

WYROK
z dnia 7 marzec 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Budbaum SA w Białymstoku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Agencję Rozwoju Miasta Siedlce spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Siedlcach - w trybie przetargu nieograniczonego na „*Budowę Aquaparku w Siedlcach*”,

przy udziale wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego:

- 1) Mostostal Warszawa SA w Warszawie – po stronie Odwołującego;
- 2) Holma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Starych Babicach – po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Budbaum SA w Białymstoku i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] z kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego - Budbaum SA w Białymstoku.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Siedlcach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Aquaparku w Siedlcach” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 28-045868 w dniu 10 lutego 2011r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej www.arm.siedlce.pl specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wobec brzmienia ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący w dniu 21 lutego 2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenia polegające na przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a w szczególności:

- 1) poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób wygórowany, zawężający krąg potencjalnych wykonawców, nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, a także w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy;
- 2) poprzez naruszenie przepisów ustawy oraz innych przepisów prawa, które uniemożliwiają wykonawcy udział w postępowaniu oraz złożenie oferty i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, oraz odpowiednio zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że:

- w zakresie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamawiania wymagania dotyczącego doświadczenia [zawartego w pkt III. 2.3) ogłoszenia oraz pkt 6.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia]: w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w pkt II.1.5) ogłoszenia Zamawiający nie odnosi się w żaden sposób do rodzaju niecek basenowych, które mają być w

Aquaparku zamontowane, co jest zrozumiałe, bowiem „wmontowanie” odpowiednio ukształtowanej niecki basenowej ze stali nierdzewnej należałoby potraktować jako montaż odrębnej konstrukcji do tego obiektu. Wskazuje na to projekt wykonawczy obiektu budowlanego (Tom 2 a) obejmujący „konstrukcje stalowe, drewniane i betonowe budynku aquaparku z wyłączeniem konstrukcji: stalowych mis basenowych, zjeżdżalni wodnej, daszków zewnętrznych nad wejściami, konstrukcji wsporczych i fundamentów wyposażenia technologicznego i instalacyjnego budynku - ww. są przedmiotem odrębnych opracowań projektowych”. Odrębne opracowania projektowe dotyczą: Tom 1 - architektura i zagospodarowanie; Tom 2 - konstrukcja (w tym cytowany wyżej Tom 2a); Tom 3 - drogi i parkingi; Tom 4 – zieleń; Tom 5 - zjeżdżalnie wodne; Tom 6 - technologia wody basenowej; Tom 7 - branża elektryczna; Tom 8 - instalacje sanitarne; Tom 9 - architektura - wyposażenie i zieleń wewnętrzna; Tom 10 - technologia bufetu i nie wyszczególniają odrębnie samych niecek basenowych. Projekty te zawierają się w Tomie 1 - architektura i zagospodarowanie. Opis każdego z projektów zawiera między innymi zapis: *„Przy wbudowaniu niecki ze stali nierdzewnej w istniejącą niecką betonową należy sprawdzić jej nośność statyczną (firma budowlana). Niezbędne dane dotyczące ciężaru niecki ze stali nierdzewnej zostaną dostarczone przez jej producenta”*. W Tomie 6 - technologia wody basenowej w STWiOR w pkt 5.2 Montaż elementów uzbrojenia niecki zamawiający zawarł zapis: *„Niecka wykonana ze stali nierdzewnej zawiera wszystkie elementy dopływowe i odpływowe - dostarczana przez producenta (dystrybutora)”*. Zapisy te jednoznacznie wskazują na fakt, że niecki stanowią wyposażenie obiektu basenowego. Zauważyć przy tym należy, że żaden z wykonawców nie jest producentem tychże elementów, co przemawia za tym, że montaż takiego urządzenia porównać można z dostarczeniem i montażem innych elementów wyposażenia basenu takich jak niecki jacuzzi, zjeżdżalnie itp. Dodać należy, że niecki ze stali nierdzewnej mogą być wbudowywane zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz obiektu basenowego, przy czym wykonuje się je w jednakowy sposób niezależnie od tego, czy są one realizowane jako zewnętrzne czy jako wewnętrzne. Również samo posadowienie niecek wykonanych ze stali nierdzewnej nie różni się znacznie w przypadku realizacji kompleksów basenów zewnętrznych jak i wewnętrznych. Różnica polega jedynie na samej konstrukcji posadowienia, które w przypadku niecek montowanych wewnątrz obiektu jest takie samo, jak dla typowych basenów wykonanych w technologii tradycyjnej. Oznacza to, że wykonawca, który realizował obiekty basenowe technologii tradycyjnej jest w stanie wykonać posadowienie również pod nieckę ze stali nierdzewnej, jeśli zaś montował niecki stalowe na zewnątrz obiektu to zamontuje je również wewnątrz, gdyż technologia montażu jest taka sama. Brak jest zatem jakichkolwiek racjonalnych

argumentów do uznania, że wykonawca, który zrealizował z należytą starannością baseny w tradycyjnej technologii, jak również zamontował zewnętrzne baseny wykonane ze stali nierdzewnej nie posiada odpowiedniego doświadczenia, a przez to jest niezdolny do wykonania zamówienia polegającego na zamontowaniu niecek wykonanych ze stali nierdzewnej wewnątrz obiektu basenowego.;

- Odwołujący na potwierdzenie swego stanowiska przytoczył uzasadnienie wyroku KIO 744/10 z dnia 11 maja 2010 r. a także uchwały Sądu Najwyższego z 18 września 2002 r. (sygn. III CZP 52/02); pismo Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 maja 2004 r. (znak: UZP/DP/O-JSA/ZP/25433/12719/04); wyroki KIO/UZP 768/08, KIO/UZP 665/08, KIO/UZP 1135/09, KIO/UZP 361/10; czy sygn. akt KIO 388/10, sygn. akt KIO 390/10; KIO/UZP 275/09; KIO/UZP 254/08.

- robota budowlana polegająca na budowie krytego kompleksu basenowego/aquaparku z nieckami ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, o łącznej powierzchni lustra wody min 500 m² wraz z technologią basenową, stanowi w Polsce na tyle rzadkie zjawisko, że na rynku występuje niewielu wykonawców mogących wylegitymować się doświadczeniem sformułowanym w tak subiektywnie ukierunkowany sposób. Z drugiej strony - jak wskazywano powyżej- wielu wykonawców posiada doświadczenie w budowie kompleksów basenowych/aquaparków o wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej parametrach i wyposażeniu. Postawiony przez Zamawiającego warunek wykazania się wykonaniem aż dwóch robót budowlanych o tak wyśrubowanych wymaganiach jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i w sposób jawny jeszcze bardziej ogranicza konkurencję.

