

WYROK
z dnia 1 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2012 r. przez wykonawcę TECO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim

przy udziale wykonawcy "Energopol - Szczecin" Spółka Akcyjna w Szczecinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i wykonawcy Per Aarsleff Polska Spółka. z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża TECO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TECO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od TECO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim kwotę 4.360 zł 08 gr (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt złotych osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o. o. w Gorzowie Wielkopolskim - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa i renowacja sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w Gorzowie Wlkp.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 lutego 2012 r., pod numerem 2012/S 26-041915.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dalej jako "specyfikacja" została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w tym samym dniu.

Wykonawca TECO Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec specyfikacji. Zachowany został termin przewidziany ustawą na wniesienie odwołania oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż w Części III specyfikacji tj. w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dalej jako: „STWiORB”, zamawiający wskazał, że renowacja przykanalików włączonych do kanału na wcinkę lub trójnik ma przebiegać wyłącznie przy wykorzystaniu kształtki kapeluszowej „długiej” o długości L = 5mb oraz kształtki kapeluszowej „krótkiej” o długości L = 1,0 mb. Wskutek takiego opisanie przedmiotu zamówienia zamawiający bez podstaw merytorycznych ze względu na cel inwestycji, zawęził zakres dopuszczonych do zastosowania kształtek kapeluszowych, co doprowadziło, zdaniem odwołującego, do niezgodnej z prawem sytuacji ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, mogących spełnić ww. wymóg, do jednego tylko wykonawcy, firmy Per Aarsleff Sp. z o.o., dysponującego sprzętem do instalacji kształtek o wskazanych parametrach;
2. naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 30 ust. 1 i ust. 4 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy opisanie przedmiotu zamówienia w STWiORB gdyż:

a) zamawiający wskazał wśród dokumentów odniesienia normę PN-EN 13566 (Systemy przewodów rurowych z tworzyw sztucznych do renowacji podziemnych bezciśnieniowych sieci kanalizacji deszczowej i sanitarnej), obecnie zastąpioną przez normę PN-EN ISO 11296, tj. opisał przedmiot zamówienia przez odesłanie do wymogów określonych ww. normą, a jednocześnie wskazał wyższe parametry aniżeli przewidziane ww. normą dla niektórych właściwości mechanicznych rur, co jest niezgodne z prawem. Zgodnie bowiem z art. 30 ust. 1 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, zgodnie zaś z art. 30 ust. 4 Pzp, opisując przedmiot zamówienia za pomocą m.in. norm, o których mowa w ust. 1, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Zatem wskazując w treści specyfikacji, z naruszeniem art. 30 ust. 1 i ust. 4 Pzp, że parametry użytego rękawa muszą spełniać wymagania normy PN-EN 13566 (na dzień wnoszenia odwołania przez normę PN-EN ISO 11296), a jednocześnie wskazując wartości wybranych parametrów rękawa, które to wartości dalece wykraczają poza wymogi wynikające z ww. normy, zamawiający doprowadził do niezgodnego z prawem wyeliminowania z postępowania potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy stosują rękawy o parametrach wymaganych przez normę PN-EN 13566 (na dzień wnoszenia odwołania przez normę PN-EN ISO 11296), a nie o parametrach wyższych, przy czym, z punktu widzenia prawidłowego wykonania zadania publicznego i osiągnięcia jego celu, wymóg udokumentowania parametrów wyższych niż wymagane ww. normą należy uznać za wygórowany i zbędny;

b) zamawiający wskazał wśród wymagań, jakie musi spełniać rękaw, właściwość nie objętą normą PN-EN ISO 11296-4, mającą zastosowanie do przewodów rurowych z tworzyw sztucznych do renowacji podziemnych bezciśnieniowych sieci kanalizacji deszczowej i sanitarnej, tj. wskazał, że w zakresie odporności rękawa na ścieranie wymagana jest wartość zużycia ściernego, proponowanego rękawa samonośnego po wykonaniu 100 000 cykli badawczych zgodnie z normą PN-EN 295-3 nie większa niż 0,2 mm. Zamawiający wskazał zatem wymóg odnoszący się do cechy technicznej (odporność na ścieranie), jaka w przypadku przewodów rurowych z tworzyw sztucznych - a takie są objęte zakresem niniejszego zamówienia - nie podlega badaniom, gdyż wskazany ww. wymóg wynika z normy PN-EN 295-3:1999 „Rury i kształtki kamionkowe i ich połączenia w sieci drenażowej i kanalizacyjnej. Metody badań”, dotyczącej przewodów rurowych kamionkowych, i niewskazanej w pkt. 10 STWiORB zatytułowanym „Dokumenty odniesienia”. Powyższe stanowi o naruszeniu art. 30 ust. 1 i ust. 4 Pzp gdyż zamawiający w sposób niezgodny z prawem postawił potencjalnym wykonawcom wymóg techniczny nieznajdujący podstawy w żadnej z norm, za pomocą których został opisany przedmiot zamówienia.

