkowych elementów, ponieważ jest szeroka dostępność profili PVC o różnym kształcie (pkt. 7.1 tabela nr 2 opracowania „Koncepcja modernizacji kolektora, ze studniami i komorami rewizyjnymi wraz z określeniem wartości szacunkowej zamówienia” pn. zestawienie cech charakterystycznych poszczególnych technologii str. 15);

- mniejsze przewężenie wnętrza kanału (pkt. 7.1 tabela nr 2 opracowania „Koncepcja modernizacji kolektora, ze studniami i komorami rewizyjnymi wraz z określeniem wartości szacunkowej zamówienia” pn. zestawienie cech charakterystycznych poszczególnych technologii str. 15);

- lepsze parametry hydrauliczne – niższa szorstkość;

- mniejsze starzenie materiału;

- brak możliwości wnikania ścieków i ich wpływu na konstrukcję rury;

- możliwość stosowania przy większych napływach ścieków niż przy GRP – mniejsze by-passy (pkt. 7.1 tabela nr 2 opracowania „Koncepcja modernizacji kolektora, ze studniami i komorami rewizyjnymi wraz z określeniem wartości szacunkowej zamówienia” pn. zestawienie cech charakterystycznych poszczególnych technologii str. 14);

- lepsza odporność chemiczna.

Odwołujący i Przystępujący po jego stronie wykonawcy odnieśli się do tej części odpowiedzi na odwołanie, jednak analiza ta w głównej mierze była pobieżna i ogólnikowa. Nie przedstawiono żadnych dowodów materialnych przeczących okolicznościom

przytoczonym w odpowiedzi na odwołanie. Oczywistym jest dla Izby, że każda z technologii przywołanych przez Wykonawców posiada inne aspekty przemawiające za jej wykorzystaniem, jednak nie wykazano, że cele zakładane przez Zamawiającego inną technologią niż opisana w dokumentach zamówienia zrealizuje w lepszy (efektywniejszy, szybszy) sposób. Izba nie podziela także argumentacji z rozprawy, że określony cel można było osiągnąć w inny sposób. Nie zawsze jest tak, że możliwe jest przełożenie osiągnięcia zakładanego celu na kryteria oceny ofert, czy warunki umowne, czego przykładem mogą być warunki gwarancyjne.

Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie uzasadnił dlaczego wybór określonej technologii uznać należy za arbitralny. Argumentację ograniczono w zasadzie do samych twierdzeń, bazując na przekonaniu, że skoro wcześniejsze inne inwestycje były realizowane przy użyciu technologii GRP, to również w tym przypadku taka technologia powinna być dopuszczona. W ocenie Izby takie stanowisko należy uznać za błędne. Ocena potrzeb zamawiającego nie musi polegać na ich powtarzalności, wręcz przeciwnie. Winna być ona odnoszona do zmieniających się warunków technicznych, środowiskowych, możliwości realizacji inwestycji przy użyciu nowoczesnych technologii, zmniejszających zaangażowanie ludzkie, sprzętowe i ograniczających wpływ na środowisko naturalne. Zdaniem Izby zamawiający winni tym bardziej bazować na postępie technologicznym i wybierać rozwiązania najbardziej optymalne. Zachowanie zasady uczącej konkurencji nie oznacza, że zamawiający musi obniżać swoje wymagania, by większa grupa wykonawców mogła wziąć udział w postępowaniu albo dopuszczać wszystkie rozwiązania funkcjonujące na rynku. Odwołujący w odwołaniu nawiązywał do realnych potrzeb Zamawiającego uzasadniając słuszność stawianych zarzutów. Nie wyjaśnił jednak jakie to potrzeby kryją się pod tych stwierdzeniem i dlaczego technologia rur spiralnie związanych poza te realne potrzeby wykracza.