- Według wiedzy i rozeznania własnego Odwołującego, na terenie Polski zostało wykonanych (w zależności od zakwalifikowania do powierzchni niecek whirlpooli) 4 lub 5 kompleksów basenowych/ aquaparków, które posiadają zamontowane wewnątrz niecki basenowe ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, o łącznej powierzchni lustra wody min 500 m² wraz z technologią basenową. Trzy z nich wybudowała jedna firma, pozostałe dwa dwie różne firmy. W tej sytuacji wymaganie realizacji aż dwóch obiektów o określonych w warunku cechach i parametrach może wskazywać na preferowanie tylko jednego wykonawcy w przedmiotowym zamówieniu, co jest absolutnie niedopuszczalne.

- Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dla wykazania nieproporcjonalności wymagań Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu

zamówienia, a tym samym dla jego potrzeb, wskazano na wymóg dotyczący wykazania łącznej powierzchni lustera wody min 500 m² w każdym obiekcie, co łącznie daje powierzchnię 1000m². Tymczasem ogólna powierzchnia lustera wody w realizowanym obiekcie (włączając w to lustera fontann) wynosi 964 m²: basen pływakowski- 525 m², basen rekreacyjny-285 m², brodzik dla dzieci- 35 m², hamownia zjeżdżalni- 43 m², basen z ciepłą wodą- 21 m², fontanna wewnętrzna- 4 m², fontanna zewnętrzna- 51m², przy czym bez fontann powierzchnia lustera wody wynosi 909 m²).

- Wymóg wykazania robót, których parametry przekraczają parametry robót realizowanych stanowi wprost naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy. Podkreślono, że wymaganie wykazania wykonania tak dużej powierzchni lustera wody nie jest żadnym miernikiem stopnia skomplikowania roboty budowlanej i nie jest uzasadnione niczym innym jak tylko chęcią ograniczenia konkurencji. Cytując opinię prawną zamieszczoną stronie: http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?;647;opis_sposobu_dokonywania_oceny_spelniania_warunkow_udzialu_w_postepowaniu_o_udzielenie_zamowienia_publicznego_.html zaznaczono, że „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził: *„Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”* Zatem wymóg wykazania doświadczenia w sposób wyłączający określony krąg przedsiębiorców, którzy są w stanie zrealizować zamówienie, z możliwości ubiegania się o jego udzielenie naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zaś opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia ewidentnie narusza art. 22 ust. 4 ustawy.

- określenie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu jest suwerenną decyzją Zamawiającego i to w gestii Zamawiającego leży ustalenie niezbędnych wymagań, które wykonawcy winni spełniać, chcąc być pozytywnie zweryfikowanymi do udziału w przetargu. Jednak swoboda Zamawiającego w stawianiu warunków i wymagań nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

- Odwołujący przytoczył stanowisko zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9.11.2005 (sygn. akt II Ca 587/05), w którym Sąd wskazał, że „zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

W związku z powyższą argumentacją Odwołujący zażądał zmiany warunku dotyczącego doświadczenia wskazującego na realizację w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie krytego kompleksu basenowego/aquaparku z nieckami ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, o łącznej powierzchni lustra wody min 500 m² każdy wraz z technologią basenową, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone na warunek kwalifikujący wykonawców, którzy wykażą że w ciągu ostatnich 5 lat (przed terminem składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej: dwie roboty budowlane polegające na budowie krytego kompleksu basenowego /Aquaparku z nieckami o łącznej powierzchni lustra wody min. 450 m² każdy (lub ze wskazaniem takich wartości, które byłyby zgodne z zasadą proporcjonalności) wraz z technologią basenową, w tym jednej roboty budowlanej polegającej na budowie krytego kompleksu basenowego/Aquaparku z nieckami ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, wbudowanymi wewnątrz bądź na zewnątrz obiektu budowlanego. Alternatywnie Odwołujący dopuszcza wykazanie zrealizowania jednej roboty budowlanej, która potwierdzałaby doświadczenie wykonawcy w realizacji obiektów kubaturowych, jakimi są kompleksy basenowe czy aquaparki, ze wskazaniem na wymaganą kubaturę lub powierzchnię lustra wody w basenach (oczywiście z uwzględnieniem zasady proporcjonalności) oraz jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie kompleksów basenowych/aquaparków z nieckami ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, wraz z technologią basenową, wbudowanymi wewnątrz bądź na zewnątrz obiektu budowlanego, ze wskazaniem na wymaganą łączną powierzchnię lustra wody (z uwzględnieniem zasady proporcjonalności) w tych nieckach.

Zamawiający, pismem z dnia 25 lutego 2011r. odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu Zamawiający podał, iż budowa Aquaparku dla niespełna 80-tysięcznego miasta jest przedsięwzięciem priorytetowym. Obiekt będzie realizowany z kredytu

splacanego ze środków własnych miasta, a spłata kredytu przez wiele lat znacznie obciążą budżet Siedlec. Dlatego też obiekt finansowany tak ogromnym wysiłkiem winien być wykonywany przez firmę posiadającą adekwatne doświadczenia do jego budowy. Inne działania ze strony Zamawiającego, tj. dopuszczenie do wykonywania przedmiotowego obiektu przez firmy nabywające doświadczenia na jego budowie byłoby karygodnym zaniedbaniem ze strony Zamawiającego. Aquaparki są obiektami specyficznymi i skomplikowanymi pod względem technicznym. Dlatego też wymagania określone w stosunku do Wykonawcy takiego obiektu muszą być kwalifikowane, a nie standardowe dla typowego obiektu budowlanego.

Zdaniem Zamawiającego wymóg wykazania się przy budowie Aquaparku żądanym przez Zamawiającego doświadczeniem opisanym w pkt. 6.1.1 SIWZ, jest zgodny z zakresem realizowanej inwestycji i zabezpiecza Zamawiającego przed powierzeniem zamówienia Wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania.

Biorąc pod uwagę charakter obiektu (obiekt użyteczności publicznej), a także wielkość środków publicznych przeznaczonych na ten cel Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia warunków przetargowych zapewniających wybór doświadczonego i odpowiedzialnego wykonawcy.

Zamawiający przytoczył wyrok KIO z 11 maja 2010 r. (sygn. akt: KIO 744/10); podał także że brak jest podstaw do przyjęcia, iż wymóg dot. wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych o określonych parametrach jest zbyt wygórowany. Żaden wykonawca po /realizowaniu tylko jednej tak skomplikowanej budowy nie może gwarantować profesjonalizmu i właściwej jakości robót, co potwierdza wyrok KIO z 1 września 2009 r. (Sygn. akt KIO 1070/09).

