

WYROK
z dnia 14 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę – P. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Arkan P. O. w Czosnowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Czosnów

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Czosnów zmianę ogłoszenia z dnia 25 czerwca 2015r. w pkt III.3.2 (i w konsekwencji – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt I.1 a SIWZ) przez wykreślenie dotychczasowego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz zastąpienie go następującym brzmieniem: „wykonali min. jedną robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej metodą przewiertu sterowanego o długości min. 1 000 m w tym grawitacji o długości min. 500 m oraz min. 1 pompowni liniowej”.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Czosnów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: P. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Arkan P. O. w Czosnowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Czosnów na rzecz P. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Arkan P. O. w Czosnowie kwotę 10 195,99 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy sto dziewięćdziesiąt pięć złotych, dziewięćdziesiąt dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Czosnów w Czosnowie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacyjnej w miejscowościach: Kazuń Polski i Kazuń Nowy Gmina Czosnów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2015 r. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 30 czerwca 2015 r. P. O., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Arkan P. O. w Czosnowie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu określenie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, iż warunki udziału są spełnione tylko w przypadku:

- posiadania doświadczenia w postaci wykonania min. jednej roboty polegającej na budowie sieci kanalizacji sanitarnej metodą przewiertu sterowanego o długości min. 7 000 m w tym grawitacji o długości min. 4 000 m oraz min. 10 pompowni liniowych, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 4 Prawa zamówień publicznych,

Odwołujący argumentował, iż W przedmiotowym postępowaniu brak jest uzasadnienia dla stawiania wymogu doświadczenia we wskazanym wyżej zakresie. Po pierwsze należy wskazać, iż takie samo doświadczenie może posiadać wykonawca, który wykonał więcej robót (zamówień) polegających na budowie kanalizacji o mniejszej długości, jak wykonawca, który wykonał jedną robotę o długości wskazanej przez Zamawiającego. Brak jest zatem podstaw do stawiania wymogu, aby wykonawca wykonał min. jedną robotę polegającą na budowie odcinka kanalizacji o określonej długości 7 000 m, skoro takie samo doświadczenie ma wykonawca, który wykonał kilka krótszych odcinków w sumie dających tę samą długość. Po drugie, prawidłowe wykonanie niniejszego zamówienia nie wymaga doświadczenia w postaci wybudowania kanalizacji o długości aż 7 000 m.

Wykonywanie przewiertu polega na powtarzaniu tych samych czynności technicznych, a zatem bez znaczenia jest, czy wykonawca wykonał przewiert o długości 7 000 m w tym grawitacji o długości min. 4 000 m, czy wykonał przewiert o długości 1 000 m, gdyż należyte wykonanie krótszego przewiertu wymaga takich samych umiejętności. To samo dotyczy wymogu wykonania 10 pompowni. Prawidłowe wykonanie jednej pompowni wymaga bowiem takich samych umiejętności i wiedzy jak wykonanie 10 pompowni. Stawianie powyższych wymogów dyskryminuje natomiast wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i obiektywnie posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, ale wykonali w okresie ostatnich 5 lat kanalizacje o krótszej długości, bądź wykonali mniej pompowni. Wymóg ten narusza zatem zasady uczciwej konkurencji oraz jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wystarczające jest już bowiem doświadczenie w postaci wykonania przewiertu o długości 1 000 m i jednej pompowni. Wykonanie przewiertu sterowanego o długości 1 000 m i jednej pompowni spełnia już kryterium posiadania niezbędnego doświadczenia do należytego wykonania zamówienia.