Odwołujący wniósł o .

1) usunięcie przez zamawiającego z pkt. 1.3. STWiORB „Zakres robót objętych Specyfikacją Techniczną" następującego zapisu niezgodnego z przepisami Pzp: „wykonanie przebudowy kanalizacji sanitarnej metodą bezwykopową zgodnie z projektami technicznymi dotyczy renowacji przykanalików włączonych do kanału na wcinę lub trójnik wyszczególnionych na załączonych rysunkach schematycznych:

- kształtka kapeluszowa „ długa " o długości L = 5 mb - ilość zgodnie z ST 00.00 pkt.

1.3.1.-TER;

- kształtka kapeluszowa „krótka" o długości L = 1,0 mb - ilość zgodnie z ST 00.00pkt.

1.3.1.-TER."

i zastąpienie go zapisem opisującym kształtki o długości ok. 30,0 cm , tj. zgodnym z wykonanymi dla tej inwestycji i załączonymi do specyfikacji projektami budowlanymi;

2) usunięcie przez zamawiającego z pkt. 2.2. STWiORB „Wymagania dotyczące wykładziny do renowacji kanału" następujących zapisów niezgodnych z przepisami PZP:

- pkt. 2.2. tiret ósme oraz szesnaste: „odporność na ścieranie - wartość zużycia ściernego proponowanego rękawa samonośnego po wykonaniu 100 000 cykli badawczych zgodnie z normą PN-EN 295-3 nie większa niż 0,2 mm ";

- pkt. 2.2. tiret piętnaste: „współczynnik pełzania w powietrzu określanego zgodnie z normą PN-EN 761 - wymagana wartość nie mniejsza niż 0,75 ";

- pkt. 2.2. tiret siedemnaste: „wydłużenie rękawa przy zerwaniu - określana zgodnie z normą PN-EN 1393 oraz PN-EN ISO 527 - 2 - minimalna wymagana wartość 8% "

i zastąpienie ich zapisami zgodnymi z wykonanymi dla tej inwestycji i załączonymi do SIWZ projektami budowlanymi;

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili Energopol Szczecin S.A. w Warszawie po stronie odwołującego oraz Per Aarsleff Polska Sp. z o. o w Warszawie po stronie zamawiającego. Przystępujący wnieśli odpowiednio o uwzględnienie i o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jako wykonawca, któremu postanowienia specyfikacji uniemożliwiają złożenie oferty, jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Brzmienie kwestionowanych postanowień Części III specyfikacji – STWiORB są niesporne. Przedmiotem sporu jest ich zgodność z przepisami ustawy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przywołany przepis wskazuje na obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, iż zamawiający winien unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę, zwłaszcza jeśli skutkiem tego następuje eliminacja innych potencjalnych uczestników postępowania. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się jednolicie, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego uprawdopodobnia naruszenie uczciwej konkurencji i jest sprzeczne z art. 29 ust. 2 Pzp. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Izbę w wyroku o sygn. KIO 361/10 „należy (...) odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym.”

Zamawiający może obalić zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub jeśli wykonawca spełnia kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pogląd taki jednak zawsze musi znajdować oparcie w wyraźnym wskazaniu oraz przekonującym uzasadnieniu tych potrzeb.

Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia znajduje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego i nie stanowi ograniczenia zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący, w odniesieniu do pierwszego zarzutu, nie kwestionował, że prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia wymaga kształtki kapeluszowej „długiej” o długości $L = 5\text{mb}$ oraz kształtki kapeluszowej „krótkiej” o długości $L = 1,0\text{mb}$. Nie wskazał też, ani nie uprawdopodobnił, że prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia jest możliwa przy użyciu kształtek kapeluszowych o długości do 30 cm. Zatem opis przedmiotu zamówienia w tej mierze jest obiektywnie uzasadniony uwarunkowaniami zamawiającego – położeniem złącz kanalizacyjnych w różnych odległościach od punktu włączenia do kolektora zbiorczego (od

32 do 600 cm), przesunięciami na złączach przykanalików oraz koniecznością ograniczenia się do remontu pasa drogowego z racji braku zgód użytkowników i właścicieli przyległych nieruchomości w momencie wszczęcia postępowania. Odwołujący przywołanych uwarunkowań zamawiającego nie podważył skutecznie – twierdząc całkowicie gołostownie - że te i inne powoływane w toku rozprawy przyczyny opisują stan kanalizacji w wielu polskich miastach. Uznał również odwołujący, że przywoływane uwarunkowania winny być opisane w dokumentacji postępowania.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie jest zobowiązany do tego, aby w treści specyfikacji wskazywać przyczyny, dla których wymaga rozwiązań niestandardowych. Wystarczające jest, że uzasadnienie takie rzeczywiście istnieje i w sposób przekonujący oraz umotywowany zostanie przedstawione w toku rozprawy.