Zarzut Odwołującego iż na terenie Polski zostało wykonanych 4 lub 5 kompleksów basenowych, które posiadają zamocowanie wewnątrz niecki basenowe ze stali nierdzewnej bez powłoki foliowej o łącznej powierzchni lustra wody min. 500m² wraz z technologią basenową przy czym 3 wybudowała jedna firma, a pozostałe 2 dwie różne firmy również, nie zasługuje, zdaniem Zamawiającego na uwzględnienie - Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów; ponadto Zamawiający nie ograniczył możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawców polskich bądź też działających na terenie Polski. Analogicznie, niezasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący wymagania Zamawiającego w zakresie wykonania obiektu, polegający na wymogu dotyczącym wykazania łącznej powierzchni lustra wody min. 500 m² w każdym obiekcie, co łącznie daje powierzchnie 1000 m².

Zamawiający bowiem w SIWZ wyraźnie wskazał, iż niecki mają być ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, o łącznej powierzchni lustra wody min 500 m². Wymaganie wykonania dwóch robót o powierzchni niecek basenowych co najmniej 500 m² każda nie jest tożsame z wymaganiami realizacji jednej roboty o powierzchni 1000 m².

Nietrafny jest również, zdaniem Zamawiającego, zarzut Odwołującego dotyczący niecek ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, polegający na tym, iż w jego ocenie Zamawiający nie powinien wymagać doświadczenia w zakresie wbudowania przedmiotowych niecek wyłącznie wewnątrz obiektu. Jego zdaniem niecki te mogą być wbudowywane wewnątrz jak i na zewnątrz obiektu basenowego, przy czym wykonuje się je w jednakowy sposób, niezależnie od tego, czy są one realizowane jako zewnętrzne czy jako wewnętrzne.

Zamawiający nie kwestionuje faktu, że żaden z Wykonawców nie jest producentem niecek ze stali nierdzewnej, wskazał natomiast, że nie można podzielić poglądu, iż montaż tychże niecek porównać można z dostarczeniem i montażem innych elementów basenu, takich jak niecki jacuzzi i zjeżdżalnie. Niecki stalowe stanowią jeden z głównych elementów Aquaparku zarówno pod względem technicznym jak i finansowym, a ich wadliwe wykonanie spowodowane brakiem odpowiedniego doświadczenia rodzi poważne skutki techniczne i finansowe. W przypadku konieczności ich wymiany ulegają zniszczeniu również inne elementy budynku np. plaża pokryta płytkami ceramicznymi, część instalacji podłączonych do niecek, a obiekt na długi czas pozostaje wyłączony z eksploatacji.

Brak jest możliwości uznania doświadczenia w zakresie wbudowywania niecek zewnętrznych jako tożsamego z doświadczeniem w zakresie wbudowywania niecek wewnętrznych.

Główne problemy wbudowywania niecek wewnętrznych pojawiają się w trakcie eksploatacji aquaparków lub krytych basenów. Są one związane z nieprawidłowym funkcjonowaniem instalacji ogrzewania, wentylacji i klimatyzacji, co nie ma znaczenia w przypadku niecek basenowych zewnętrznych. Zamawiający ma obowiązek wymagania kwalifikowanego doświadczenia w tym zakresie, ponieważ ewentualne błędy w jego realizacji mogą powodować nie tylko skutki finansowe, ale przede wszystkim zagrożenie dla życia i zdrowia użytkowników obiektu.

W ocenie Zamawiającego uwzględnienie propozycji Odwołującego poprzez zmianę warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia na warunek proponowany w odwołaniu, tzn. m.in. dwie roboty budowlane polegające na budowie krytego kompleksu basenowego/Aquaparku z nieckami o łącznej powierzchni lustra wody min. 450 m² każdy wraz z technologią basenową,

w tym jednej roboty budowlanej polegającej na budowie krytego kompleksu basenów ego/Aquaparku z nieckami ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, wbudowanymi wewnątrz bądź na zewnątrz obiektu budowlanego doprowadziłoby w ocenie Zamawiającego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez uwzględnienie oczekiwań wyłącznie jednego Wykonawcy.

Przedmiot zamówienia został opisany w pkt. 3.1 i 3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a nie tylko w pkt. 3.2, na który powołuje się Odwołujący. Przedmiotem zamówienia jest: Budowa Aquaparku w Siedlcach. Zamówienie należy wykonać zgodnie z dokumentacją techniczną oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych /załącznik nr 8/. W przypadku wystąpienia w załącznikach do SIWZ lub dokumentacji projektowej konkretnych marek urządzeń lub producentów, Zamawiający na podstawie art. 29 ust. 3 ustawy dopuszcza możliwość składania oferty równoważnej tzn. dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji przetargowej pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych i nie droższych w eksploatacji niż określone w tej dokumentacji. W takiej sytuacji Wykonawca złoży stosowne dokumenty uwiarygodniające te materiały i urządzenia. Właśnie w dokumentacji technicznej, zawarta jest cała złożoność przedmiotu zamówienia, jakim jest budowa Aquaparku.

Odnosnie drugiego zarzutu należy podniesiono, iż Odwołujący ani nie wskazał w uzasadnieniu jakie przepisy ustawy (poza wskazanymi w pkt. 1) bądź też inne przepisy prawa zostały naruszone w sposób uniemożliwiający wykonawcy udział w postępowaniu oraz złożeniu oferty i zawarciu ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ani też nie wykazał naruszenia bliżej nieokreślonych przepisów.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez Budbaum SA w Białymstoku, zgłosili przystąpienia i zostali dopuszczeni do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Mostostal Warszawa SA w Warszawie oraz Holma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Starych Babicach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod

uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymagało, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu [art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych]. W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie bez znaczenia pozostaje także treść żądania odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz – stanowiące ich odzwierciedlenie – żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W takim wypadku żądania sformułowane przez Odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi. Wszakże o możliwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania.

Odwołujący żąda zmiany pkt III.2.3 ogłoszenia oraz postanowienia pkt 6.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez zastąpienie dotychczasowego ich brzmienia następującym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu:

warunek kwalifikujący wykonawców, którzy wykazał że w ciągu ostatnich 5 lat (przed terminem składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej: dwie roboty budowlane polegające na budowie krytego kompleksu basenowego / Aquaparku z nieckami o łącznej powierzchni lustra wody min. 450 m² każdy (lub ze wskazaniem takich wartości, które byłyby zgodne z zasadą proporcjonalności) wraz z technologią basenową, w tym jednej roboty budowlanej polegającej na budowie krytego kompleksu basenowego/ Aquaparku z nieckami ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, wbudowanymi wewnątrz bądź na zewnątrz obiektu budowlanego.