- gdy operator wiertnic poziomych z zasilaniem hydraulicznym posiada co najmniej 3 lata doświadczenia operatora wiertnic poziomych oraz uprawnienia min. klasy drugiej do min. 400 mm z wpisem do książki operatora (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.09.2001 w sprawie BHP podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych Dz. U. nr 118 poz. 1263 - liczba osób min. 1), wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 3 i ust. 4 Prawa zamówień publicznych,

Odwołujący argumentował, że ww. wymóg jest nieadekwatny dla przedmiotu zamówienia, a jednocześnie ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców. Należy bowiem wskazać, iż technologia wykonania przewiertu sterowanego, którą to technologią ma być wykonana kanalizacja będąca przedmiotem zamówienia, jest zupełnie inną technologią niż technologia przewiertu wiertnicą poziomą z zasilaniem hydraulicznym i prace w tych dwóch technologiach są wykonywane inną maszyną (są to dwa zupełnie odmienne rodzaje wiertnic). W opisie zamówienia (w tym w dokumentacji projektowej) nie wskazano, iż przewiert ma być wykonany technologią przewiertu poziomego z wykorzystaniem wiertnicy poziomej z zasilaniem hydraulicznym. Operowanie wiertnicą do przewiertu sterowanego nie wymaga posiadania specjalnych kwalifikacji, w tym uprawnień min. klasy drugiej. Zgodnie z załącznikiem nr 1 „MASZYNY I URZĄDZENIA TECHNICZNE STOSOWANE PRZY ROBOTACH ZIEMNYCH, BUDOWLANYCH I DROGOWYCH, DO OBSŁUGI KTÓRYCH WYMAGANE JEST ODBYCIE SZKOLENIA I UZYSKANIE POZYTYWNEGO WYNIKU ZE SPRAWDZIANU” do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20 września 2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz.U.2001.118.1263), uprawnienia klasy drugiej są wymagane wyłącznie w celu obsługi wiertnicy poziomej z zasilaniem

hydraulicznym i to w przypadku konieczności wykonania przewiertu i zamontowania rur o przekroju powyżej 600 mm. W przypadku rur o przekroju do 600 mm wystarczające są uprawnienia klasy pierwszej. Z dokumentacji projektowej wynika natomiast, że maksymalny przekrój rur to 400 mm. Wobec tego nawet w przypadku potrzeby wykonania przewiertu wiertnicą poziomą z zasilaniem hydraulicznym wystarczające do wykonania zamówienia byłyby uprawnienia klasy pierwszej. W przypadku pozostałych wiertnic, w tym wiertnic do przewiertu sterowanego, który ma być stosowany w niniejszym zamówieniu nie jest natomiast wymagane posiadanie uprawnień. Obok powyższych wiertnic poziomych, w załączniku nr 1 wskazano bowiem jedynie wiertnice do kotwi, jako wymagające szkolenia i zdania sprawdzianu w celu ich obsługi (bez klasy uprawnień). Wobec powyższego, skoro wykonanie zamówienia nie wymaga stosowania wiertnicy poziomej z zasilaniem hydraulicznym i jego wykonanie jest możliwe technologią przewiertu sterowanego (i zgodnie z dokumentacją projektową ma być wykonane tą technologią), to wymóg posiadania uprawnień klasy drugiej przez operatora wiertnicy poziomej z zasilaniem hydraulicznym i w ogóle wymóg dysponowania osobą operatora wiertnicy poziomej jest zupełnie nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Uprawnienia tego rodzaju są bowiem w takim wypadku zbędne. Należy też zauważyć, że w zakresie spełnienia wymogu doświadczenia wykonawcy, Zamawiający wskazał jedynie na konieczność wykonania robót polegających na wykonaniu przewiertu sterowanego, a nie przewiertu wiertnicą poziomą z zasilaniem hydraulicznym.