Nie można też pominąć, że rzeczywistą przeszkodą dla odwołującego nie jest wymaganie przez zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem kształtek kapeluszowych „długiej” o długości $L = 5\text{mb}$ oraz „krótkiej” o długości $L = 1,0\text{mb}$. Jest nim natomiast brak odpowiedniego sprzętu. Na rozprawie odwołujący oświadczył nawet, że skoro dotychczas takich realizacji nie wykonywał, uzyskanie wymaganego sprzętu wiązałoby się z kosztami. Już to oczywiste twierdzenie wskazuje na nietrafność zarzutu odwołania. Z samego faktu, że opis przedmiotu zamówienia nie jest tak samo “wygodny” poszczególnym wykonawcom lub jego wykonanie wiązałoby się z koniecznością poczynienia dodatkowych nakładów finansowych, inwestycji w sprzęt, nie jest tożsame z ograniczeniem uczciwej konkurencji przez zamawiającego.

Racjonalne oraz uzasadnione okazały się również wymagania zamawiającego dotyczące wartości współczynników pełzania w powietrzu i wydłużenia rękawa przy zerwaniu, oraz zastosowanie współczynnika odporności na ścieranie, który niespornie nie został ujęty w normie PN-EN ISO11296-4. Przede wszystkim, wynikający z art. 30 ust. 1 Pzp obowiązek opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem stosownych norm, nie oznacza zakazu ustalenia współczynników o wyższych wartościach lub dodatkowych współczynników, niż wynikające z normy. Ustalony w art. 30 ust. 4 Pzp wymóg dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisanym zgodnie z art. 30 ust. 1 Pzp nie oznacza też, w konsekwencji, konieczności dopuszczenia rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych norm, lecz rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań opisanych przy zachowaniu norm.

Obowiązuje przepisy nie dają podstaw do konstatacji przeciwnej. Zachowanie norm przy opisie przedmiotu zamówienia oznacza, w ocenie Izby, obowiązek utrzymania standardów wynikających z norm właściwych ze względu na przedmiot zamówienia – wymogów materiałowych, jakościowych, technologicznych i innych - na poziomie nie gorszym, niż wynikający z normy. Zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia współczynników innych,

niż zawarte w normie lub współczynników na poziomie wyższym, podlega ocenie według reguł dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Izba uznała za wiarygodne stanowisko zamawiającego co niekorzystnych warunków gruntowo-wodnych oraz stanu kanalizacji mających wpływ na trwałość rękawa termoutwardzalnego oraz jego samonośność. Wobec powyższego nie dopatrzyła się podstaw do tego, aby odmówić zamawiającemu, który na realizację zamówienia uzyskał dofinansowanie zw ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet I – Gospodarka Wodnościekowa, prawa do ustalenia współczynników opisujących sztywność rękawa na poziomie umożliwiającym bezawaryjność instalacji w całym wymaganym okresie trwałości.

Powyższe jest wystarczające dla uznania, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Odwołanie podlega oddaleniu również i z tego względu, że wyniki postępowania dowodowego nie dały podstaw do przyjęcia, że istnieje jeden potencjalny wykonawca zamówienia – przystępujący po stronie zamawiającego. Istotne dla sprawy jest oświadczenie zamawiającego i przystępującego, któremu odwołujący nie zaprzeczył, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu, które zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą takich samych współczynników. W postępowaniu tym złożono trzy oferty. Ofertę złożył również odwołujący wraz z podmiotami austriackimi. Obecnie z samego faktu, że odwołujący nie może samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia nie należy wywodzić skutku w postaci naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, skoro niewątpliwie na rynku polskim i europejskim są obecni wykonawcy, którzy są w stanie spełnić wymagania zamawiającego przewyższający standard wynikający z normy PN-EN ISO 11296-4.

Na podstawie dokumentów złożonych przez przystępującego Izba ustaliła, że długość kształtek kapeluszowych nie eliminuje z udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców działających w tym obszarze rynku. Istnieją co najmniej dwa podmioty które wykonały kształtki kapeluszowe o długości, co najmniej 1m. A skoro technologicznie – czemu odwołujący nie zaprzeczył – po przekroczeniu długości 1 m długość kształtki dla sposobu jej wykonania nie ma znaczenia, uznać należy, że wymóg wykonania kształtek o długości 5m nie jest przeszkodą dla zachowania konkurencyjności postępowania.

Wyrażone oceny zapadły, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, ściśle w granicach zarzutów odwołania badanych osobno – odwołujący nie zarzucał naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 Pzp przez łączne ustalenie kwestionowanych wymagań. Zarzut naruszenia przepisów ustawy przez wymaganie współczynnika w zakresie odporności rękawa na ścieranie, którego okres

badania i uzyskania wyniku przekracza czas przewidziany na złożenie oferty został podniesiony na rozprawie i nie mógł zostać zbadany.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....