Alternatywnie Odwołujący wniósł o dopuszczenie doświadczenia w zakresie jednej roboty budowlanej, która potwierdzałaby doświadczenie wykonawcy w realizacji obiektów kubaturowych, jakimi są kompleksy basenowe czy aquaparki, ze wskazaniem na wymaganą kubaturę lub powierzchnię lustra wody w basenach (oczywiście z uwzględnieniem zasady proporcjonalności) oraz jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie kompleksów basenowych/aquaparków z nieckami ze stali nierdzewnej, bez powłoki foliowej, wraz z technologią basenową, wbudowanymi wewnątrz bądź na zewnątrz obiektu budowlanego, ze wskazaniem na wymaganą łączną powierzchnię lustra wody (z uwzględnieniem zasady proporcjonalności) w tych nieckach.

Powyższe żądania a także uzasadniające je zarzuty i argumentacja odwołania nie zasługują na uwzględnienie. I tak:

- zarzuty odwołania, w części, w jakiej odnosiły się do zbyt wygórowanego, nieproporcjonalnego żądania doświadczenia obejmującego dwie roboty budowlane o opisanym w ogłoszeniu oraz specyfikacji zakresie uznano za bezzasadne. Uznano, że żądania wykazania się co do zasady minimum dwoma robotami budowlanymi nie można uznać za zbyt wygórowane i nieproporcjonalne. Podkreślenia wymaga bowiem, że doświadczenie z zasady zdobywa się poprzez realizację czynności w oznaczonym zakresie – żądanie zatem co najmniej dwóch robót budowlanych jest wyznacznikiem posiadania w odpowiednim zakresie doświadczenia, co odróżnia „doświadczenie” od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać. Samo żądanie dwóch robót o odpowiednim zakresie nie stanowi zatem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców; nie może zostać uznane za nadmierne czy nieproporcjonalne. Tak też powyższe traktuje Odwołujący, formułując żądania odwołania - zarówno to zasadnicze jak i wyrażone alternatywnie – gdzie Odwołujący także stawia postulat wymagania co najmniej dwóch robót budowlanych, tyle tylko, że wobec każdej z nich wnioskuje o zmniejszenie zakresu [obniżenie wymaganej powierzchni luster wody; ograniczenie jednej z tych robót do budowy Aquaparków/kompleksów basenowych bez wymagania niecek ze stali

nierdzewnej oraz pozostawienie wymagania wyposażenia w niecki ze stali nierdzewnej – w odniesieniu do drugiej robót z jednoczesnym doprecyzowaniem, że mogą to być zarówno niecki zewnętrzne jak i wewnętrzne].

- co do tej części odwołania, które wskazuje na nadmierne żądanie aż dwóch robót budowlanych mających za przedmiot budowę aquaparków/kompleksów basenowych z nieckami wykonanymi ze stali nierdzewnej, stwierdzono, że powyższe wymaganie nie nosi cech nadmierne wygórowanego i nieproporcjonalnego czy też – jak przedstawia to Odwołujący – subiektywnego. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że postawiony w postępowaniu warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy powinien odpowiadać przedmiotowi zamówienia co do zasadniczego zakresu tego przedmiotu. Postawiony warunek odpowiada temu postulatowi, skoro przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest budowa aquaparku, w którym mają być zamontowane niecki ze stali nierdzewnej [według dokumentacji budowlanej: niecki ze stali szlachetnej, spawanej – vide: Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót, cz. 11].

Nie ulega tu wątpliwości, że niecki basenowe są istotnym elementem aquaparku – to one ostatecznie definiują inwestycję jako basen [kompleks basenowy, aquapark]. Inne elementy, jak przykładowo kręgielnia, restauracja, szatnia czy sauna – także nie bez znaczenia dla komfortu użytkowników - stanowią raczej elementy peryferyjne, dodatkowe i nie wyznaczają cech i przeznaczenia obiektu. Tym samym, żądanie doświadczenia w budowie kompleksów basenowych/aquaparków z dokładnie określonym rodzajem niecek, jakie zostały w nich wmontowane jest o tyle uzasadnione, że przedmiotem postępowania jest budowa aquaparku właśnie z nieckami ze stali nierdzewnej. Potwierdza to jednoznacznie brzmienie dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W myśl rozdziału III, pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamówienie należy wykonać zgodnie z dokumentacją techniczną oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiącymi załącznik nr 8 do specyfikacji. W dokumentacji tej wskazano (vide: Tom 2 - projekt budowlany obiektów, branża: architektura i urbanistyka, str. 9) w części tytułowanej NIECKI BASENOWE ZE STALI SZLACHETNEJ NIEFOLIOWANE, że *„W projektowanym obiekcie zastosowano niecki basenowe oraz niecki wanien jacuzzi wykonane ze stali nierdzewnej, z zastosowaniem systemu niecek stalowych niefoliowanych systemu np. BERNDORF. Niecki posadowione są na niezależnych fundamentach i posiadają własną systemową konstrukcję nośną. Elementem basenu rekreacyjnego jest wanna hamowni zjeżdżalni, wyposażona w sofę ze stali nierdzewnej, wykonaną monolitycznie wraz z całą konstrukcją niecki basenowej. Materiały: Materiały i elementy konstrukcyjne obiektu basenowego są, o ile w specyfikacji robot*

nie podano inaczej, ze stali szlachetnej nierdzewnej zgodnie z PN-EN 10088 część 2. Wykonanie robot spawalniczych Należy potwierdzić wykonywanie połączeń spawanych w zakresie stosowanych dodatków spawalniczych, fachowej obróbki wstępnej materiałów, jak również fachowego przeprowadzania procesu spawania zgodnie z PN-EN 729-2, PNEN 287 część 1. Należy wnieść dowód posiadania przez jednostkę wykonawczą własnego technologa spawania oraz podać uprawnienia spawaczy dla uwzględnianych robot. Niecki basenów i elementy konstrukcyjne. Spoiny należy wykonać zgodnie z PN-EN 25817, PN-EN 288, PN-EN 12072 i PN-EN 439 jako spawanie łukowe w osłonie gazów ochronnych (argon) z ustalonymi parametrami spawania. Powstałe przez niepełną lub wadliwą osłonę gazem ochronnym warstwy zgorzeliwy należy usunąć poprzez wytrawienie. Brak przetopu spoiny w grani, jak również karby są niedopuszczalne. Wszystkie spoiny należy wykonać z odpowiadającą normie osłoną grani. Jako materiał dodatkowy należy zastosować dodatek spawalniczy tego samego rodzaju.