W zakresie wymogu posiadania przez operatora wiertnicy 3-letniego doświadczenia, aktualne zdaniem Odwołującego pozostają argumenty wskazane w pkt 1 powyżej. Operator wiertnicy, aby należycie wykonać przewiert musi potrafić obsługiwać wiertnicę. Czynności techniczne wykonania przewiertu sterowanego są powtarzalne, i już nawet kilkumiesięczne doświadczenie daje rękojmię należytego wykonywania przewiertów sterowanych. Wymóg 3-letniego doświadczenia operatora wiertnicy należy zatem uznać za wygórowany, utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców. Ponadto, w przypadku operatorów wiertnic poziomych z zasilaniem hydraulicznym, należy wskazać, że jeżeli operator zdobył stosowne uprawnienia I lub II klasy, to jest to równoznaczne z umiejętnością obsługi tego rodzaju maszyny i osoba z tego rodzaju uprawnieniami daje już rękojmię należytego wykonania robót, a wobec tego wymóg doświadczenia jest w tym przypadku w ogóle zbędny.

- posiadania aktualnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 2 000 000 zł oraz posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie mniejszej niż 2 000 000 zł, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 4 i ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący argumentował, że w zakresie sposobu oceny ww. warunku udziału należy wskazać, że w celu zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia wystarczające byłoby

posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 1 000 000 zł. Postawiony wymóg w tym zakresie jest zbyt wygórowany i nie może być uznany za niezbędny dla należytego wykonania zamówienia. Aktualne w tym zakresie pozostają tezy z orzecznictwa przytoczone w pkt 1 uzasadnienia. Należy zauważyć, że zamówienie ma być wykonywane etapami i nie jest konieczne zaangażowanie jednocześnie środków finansowych potrzebnych na realizację całego zamówienia. W ocenie Odwołującego, środki finansowe lub zdolność kredytowa na kwotę 1 000 000 zł są wystarczające dla należytego wykonania zamówienia. Wymóg wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie mniejszej niż 2 000 000 zł dyskryminuje natomiast średnich i małych przedsiębiorców, którzy obiektywnie również są zdolni do należytego wykonania zamówienia, jednakże nie posiadają środków finansowych w kwocie 2 000 000 zł w danym momencie. Powyższy wymóg narusza zatem zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określone w art. 7 Prawa zamówień publicznych, a także wymóg opisu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Ponieważ w odwołaniu znalazła się również wzmianka o ubezpieczeniu, nie poparta żadną argumentacją, w odpowiedzi na pytanie składu orzekającego zadane na rozprawie, Odwołujący wyjaśnił, że nie wnosił w tym zakresie zarzutu.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w treści SIWZ poprzez określenie sposobu oceny ww. warunków udziału w sposób proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz nienaruszający zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. zmianę sposobu dokonywania oceny warunku:
 - a) posiadania doświadczenia, poprzez jego ograniczenie do wymogu wykonania robót budowlanych polegających na budowie sieci kanalizacji sanitarnej metodą przewiertu sterowanego o długości min. 1 000 m w tym grawitacji o długości min. 500 m oraz min. 1 pompowni liniowej,
 - b) w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia - poprzez usunięcie wymogu dysponowania operatorem wiertnic poziomych z zasilaniem hydraulicznym, zmianę wymogu posiadania przez operatora wiertnic doświadczenia poprzez jego ograniczenie do wymogu posiadania min. 2 miesięcznego doświadczenia oraz usunięcie wymogu posiadania przez operatora wiertnic uprawnień klasy drugiej zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 20 września 2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji

maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz.U.2001.118.1263],

- c) sytuacji ekonomicznej i finansowej, poprzez ograniczenie wymogu posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej do kwoty 1 000 000 zł,
3. dopuszczenie dowodów zawnioskowanych i dołączonych do odwołania,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, zgodnie z § 3 Rozporządzenia, w tym kosztów związanych z dojazdem na rozprawę (posiedzenie) Krajowej Izby Odwoławczej (Odwołujący na rozprawie złożył spis kosztów, do którego załączono rachunki związane z dojazdem pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę, jednak nie załączono rachunku z tytułu reprezentowania Odwołującego na posiedzeniu i rozprawie).