Za nietrafne w przedmiocie sformułowanych zarzutów Izba uznała wnioski dowodowe zgłoszone w odwołaniu. Wnioski o wystąpienie do RiT Austria i przesłuchanie dyrektora firmy wobec wycofania twierdzeń odwołania uznać należało za bezprzedmiotowe. Tylko na marginesie dostrzeżenia wymaga, że to na Odwołującym a nie na Izbie spoczywa ciężar dowodowy. Nie jest rolą Izby wyręczanie strony wnioskującej w zdobyciu materiału, który posłużyć ma za wykazaniem stawianych tez dowodowych. Wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia zestawień nie zasługiwał na uwzględnienie bowiem dobór technologii zależy od uwarunkowań panujących na danym odcinku. Wobec tego warunki panujące na innych odcinkach podlegających renowacji nie mają znaczenia dla przedmiotu sporu. Wnioski o przeprowadzenie dowodu z odpowiedzi zamawiającego z 1 kwietnia 2022 r. nie zasługiwały na uwzględnienie, ponieważ zarzuty w tym zakresie mogły zostać

rozstrzygnięte na podstawie innych dokumentów włączonych w poczet materiału dowodowego. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego został przez Odwołującego sformułowany w sposób nieprecyzyjny. Ponadto okoliczność, że dana technologia jest droższa niż inne i rzadko stosowana nie oznacza, że nie może być przez Zamawiającego wykorzystana. Jeżeli zabezpieczony jest odpowiedni budżet, panują warunki umożliwiające użycie danej technologii, w ocenie Izby nie ma przeciwwskazań by z niej skorzystać. Dlatego też przeprowadzenie tego rodzaju dowodu prowadziłyby do przedłużenia postępowania odwoławczego.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się naruszeń w działaniach Zamawiającego, na które wskazywało odwołanie.

Grupa zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wymogu posiadania doświadczenia w technologii rur spiralnie zwiłanych

Izba uznała, że Zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał i nawet nie uprawdopodobnił, że ustalone wymagania dla zespołu ekspertów nie są konieczne do osiągnięcia zakładanych celów danego zamówienia oraz że w postępowaniu naruszono zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a ustalone warunki mają charakter nadmierny.

Celem ustalenia warunków udziału jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że oprócz narzucenia technologii, Zamawiający dodatkowo wymaga doświadczenia przy wykonywaniu robót w wybranej technologii od kierownika budowy i projektanta w branży sanitarnej. Taka sytuacja w ocenie składu orzekającego Izby nie oznacza jeszcze, że Zamawiający nieprawidłowo ustalił poziom warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, z której wynikałoby, że ustalone warunki są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, to znaczy są nadmierne. Skoro bowiem Zamawiający wybrał w ramach zakładanych celów technologię, oczywistym dla Izby jest, że zespół pracowników wykonawcy, wybranego do realizacji inwestycji, powinien posiadać doświadczenie w pracy przy użyciu tej technologii. Podobną argumentację można odnieść do doświadczenia wymaganego od samego wykonawcy. Dodatkowo zauważenia wymaga, iż Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył możliwości tworzenia konsorcjów w ramach ubiegania się o udzielenie zamówienia, korzystania z podwykonawstwa, czy korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Nie zastrzeżono również obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia przez Wykonawcę. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający w ustalonym warunku doświadczenia, nie wymaga inwestycji realizowanej w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

Warunki odnośnie do doświadczenia projektanta i doświadczenia wykonawcy ustalone zostały na odrębnych zasadach, przy czym możliwe jest wykazanie spełnienia warunku, w ramach jednego zadania, gdzie łącznie zrealizowano część projektową i wykonawczą.

Odnosząc się do argumentacji odwołania, że Zamawiający wymaga doświadczenia uzyskanego w ramach tylko jednej z technologii, która będzie wykorzystywana przy realizacji inwestycji, warto podkreślić, że Zamawiający nie jest zobowiązany formułować warunków udziału w postępowaniu w sposób 1:1 do przedmiotu zamówienia. Takie określenie warunków Izba uważa za wymaganie nadmierne. Zamawiający skupił się formułując warunek, na robotach wykonywanych w określonej technologii, która wykorzystywana będzie jako kluczowa.