Ponadto, „Płyty denne pod niecki i brodziki basenowe zaprojektowano, jako monolityczne płyty żelbetowe o gr. 20cm wykonane z betonu B30 zbrojonego stalą A-IIIIN B500SP. Płyty należy wykonać na podkładzie z podsypki z piasku średniego zagęszczonego do ID=0,7 i chudego betonu klasy np. B15. Pomiedzy chudym betonem a płytą niecki zaprojektowano izolację z termozgrzewalnej asfaltowej papy izolacyjnej.” (vide: Projekt budowlany, część: Konstrukcja, OPIS TECHNICZNY KONSTRUKCJI DO PROJEKTU BUDOWLANEGO, 7.3.1. Płyty denne niecek basenowych i brodzików str. 6).

Następnie w SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ WYKONANIA I ODBIORU ROBOT - WYKONANIE NIECEK BASENOWYCH ZE STALI NIERDZEWNEJ SPAWANEJ (cz. 11), zamieszczono następujące zapisy: 3.1. Ogólne wymagania dotyczące sprzętu; Ogólne wymagania dotyczące sprzętu podano w części pt „Wymagania ogólne” pkt 3. 3.2. Sprzęt do wykonania robot Wykonawca przystępujący do wykonania niecek basenowych ze stali nierdzewnej winien wykazać się możliwością i umiejętnością korzystania z powszechnie stosowanego sprzętu do wykonywania spawalniczych i ślusarskich tak mechanicznych jak i narzędzi ręcznych oraz do wykonywania prac specjalistycznych związanych z wykonywaniem konstrukcji i montażu elementów stalowych nierdzewnych dla niecek basenowych. Opisane w części WYKONANIE ROBOT I. Budowa niecek basenowych ze stali szlachetnej CrNi (system

B E R N D O R F lub r ó w n o w a ż n y): Materiały Materiały i elementy konstrukcyjne obiektu basenowego są, o ile w specyfikacji robot nie podano inaczej, ze stali szlachetnej nierdzewnej zgodnie z PN-EN 10088 część 2. Powierzchnia Powierzchnie widoczne wykonane są zasadniczo z walcówki o gładkiej jasnej powierzchni (gołej) 2B wg PN-EN 10088-2. W miejscach, w których jest to wymagane, należy wykonać powierzchnię szlifowaną ziarnem o parametrze nie mniejszym jak 400. Spoiny pozostają zasadniczo bez obróbki mechanicznej. W miejscach, w których jest to wymagane, spoiny czółowe należy wygładzić przez szlifowanie, jednak nie dotyczy to

spoin pachwinowych. W obszarze krawędzi przelewowej basenu wszystkie spoiny od strony wody należy wygładzić przez szlifowanie. Niedopuszczalne jest stosowanie powłok PCW oraz okładzin foliowych. Wykonanie robot spawalniczych. Wykonywanie połączeń spawanych należy potwierdzić w zakresie stosowanych dodatków spawalniczych, fachowej obróbki wstępnej materiałów, jak również fachowego przeprowadzania procesu spawania zgodnie z PN-EN 729-2, PNEN 287 część 1. Należy wnieść dowód posiadania przez jednostkę wykonawczą własnego technologa spawania oraz podać uprawnienia spawaczy dla uwzględnianych robot jak również poświadczenie instytucji szkoleniowo badawczej w zakresie techniki spawalniczej w kwestii kwalifikacji producenta niecek ze stali nierdzewnej dotyczących spawania konstrukcji stalowych zgodnie z DIN 18800-7: 2002-09. Niecki basenów i elementy konstrukcyjne Spoiny należy wykonać zgodnie z PN-EN 25817, PN-EN 288, PN-EN 12072 i PN-EN 439 jako spawane lukowo w osłonie gazów ochronnych (argon) przy ustalonych parametrach spawania. Powstałe przez niepełną osłonę gazem ochronnym warstwy zgorzeliny należy usunąć poprzez wytrawienie. Brak przetopu spoiny w grani, jak również karby są niedopuszczalne. Wszystkie spoiny należy wykonać z osłoną grani wg normy. Jako materiał dodatkowy należy zastosować dodatek spawalniczy tego samego rodzaju. Spawanie rur Jednostronne spawanie rurociągów należy przeprowadzić z odpowiednią osłoną grani. Należy przestrzegać przy tym następujących norm: . PN-EN 29692 . PN-EN 25 817 . PN-EN 439 . PN-EN 12072 Spoiny połączeń rura/rura, rura/zawinięcie obwodowe obrzeża należy wykonać jako przetopioną spoinę czółową z osłoną grani.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że w Aquaparku, który jest przedmiotem tego postępowania mają być zamontowane niecki ze stali nierdzewnej [w dokumentacji budowlanej określane jako niecki ze stali uszlachetnionej]. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga złożony charakter przedmiotowego zamówienia: przeważającym, zasadniczym jego zakresem są roboty budowlane, niemniej jednak obejmuje ono elementy dostawy [niecek, elementów zjeżdżalni i innych]. Zamawiający przedmiotowe postępowanie uregulował w ten sposób, że w ramach robót budowlanych nałożył na wybranego w postępowaniu wykonawcę zapewnienie dostawy lub dostawy z montażem spornych niecek ze stali nierdzewnej. W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, w części tytułowanej Wykonanie niecek basenowych ze stali nierdzewnej spawanej (cz. 11, str. 3-4), przewidziano w zakresie minimalnych wymagań dotyczących przetargu na wykonawstwo inwestycji w zakresie niecek basenowych ze stali nierdzewnej, że *dokumentacja wykonawcza określa konkretne technologie a także konkretne urządzenia i materiały dostawców w poszczególnych branżach. Oznacza to, że w przetargu na wykonawstwo inwestycji nie mogą być zaoferowane technologie, urządzenia i materiały o niższym standardzie i gorszych parametrach technicznych niż określone w dokumentacji. Oferent proponujący inne technologie, urządzenia i materiały*