Dodatkowo, na rozprawie Odwołujący wnosił „o powołanie świadka pana W. W., który sprzedaje i doradza w wyborze wiertnic, jest przedstawicielem firmy Marpol (jednego z dwóch producentów wiertnic na Polskę zarówno horyzontalnych jak i z zasilaniem hydraulicznym) na okoliczność wyjaśnienia różnic pomiędzy stosowaniem przewiertu sterowanego przy użyciu różnego rodzaju wiertnic, jak również, czy, mając przed oczyma dzisiaj dopiero przez Zamawiającego przedstawiony fragment dokumentacji technicznej, może ocenić, czy tego typu prace, jak wskazuje Zamawiający, mogą być należycie realizowane przez podmioty, które realizowały odcinki krótsze, niż 7-kilometrowe”.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu, i składając odpowiedź na odwołanie do protokołu w trakcie rozprawy, wnosił o oddalenie odwołania. Wyjaśniał, że przedmiot zamówienia obejmuje realizację ponad 7 400 m sieci, około 8 000 m, w tym 4 769 m sieci grawitacyjnej (to sieć, która przewiduje niewymuszony spływ), a zatem wymóg wykonania 7 000 m sieci, w tym grawitacyjnej o długości minimum 4 000 m jest adekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwie, zdaniem Zamawiającego, wymóg jest związany z przedmiotem zamówienia i jest do niego proporcjonalny, bowiem nie wykracza poza jego zakres. Wyjaśniał, że wpisał wymóg na takim poziomie, ponieważ wykonanie sieci będącej przedmiotem zamówienia, w szczególności bardzo długiej sieci grawitacyjnej, jest skomplikowane i wymaga specjalistycznej wiedzy.

Sieć grawitacyjna będzie musiała mieć spadek na długim odcinku, niewątpliwie łatwiej jest uzyskać taki spadek na krótkim odcinku, dlatego, jego zdaniem, doświadczenie w budowie sieci grawitacyjnej na krótszych odcinkach jest niewystarczające.

Ponadto każdy odcinek budowanej sieci jest inny i posiada znaczny stopień trudności. 4 razy sieć będzie przechodziła pod drogą wojewódzką i dwukrotnie pod drogą krajową E7.

Składa do akt wydruki z projektu, który jest załączony na płycie (2 strony z zaznaczoną markerem fragmentem sieci mającym zobrazować jej skomplikowanie).

Widać częstą zmianę kierunku sieci, co się nie zdarza na krótszych odcinkach. Ponadto sieć będzie przechodziła na różnych głębokościach, co również się nie zdarza na krótszych odcinkach i powoduje konieczność pozbywania się wód gruntowych, czego konsekwencją jest konieczność używania przepompowni i szalunków.

Podkreślał, że sieć to nie są połączone krótkie odcinki, ale całościowa budowla.

Oświadczył, że całkowita wartość zamówienia wynosi 3 583 207,64 zł wraz z zamówieniami uzupełniającymi, zamówienia uzupełniające to wartość 41 747,17 zł.

Oдноśnie wymogu dysponowania operatorem wiertnic poziomych wskazywał, że technologia wykonania przewiertu sterowanego jest taką samą technologią, jak technologia przewiertu wiertnicą poziomą z zasilaniem hydraulicznym.

Wyjaśniał, że przewiert sterowany to technologia wykonania robót, a wiertnica to maszyna do wykonania tej technologii.

Wyjaśniał także, że wiertnica pozioma z zasilaniem hydraulicznym wykorzystuje do działania pompę tłoczącą olej pod wysokim ciśnieniem, który wprawia wiertnicę w ruch. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie BHP podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych istnieją dwa rodzaje uprawnień – klasy 3 do 600 mmi klasy 2 bez ograniczeń, tj. zarówno powyżej jak i poniżej 600 mm. Oświadczył, że pierwotnie sformułowanie SIWZ zawierało omyłkę – zamiast klasa 2 miała być klasa 3, ponieważ pierwotny wymóg zawierał omyłkę i można go było uznać za zbyt wygórowany dokonał zmiany 7 lipca br.