Nieuprawnione są również założenia Odwołującego, w których ogranicza on możliwość zdobycia określonego doświadczenia jedynie do rynku polskiego. Jak wiadomo, zamówienie ma charakter unijny, ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w unijnym publikatorze, dostęp do jego treści na nieograniczony krąg podmiotów. Jak słusznie zauważył Przystępujący GSG, co potwierdzają załączone do jego stanowiska procesowe wykazy, technologia rur spiralnie zwijanych powszechnie stosowana jest na rynku europejskiej. Z faktu, że na rynku polskim inwestycji o parametrach spełniających warunki ustalone przez Zamawiającego jest kilka, nie można wnioskować, że szerszym spectrum takich wykonań nie charakteryzuje się rynek europejski. Racji bytu zupełnie pozbawione są argumenty Odwołującego o konieczności posiadania uprawnień wydanych w ramach polskich przepisów. Przypomnieć tylko należy okoliczność, że SWZ zawiera standardowe zapisy o honorowaniu uprawnień obcych. Nawet gdyby SWZ takich postanowień nie zawierała, to zgodnie z dyrektywą przywołaną przez Przystępującego GSG, obowiązkiem Zamawiającego byłoby uznanie uprawnień przedstawionych przez wykonawców pochodzących z innych państw.

Zamawiający dodatkowo, wychodząc naprzeciw Wykonawcom, w dniu 15 kwietnia 2022 r. opublikował na Platformie zakupowej (stronie internetowej postępowania) informację o zmianie treści SWZ oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, które dotyczą modyfikacji warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający po analizie rynku, doszedł do wniosku, iż korzystna będzie modyfikacja warunków udziału dotyczących technologii rur spiralnie zwijanych poprzez:

- zmniejszenie wymaganej wysokości kanału macierzystego poddawanego przebudowie lub renowacji do 1200 mm;
- zmniejszenie łącznej długości odcinków o tej wysokości oraz w technologii rur spiralnie zwijanych do 150 m.

Zamawiający motywował swoje działanie chęcią wprowadzenia takich warunków, które dopuszczają do udziału w postępowaniu także tych wykonawców, o których istnieniu Zamawiający może nie być świadomy.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że opis warunków udziału w postępowaniu nie naruszał zasad ustawy Pzp i nie był nieproporcjonalny, czy też nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i zakładanego celu postępowania.

Grupa zarzutów dotyczących składu materiałowego modułów i elementów GRP

Sam Odwołujący w odwołaniu wskazał, że zgodnie z art. 101 i 102 ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymagane cechy materiału, produktu lub usługi. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że sam katalog tych cech nie ma charakteru zamkniętego i wyczerpującego. Cechy materiałów, produktów lub usług mogą dotyczyć elementów określonych w art. 102 Pzp. Natomiast w art. 102 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp ustawodawca umożliwił odwoływanie się do wszelkich pozostałych warunków technicznych. Nieuprawnione są więc twierdzenia, że Zamawiający nie miał możliwości opisu przedmiotu zamówienia w sposób określający procentowy udział poszczególnych składników takich jak żywica i włókno szklane w strukturze laminatu. Właśnie przez podanie powyższych proporcji Zamawiający odniósł się do cech jakościowych, wytrzymałościowych i funkcjonalnych danego materiału, który wykorzystywany będzie w realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby określenie składu materiałowego w ujęciu procentowym modułów GRP jest niczym innym, jak wskazaniem cech materiału w ujęciu warunków technicznych, z których dany materiał jest produkowany. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał w sposób niebudzący wątpliwości, dlaczego określił w taki sposób proporcję między włóknem szklanym a żywicą w strukturze laminatu.

Przystępujący Amiblu choć argumentował, że możliwe jest osiągnięcie założonego celu w inny sposób (to jest przy ustawieniu innych wartości procentowych dla poszczególnych składników), to nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego, że dysponuje on produktami spełniającymi wymagania SWZ, które na dodatek były wykorzystywane na jednej z inwestycji prowadzonych przez tego samego Zamawiającego (renowacja kolektora Burakowskiego w Warszawie). Zatem dywagacje o preferowaniu rozwiązań oferowanych przez innych producentów nie zasługują na ich podzielenie. Jak też wynika z odpowiedzi na odwołanie i stanowisk Przystępujących, na rynku istnieje co najmniej kilka podmiotów, których produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W takiej sytuacji trudno nawet rozważać, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....