obowiązany jest wykazać ich jakość w analizie porównawczej. Ze względu na to, że rekojmia całego zespołu autorskiego projektantów trwa do zakończenia inwestycji decyzje o uznaniu technologii, urządzeń i materiałów zastępczych jako równorzędnych podejmuje ten zespół. Wykonawca składający ofertę na wykonawstwo inwestycji powinien szczegółowo zapoznać się z dokumentacją i wszelkie ewentualne niejasności wyjaśnić przed złożeniem oferty, aby w niej ująć wszystkie niezbędne koszty realizacyjne warunkujące prawidłowe wykonanie inwestycji jej rozruch i dopuszczenie do użytkowania. Dokumentacja wykonawcza zawiera projekt wykonawczy to jest część opisową, specyfikacje techniczne, część rysunkową oraz przedmiary kosztorysowe. W każdym przypadku zaistnienia rozbieżności pomiędzy projektem wykonawczym i przedmiarami kosztorysowymi nadrzędne jest to co stanowi projekt wykonawczy. Przedmiary kosztorysowe stanowią tylko materiał pomocniczy ułatwiający oferentowi przygotowanie oferty na wykonawstwo. Przyjmuje się zasadę, że oferentami będą firmy wykonawcze (generalny wykonawca i podwykonawcy), którzy mają udokumentowaną dobrą praktykę i posiadają pozytywne opinie w realizacji obiektów o wysokim standardzie jakościowym. Dostawca niecek w ofercie na wykonawstwo inwestycji ma ująć wszystkie koszty: dostawy urządzeń i materiałów wraz ze wszystkimi robotami montażowymi (ślusarskimi i spawalniczymi) oraz wszystkimi kosztami, które są bezpośrednio lub pośrednio z nimi związanymi, odbiorów technicznych przejściowych i końcowych wraz z wszystkimi czynnościami i kosztami z tymi odbiorami związanymi, przekazania do użytkowania wraz z niezbędnymi szkoleniami oraz instruktażami i wszystkimi kosztami związanymi. Ponadto oferent w ofercie o wykonawstwo ma obowiązek ująć także koszty, które wynikają z wszystkich przywołanych w dokumentacji wymagań technicznych wykonania i odbioru robot budowlano – montażowych jak też koszty, które wynikają z obowiązujących przepisów prawa budowlanego, państwowych i lokalnych przepisów administracyjnych a także wynikające z dobrej praktyki wykonawcy.

Powyższe brzmienie dokumentacji budowlanej wskazuje, że niecki ze stali nierdzewnej będą zamontowane w obiekcie będącym przedmiotem zamówienia. Nadto, wbrew tezie wykazywanej na rozprawie przez Przystępującego, zgodnie z którą również niecki wykonane metodą tradycyjną powinny być uwzględnione w ramach wymaganego doświadczenia stwierdzono, iż Przystępujący wyjaśnił na rozprawie pojęcie technologii tradycyjnej wykonywania niecek, to jest że w pojęciu metoda tradycyjnego wykonywania niecki mieści się zarówno niecka ceramiczna czyli z płytek ceramicznych, folii basenowej lub blachy ze stali nierdzewnej nazywanej „misą” w projekcie; ta wykładzina z folii basenowej, ceramicznej bądź ze stali nierdzewnej wyznacza rodzaj wykładziny niecki; technologia przy każdego rodzaju wykładzinie jest taka sama; przy niecce wykonanej z jakiejkolwiek wykładziny występują takie same problemy w zakresie wentylowania obiektu, przegród budowlanych (ścian i dachów) i pozostałych instalacji które funkcjonują tak samo. Powyższe oznacza, że skoro przedmiotem tego postępowania są roboty

budowlane, w ramach których ma nastąpić dostawa i montaż niecek ze stali nierdzewnej – co zostało nałożone na wykonawcę, to żądanie takiego doświadczenia jest adekwatne do przedmiotu zamówienia. Przytoczone wyżej brzmienie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót przekonuje, że wykonanie niecek ze stali nierdzewnej wykazuje się specyfiką [choćby w zakresie konieczności spawania ich elementów], która przemawia za uznaniem, że nie jest porównywalne doświadczenie w montażu niecek, które spawania nie wymagają, jak np. niecek ceramicznych czy też z folii basenowej.

Także Zamawiający na rozprawie wskazywał, iż nie zostało przesądzone, w jaki sposób niecka będzie zamontowana; to wykonawca będzie podejmował decyzję o wyborze dostawcy niecek i ich zamontowaniu, może skorzystać z własnych umiejętności jeżeli takie posiada bądź opierać się na podwykonawcy; to wykonawca wyłoniony w postępowaniu ponosi odpowiedzialność za wykonanie zamówienia w tym również za prawidłowe zamontowanie niecek.

Skoro zatem na wykonawcę wyłonionego w przedmiotowym postępowaniu ma być przerzucony cały ciężar związany z robotami budowlanymi, ale także z zapewnieniem dostawy i montażu niecki, to – co do zasady – właściwe jest objęcie tego elementu zamówienia, jak wskazano wyżej – istotnego z punktu widzenia jego realizacji treścią warunku udziału w postępowaniu.

Także Odwołujący potwierdził powyższe formułując swoje żądanie zmiany ogłoszenia i specyfikacji nie w kierunku wykreślenia wskazanej części wymagania, albo skonstruowania warunku w taki sposób, by w sposób rozłączny wykazywać doświadczenie w budowie obiektów takich jak kompleksy basenowe/aquaparki i z osobna doświadczenie w dostawie i montażu niecek ze stali nierdzewnej. Odwołujący zaś w odwołaniu argumentuje, iż *„Odrębne opracowania projektowe (...) nie wyszczególniają odrębnie samych niecek basenowych. Projekty te zawierają się w Tomie 1 - architektura i zagospodarowanie. Opis każdego z projektów zawiera między innymi zapis: „Przy wbudowaniu niecki ze stali nierdzewnej w istniejącą niecką betonową należy sprawdzić jej nośność statyczną (firma budowlana). Niezbędne dane dotyczące ciężaru niecki ze stali nierdzewnej zostaną dostarczone przez jej producenta”. W Tom 6 - technologia wody basenowej w STWiOR w pkt 5.2 Montaż elementów uzbrojenia niecki zamawiający zawarł zapis: „Niecka wykonana ze stali nierdzewnej zawiera wszystkie elementy dopływowe i odpływowe - dostarczana przez producenta (dystrybutora)”. Zapisy te jednoznacznie wskazują na fakt, że niecki stanowią wyposażenie obiektu basenowego. Zauważyć przy tym należy, że żaden z wykonawców nie jest producentem tychże elementów, co przemawia za tym, że montaż takiego urządzenia porównać można z dostarczeniem i montażem innych elementów*

wyposażenia basenu takich jak niecki jacuzzi, zjeżdżalnie itp. Dodać należy, że niecki ze stali nierdzewnej mogą być wbudowywane zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz obiektu basenowego, przy czym wykonuje się je w jednakowy sposób niezależnie od tego, czy są one realizowane jako zewnętrzne czy jako wewnętrzne. Również samo posadowienie niecek wykonanych ze stali nierdzewnej nie różni się znacznie w przypadku realizacji kompleksów basenów zewnętrznych jak i wewnętrznych.”

Tym samym uznano, że Odwołujący nie kwestionuje, że w aquaparku będącym przedmiotem tego postępowania będą zamontowane niecki ze stali nierdzewnej i że jego zdaniem, co do zasady – wymaganie łącznego doświadczenia w budowie kompleksów basenowych/aquaparków obejmującego montaż niecek ze stali nierdzewnej jest zasadne, a kwestionowany jest jedynie zakres tego wymagania.