Wskazywał, że droga krajowa E7 posiada 2 pasy w jedną i w drugą stronę, także drogi serwisowe, stąd m.in. wymóg 3-letniego doświadczenia dla operatora wiertnicy. Jego zdaniem samo posiadanie uprawnień nie gwarantuje umiejętności. Posiadanie doświadczenia wymaga odpowiedniej praktyki. Ponieważ na odcinku 4 000 m będzie musiał być wykonany przewiert grawitacyjny, i to w trudnym terenie, wśród przewodów energetycznych, wodnokanalizacyjnych, wodociągowych, gazowych, telefonicznych, a także pod osiedlem wojskowym zawierającym uzbrojenie, niewidocznym na mapach, wymóg 3-letniego doświadczenia nie jest wygórowany.

Złożył do akt notatkę służbową z 3 lipca 2015 r. i pismo skierowane do wykonawcy z 6 lipca 2015 r. na dowód tego, że brak doświadczenia powoduje uszkodzenie sieci wodociągowych.

Oдноśnie trzeciego zarzutu dotyczącego posiadania środków finansowych, zdaniem Zamawiającego wymóg ten również nie jest nadmierny, ponieważ jest porównywalny z wartością zamówienia, stanowi 56% wartości zamówienia bez robót uzupełniających. Powołał się na postanowienia umowy i podział realizacji na etapy. Wyjaśniał, że termin realizacji drugiego etapu to 26 dni po realizacji pierwszego etapu, są to terminy krótkie, a celem wymogu było zapewnienie ciągłości płatności i zabezpieczenie interesów podwykonawców. Niezależnie od takiej argumentacji wskazywał, że wykonawca może złożyć ofertę wraz z innymi podmiotami dysponującymi niezbędnym doświadczeniem.

Dodaje, że na realizację pierwszych dwóch etapów potrzeba właśnie 2 mln zł, stąd wymóg postawiony w ogłoszeniu wskazuje, że zamówienie będzie finansowane za pomocą środków zewnętrznych, w tym składa wniosek o dostęp do funduszy unijnych, a więc bardzo zależy mu na dochowaniu terminów realizacji zamówienia, żeby uniknąć problemów w przyszłości.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić, chociaż nie wszystkie zarzuty są uzasadnione.

Odnośnie zarzutu dotyczącego opisu sposobu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z SIWZ, pkt V.I.I lit. a), Zamawiający postanowił, że:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., dotyczące:

a) posiadania wiedzy i doświadczenia oraz wykazania, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali min. jedną robotę polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej metodą przewiertu sterowanego o długości min. 7 000 m w tym grawitacji o długości min. 4 000 m oraz min. 10 pompowni liniowych”

Postanowienie tej samej treści zawarte jest w pkt II 1.3.2) ogłoszenia o zamówieniu.

2. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ), ze względu na jego obszerność i nietypowy format stron, został przekazany Izbie na płycie CD-R (zał. nr 10 do SIWZ, projekt budowlany i specyfikacje techniczne). Izba ustaliła, że na tejże płycie CD-R znajdują się dwa pliki zawierające specyfikacje

techniczne wykonania i odbioru robót (wydrukowano je do akt) oraz inne pliki w formacie nieodczytywanym przez komputer UZP. Zakres przedmiotu zamówienia Izba zatem mogła określić na podstawie dokumentów w aktach sprawy, tj. treści SIWZ, załączonej do niej umowy oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiarów. Pod uwagę wzięła także oświadczenie Zamawiającego co do zakresu robót.

3. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że przedmiot zamówienia obejmuje realizację ponad 7 400 m sieci, około 8 000 m, w tym 4 769 m sieci grawitacyjnej. W ocenie Izby powyższe stwierdzenie koresponduje ze specyfikacjami technicznymi: zgodnie z pierwszą z nich, należy wykonać m.in. sieć kanalizacji sanitarnej metodą przewiertu sterowanego długości 3864 m, sześć sztuk pompowni liniowych. Zgodnie z drugą – należy m.in. wykonać kanały grawitacyjne metodą przewiertu sterowanego długości 909,5 m, i pewną ilość sztuk pompowni liniowych (nie podano liczby sztuk, miejsce na podanie liczby pozostawiono puste). Brak w przywołanych wyżej dokumentach odniesień, na podstawie których można byłoby określić, bez dokonywania dodatkowych obliczeń, całkowitą długość sieci będącej przedmiotem zamówienia. Izba przyjęła więc w tym zakresie oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, z którym Odwołujący nie polemizował.
4. Do SIWZ, jako załącznik nr 3, Zamawiający załączył wzór, zatytułowany „Wykaz tożsamych robót budowlanych”, gdzie w tabeli, na potwierdzenie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, należało m.in. wpisać przedmiot zamówienia (zakres).

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że zarzut Odwołującego jest uzasadniony. Zamawiający musiał mieć świadomość, że oczekuje, na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonania robót tożsamych z zakresem przedmiotu zamówienia. Jednoznacznie potwierdza to załącznik nr 3 do SIWZ. Oczekiwany przez Zamawiającego zakres wykonanych już robót zasadniczo pokrywa się z zakresem przedmiotu zamówienia i jako taki jest w orzecznictwie uważany jednolicie za nadmierny.

Zrozumiała jest troska Zamawiającego o zapewnienie wykonania zamówienia przez wykonawcę posiadającego odpowiednie – w jego ocenie - doświadczenie, ale trudno zaakceptować pogląd, że takie doświadczenie posiadają jedynie podmioty, które wykonały wcześniej zamówienie tożsame czy nawet identyczne z zamówieniem będącym przedmiotem zamówienia. Przy czym należy również zauważyć, że na rozprawie Zamawiający nie akcentował wcale potrzeby doświadczenia płynącego z wykonania zamówienia o konkretnej długości, ale doświadczenie w zachowaniu właściwego spadku grawitacyjnego na odpowiedniej długości kanalizacji, umiejętności bezkolizyjnego przejścia pod ziemią w trudnych warunkach, pod drogami, przy zapewnieniu nienaruszalności

istniejących instalacji, z częstą zmianą kierunku sieci, na różnych głębokościach, z czym wiąże się konieczność pozbywania wód gruntowych, co z kolei pociąga za sobą konieczność używania przepompowni i szalunków. Zatem to nie sama długość wykonywanej sieci może zapewnić Zamawiającemu pożądane doświadczenie, ale stopień jej skomplikowania. Oczywiście jest, że w sieci dłuższej zaistnieje większe prawdopodobieństwo jej skomplikowania, ale może się zdarzyć, że długa sieć zostanie wykonana w sprzyjających warunkach. Dlatego, jeżeli Zamawiającemu zależy na posiadaniu doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia, mógł postawić wymóg doświadczenia zgodnie z postulatami, prezentowanymi przez siebie na rozprawie (przykładowo, wykonanie sieci z przejściem pod drogami, w tym drogą krajową o dwóch pasach ruchu w każdą stronę itd.).

Na tożsamym poziomie z przedmiotem zamówienia Izba uznaje również wymóg wykonania 10 przepompowni; w tym zakresie Zamawiając w ogóle nie zajął stanowiska na rozprawie.