Powyższe powodowało, że nie odbierając zasadności podniesionej przez Odwołującego argumentacji, nie uwzględniono podniesionego w tej mierze zarzutu. Zakres warunku, to jest wymaganie w ramach dwóch robót budowlanych, by obejmowały one budowę obiektów wyposażonych w niecki ze stali nierdzewnej, w okolicznościach postępowania, że na wykonawcy ciąży obowiązek zapewnienia dostawy oraz montażu niecek ze stali nierdzewnej czyni zasadnym objęcie treścią warunku doświadczenie w montażu niecek ze stali nierdzewnej. Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest budowa aquaparku wyposażonego w niecki ze stali nierdzewnej tonie można uznać za nadmierny i nieproporcjonalny wymóg w zakresie doświadczenia obejmujący budowę aquaparku/kompleksu basenowego wyposażonego w takie właśnie niecki. Zwrócić w tym miejscu warto uwagę na brzmienie postawionego warunku: wymagane jest nie doświadczenie w dostawie z montażem niecek ze stali nierdzewnej ale doświadczenie w robotach budowlanych aquaparków/kompleksów basenowych z nieckami ze stali nierdzewnej.

Na marginesie jedynie dostrzeżono, nieobjętą zarzutami oraz żądaniem postawionymi w odwołaniu – niedoskonałość postawionego warunku, jak również dopełniających go komplementarnych zapisów min. wzoru umowy [§ 10 ust. 1 wzoru umowy wymagającego każdorazowo od podwykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu analogicznych jakie są stawiane wykonawcy, co może wyłączyć sytuacje, gdy wykonawca będzie chciał na podstawie umowy o podwykonawstwo powierzyć sporne w sprawie dostawę i montaż niecek podmiotowi posiadającemu w tej mierze niewątpliwe doświadczenie], co może czynić niewykonalnym spełnienie postawionego warunku albo podwykonawstwo w powyższym zakresie. Nie przesądzając zatem powyższej kwestii, jako nie objętej zarzutami i żądaniem odwołania stwierdzić należało, że bardziej właściwą, z punktu widzenia zabezpieczenia interesów

Zamawiającego oraz umożliwienia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie być może byłaby inna konstrukcja warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, to jest nawiązująca do wymagania doświadczenia w budowie kompleksów basenowych/aquaparków o odpowiednich parametrach [kubatura czy też powierzchnia tafli wody w nieckach] i z osobna odpowiedniego doświadczenia w dostawie i montażu odpowiednich [wykonanych ze stali nierdzewnej, o odpowiedniej powierzchni] niecek. Taki warunek przewidujący rozłączne traktowanie doświadczenia o odmiennym charakterze dawałby możliwość czy to wystąpienia wykonawców spełniających każdy z osobna właściwego i wyczerpującego potrzebę Zamawiającego doświadczenia w ramach konsorcjum czy też polegania na zasobach podmiotu trzeciego w części dotyczącej dostawy i montażu niecek. Zatem iluzorycznym staje się dopuszczenie wykonywania zamówienia przez podwykonawcę [co przewidziano w rozdziale 3 pkt 3.9 specyfikacji] w okolicznościach, że Zamawiający wymaga od potencjalnego podwykonawcy analogicznego doświadczenia, jakie jest wymagane od wykonawcy. Nie zawsze bowiem wykonawca który buduje Aquaparki/kompleksy basenowe ma doświadczenie w montażu niecek, który może wykonywać podwykonawca lub dostawca niecek w ramach dostawy wraz z montażem; i odwrotnie: dostawca niecek gwarantujący w ramach tej dostawy montaż może nie posiadać w ogóle doświadczenia w budowie Aquaparków/kompleksów basenowych. Powyższe uwagi, uczynione na marginesie i poza zakresem zarzutów oraz żądań odwołania pozostawiono do oceny Zamawiającego.

- poddając ocenie tę część warunku udziału w postępowaniu która odnosi się do wymagania doświadczenia w robotach budowlanych mających za przedmiot Aquaparki/kompleksy basenowe z nieckami ze stali nierdzewnej o łącznej powierzchni lustra wody minimum 500m², uznano, że tak postawiony warunek, w części odnoszącej się do powierzchni lustra wody koresponduje z przedmiotem zamówienia. Po pierwsze – warunek dotyczy łącznej powierzchni tafli wody w nieckach. Po drugie – łączna powierzchnia tafli wody w nieckach w Aquaparku w Siedlcach ma być prawie dwa razy większa aniżeli wymagana w ramach spornego warunku. Jak wynika z dokumentacji technicznej, kompleks ma obejmować między innymi basen pływacki z niecką ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra 525 m², wymiary tego basenu 20 x 21, głębokość 1,3 – 2 m, objętość 866 m³; co do basenu rekreacyjnego, również z niecką ze stali nierdzewnej – powierzchnia lustra wody 285 m², głębokość 0,8 – 1,2 m, objętość 285 m³; co do brodzika dla dzieci także wykonanego ze stali nierdzewnej – o pow. lustra wody 35 m², głębokość 0,35 m, objętość 12 m³; co do basenu rekreacyjnego – hamowni zjeżdżalni z niecką ze stali nierdzewnej -

powierzchnia lustra wody 43 m², głębokość 0,6 m, objętość 26 m³; basenu „Z ciepłą wodą A>20 m²” - z niecką ze stali nierdzewnej - powierzchnia lustra wody 21 m², głębokość 0,6 – 1 m, objętość 17 m³; fontannę wewnętrzną ze stali nierdzewnej - powierzchnia lustra wody 4 m², głębokość 0,36 m, objętość 1,4 m³; fontannę zewnętrzną ze stali nierdzewnej - powierzchnia lustra wody 51 m², głębokość 0,5 m, objętość 25,5 m³ (vide: dokumentacja techniczna - opis wykonawczy). To oznacza, że łączna powierzchnia tafli wody w basenach wynosi ponad 900 m². Powyższe czyni zasadnym wniosek, że warunek w zakresie doświadczenia dotyczącego budowy Aquaparków/kompleksów basenowych o łącznej powierzchni tafli wody min 500 m² z pewnością nie jest wygórowany i odpowiada postulatowi proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. W tej części warunek postawiony przez Zamawiającego zdaje się być relatywnie życzliwym i otwartym na możliwości wykonawców, obejmując łączną powierzchnię tafli wody w nieckach niemal o połowę niższą, aniżeli ma być wykonana w ramach tego postępowania, niższą też niż największa niecka planowanego obiektu.