Żądana zmiana ogłoszenia i SIWZ przez Odwołującego wydaje się na niskim poziomie w stosunku do rozmiarów przedmiotu zamówienia, ale Zamawiający w ogóle, nawet z ostrożności procesowej się do niej nie odniósł; Izba nie może samodzielnie, bez żadnej inicjatywy Zamawiającego, poszukiwać kompromisu między jednoznacznym postulatem Odwołującego, a wymogami postawionymi przez Zamawiającego, dlatego uwzględniając odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu, nakazała modyfikację ogłoszenia i SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego opisu sposobu spełnienia warunku wiedzy dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z SIWZ, pkt V.I.I lit. b) tiret drugie, Zamawiający w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia wskazuje wymóg:

„operatora wiertnic poziomych z zasilaniem hydraulicznym (co najmniej 3 lata doświadczenia operatora wiertnic poziomych, uprawnienia min. klasy drugiej do min. 400 mm] z wpisem do książki operatora (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.09.2001 w sprawie BHP podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych budowlanych i drogowych Dz. U. nr 118 poz. 1263 - liczba osób min. 1”.

Postanowienie tej samej treści zawarto w pkt III.3.4) ogłoszenia o zamówieniu.

2. W dniu 7 lipca 2015 r. Zamawiający zmodyfikował powyższy wymóg, wyjaśniając, że w pierwotnej treści ogłoszenia i SIWZ omyłkowo wpisał klasę uprawnień operatora wiertnic. Po zmianie wymóg brzmiał: „(...) operatora wiertnic poziomych z zasilaniem hydraulicznym (co najmniej 3 lata doświadczenia operatora wiertnic poziomych, uprawnienia min. klasy trzeciej) z wpisem do książki operatora (rozporządzenie prezesa rady ministrów z dnia 20.09.2001 w sprawie BHP podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do

robót ziemnych budowlanych i drogowych Dz. U. nr 118 poz. 1263 - liczba osób min. 1)".

3. Zgodnie z przedmiarem robót załączonym do SIWZ, w ramach przedmiotu umowy należy wykonać przewierthy o długości 30 m „maszyną do wierceń poziomych WP 30/60”. Odwołujący w ogóle nie dowodził, że przywołana maszyna nie jest wiertnicą poziomą z zasilaniem hydraulicznym.

4. Zgodne z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 20 września 2001 r., w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych budowlanych i drogowych (Dz. U. z 2001 r., nr 118 poz. 1263), do obsługi wiertnic poziomych z napędem hydraulicznym konieczne jest posiadanie uprawnień, w zależności od średnicy przekroju rury, drugiej klasy (wszystkie typy) albo trzeciej klasy (do 600 mm) - pkt 19 załącznika nr 1 do rozporządzenia, I grupa maszyn.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo postawił wymóg odnośnie osób zdolnych do wykonania zamówienia – operatora wiertnic (po modyfikacji – w ramach przedmiotu zamówienia będzie należało wykonać przewierthy do 600mm, w tym zakresie nie było sporu między Stronami). Odwołujący nie udowodnił, że można wykonać zamówienie innymi metodami, niż wybrana przez Zamawiającego, z wykorzystaniem innego rodzaju maszyny do wierceń poziomych, i nie wykazał, że wskazana w przedmiarze maszyna nie jest wiertnicą poziomą z zasilaniem hydraulicznym. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego „o powołanie świadka pana W. W., który sprzedaje i doradza w wyborze wiertnic, jest przedstawicielem firmy Marpol (jednego z dwóch producentów wiertnic na Polskę zarówno horyzontalnych jak i z zasilaniem hydraulicznym) na okoliczność wyjaśnienia różnic pomiędzy stosowaniem przewierthu sterowanego przy użyciu różnego rodzaju wiertnic”, ponieważ uznała, że taka okoliczność nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia – nie można bowiem wykluczyć, że istnieją inne metody wykonania zamówienia, ale Zamawiający wybrał metodę wykonania przewierthu „maszyną do wierceń poziomych WP 30/60”. Odwołujący musiałby wykazać, że wskazana przez Zamawiającego maszyna nie jest wiertnicą poziomą z napędem hydraulicznym; na tą okoliczność świadka nie powołano.

Co do wymogu posiadania trzyletniego doświadczenia – Izba zgodziła się z Zamawiającym, że Odwołujący błędnie wywodził, iż samo posiadanie uprawnień (zdanie stosownego egzaminu) wystarcza, aby posiadać zdolność do wykonania zamówienia. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zarówno wymóg co do posiadania odpowiednich uprawnień, jak i lat doświadczenia, jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, zatem oddaliła żądanie Odwołującego w tym zakresie, nie dopatrując się naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych.

Odnośnie zarzutu dotyczącego opisu sposobu spełnienia warunku zdolności finansowej, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z SIWZ, pkt V.I.I lit. c), i odpowiednio, ogłoszenia. Zamawiający w zakresie sposobu oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy wskazuje na konieczność spełnienia wymogu:
„- wykonawca musi wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej nie mniejszej niż 2 000 000 zł”.
2. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że całkowita wartość zamówienia wynosi 3 583 207,64 zł wraz z zamówieniami uzupełniającymi, zamówienia uzupełniające to wartość 41 747,17 zł. Zdaniem Zamawiającego wymóg posiadania środków (zdolności kredytowej) nie jest nadmierny, ponieważ jest porównywalny z wartością zamówienia, stanowi 56% wartości zamówienia bez robót uzupełniających. Powołał się na postanowienia umowy i podział realizacji na etapy. Wyjaśniał, że termin realizacji drugiego etapu to 26 dni po realizacji pierwszego etapu, są to terminy krótkie, a celem wymogu było zapewnienie ciągłości płatności i zabezpieczenie interesów podwykonawców. Niezależnie od takiej argumentacji wskazywał, że wykonawca może złożyć ofertę wraz z innymi podmiotami dysponującymi niezbędnym doświadczeniem. Dodał, że na realizację pierwszych dwóch etapów potrzeba właśnie 2 mln zł, stąd wymóg postawiony w ogłoszeniu wskazuje, że zamówienie będzie finansowane za pomocą środków zewnętrznych, w tym składa wniosek o dostęp do funduszy unijnych, a więc bardzo zależy mu na dochowaniu terminów realizacji zamówienia, żeby uniknąć problemów w przyszłości.
3. Z powyższymi spostrzeżeniami Zamawiającego Odwołujący zasadniczo nie polemizował, jedynie dostrzegł, że, w jego ocenie, Zamawiający nie ma powodów aby nadmiernie troszczyć się o wynagrodzenie podwykonawców.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny i stanowiska stron, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za słuszne, i skorelowane z projektem umowy będącym załącznikiem do SIWZ. Wymóg Zamawiającego co do posiadania środków finansowych (zdolności kredytowej) jest adekwatny do wartości zamówienia, przy czym nie jest tożsamy z tą wartością – stanowi ok. 50% wartości szacunkowej, dodatkowo stanowi zabezpieczenie finansowe realizacji pierwszych dwóch krótkich etapów realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Izba nie dopatryła się w tym zakresie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych i oddaliła żądanie odwołania odnośnie wysokości środków finansowych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić, chociaż nie wszystkie zarzuty w nim podniesione są uzasadnione. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie

przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na skutek postawienia wymogu posiadania doświadczenia w postaci wykonania „min. jednej roboty polegającej na budowie sieci kanalizacji sanitarnej metodą przewiertu sterowanego o długości min. 7 000 m w tym grawitacji o długości min. 4 000 m oraz min. 10 pompowni liniowych”, w tym zakresie nakazała Zamawiającemu modyfikację SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniem Odwołującego. Izba nie stwierdziła innych wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba, zasądzając koszty postępowania na rzecz Odwołującego, uwzględniła jedynie koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na posiedzenie i rozprawę, ponieważ w tym zakresie do spisu kosztów złożonego na rozprawie załączono odpowiednie rachunki. Nie załączono do spisu kosztów rachunku z tytułu zastępstwa na posiedzeniu i rozprawie.

W konsekwencji, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#).

Przewodniczący:

.....