Podkreślenia bowiem wymaga, w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwią części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych postawią w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności. Wystarczy, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców, lub grupa najbardziej „uprzywilejowanych” jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta” aby konkurencyjność udzielanego zamówienia zapewnić. O złamania zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia [tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO/UZP 641/09].

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego

jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali oraz okresu trwania.

Wzięto pod uwagę w tym zakresie, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest związany z przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji do niego powinien być proporcjonalny. Oceny zasadności warunku udziału w postępowaniu oraz jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy bowiem dokonywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zapewniać należyte wykonanie przez wykonawców zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

W konsekwencji uznano, że zmiana ogłoszenia oraz sspecyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany przez Odwołującego prowadziłyby do zakłócenia właściwej proporcji pomiędzy interesem Zamawiającego a zagwarantowaniem konkurencyjnego charakteru postępowania i jak najszerszego dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu.

Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób czyniący zadość jego uzasadnionemu interesowi, zabezpieczający prawidłowe wykonanie zamówienia, zaś granicą wynikającą z tego swobody jest zasada równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjnego dostępu do uzyskania zamówienia.

Sporny w sprawie warunek, w części w jakiej odnosi się on do wymaganej łącznej powierzchni tafli wody w nieckach [500 m²] odpowiada temu postulatowi.

- co do żądania Odwołującego zmiany warunku w zakresie wymagania doświadczenia obejmującego budowę kompleksów basenowych/Aquaparków z nieckami ze stali nierdzewnej bez powłoki foliowej polegającej na doprecyzowaniu, że niecki basenowe mogą być wbudowane wewnątrz lub na zewnątrz obiektu budowlanego, nie podzielono zarzutów odwołania. W pierwszym rzędzie podkreślenia wymagało, iż postulat powyższej zmiany Odwołujący osadził w argumentacji zmierzającej do wykazania, iż niezasadne jest żądanie aż dwóch robót mających za przedmiot obiekty z nieckami ze stali nierdzewnej. Odwołujący wykazywał bowiem: *„Zaunmaßen przy tym należy, że żaden z wykonawców nie jest producentem tychże elementóv, co przemawia za tym, że montaż*

takiego urządzenia porównać można z dostarczeniem i montażem innych elementów wyposażenia basenu takich jak niecki jacuzzi, zjeżdżalnie itp. Dodać należy, że niecki ze stali nierdzewnej mogą być wbudowywane zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz obiektu basenowego, przy czym wykonuje się je w jednakowy sposób niezależnie od tego, czy są one realizowane jako zewnętrzne czy jako wewnętrzne. Również samo posadowienie niecek wykonanych ze stali nierdzewnej nie różni się znacznie w przypadku realizacji kompleksów basenów zewnętrznych jak i wewnętrznych. Różnica polega jedynie na samej konstrukcji posadowienia, które w przypadku niecek montowanych wewnątrz obiektu jest takie samo, jak dla typowych basenów wykonanych w technologii tradycyjnej. Oznacza to, że wykonawca, który realizował obiekty basenowe technologii tradycyjnej jest w stanie wykonać posadowienie również pod nieckę ze stali nierdzewnej, jeśli zaś montował niecki stalowe na zewnątrz obiektu to zamontuje je również wewnątrz, gdyż technologia montażu jest taka sama. Brak jest zatem jakichkolwiek racjonalnych argumentów do uznania, że wykonawca, który zrealizował z należytą starannością baseny w tradycyjnej technologii, jak również zamontował zewnętrzne baseny wykonane ze stali nierdzewnej nie posiada odpowiedniego doświadczenia, a przez to jest niezdolny do wykonania zamówienia polegającego na zamontowaniu niecek wykonanych ze stali nierdzewnej wewnątrz obiektu basenowego”.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że powyższe żądanie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu postawionego warunku. Odwołujący zdaje się powyższe wywodzić – choć nie wyartykułował tego w odwołaniu – z zawartego w treści warunku wymagania obejmującego doświadczenie w budowie krytych kompleksów basenowych/Aquaparków a także z treści odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytanie. Zamawiający na zadane pytanie, czy uwzględni w ramach wymaganego doświadczenia niecki wykonane ze stali nierdzewnej wykonane jako niecki zewnętrzne, zaś w przypadku odpowiedzi negatywnej czy zmieni warunek w zakresie doświadczenia na inny, dokładnie w pytaniu opisany, podał, że *wymóg wykazania się przy budowie Aquaparku żądanym przez Zamawiającego doświadczeniem opisanym w pkt 6.1.1 SIWZ jest zgodny z zakresem realizowanej inwestycji i zabezpiecza Zamawiającego przed powierzeniem zamówienia Wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania. ponadto uwzględnienie propozycji Wykonawcy poprzez zmianę warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia na warunek proponowany w pytaniu (...) doprowadziłoby, w ocenie Zamawiającego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez uwzględnienie oczekiwań wyłącznie jednego Wykonawcy. w związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w pkt 6.1.1. SIWZ (...) [vide: odpowiedź Zamawiającego na pytanie do specyfikacji z dnia 17 lutego 2011r.].* Z treści tej odpowiedzi Odwołujący wydedukował, że Zamawiający nie dopuszcza w ramach warunku doświadczenia w budowie niecek ze stali nierdzewnej umiejscowionych na zewnątrz basenu.

Również Zamawiający na rozprawie oświadczył, że skoro w warunku mowa o kompleksie basenowym/Aquaparku krytym to warunek musi obejmować niecki znajdujące się w tym krytym kompleksie – tj. wewnątrz kompleksu, analogiczne stanowisko zostało wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do żądania odwołania sformułowanego w powyższym zakresie stwierdzić należało, że nie zostało ono podparte w odwołaniu odpowiednią argumentacją. Z postawionego zaś warunku, wbrew stanowisku stron nie wynika niemożność wykazania się doświadczeniem w budowie kompleksów basenowych/Aquaparków z nieckami ze stali nierdzewnej zewnętrznymi. Również odpowiedź na zadane pytanie nie prowadzi do takiego wniosku – z faktu ustosunkowania się przez Zamawiającego do wniosku o zmianę warunku postawionego jako alternatywny, na wypadek gdyby Zamawiający nie uznawał doświadczenia w budowie niecek zewnętrznych, nie wynika jeszcze, że Zamawiający podał, iż niecki zewnętrzne nie będą uznawane. Udzielona odpowiedź w tej mierze raczej pozostawia powyższą kwestię bez odpowiedzi Zamawiającego. Z treści postawionego warunku wynika, że Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w robotach budowlanych mających za przedmiot kryte kompleksy basenowe/aquaparki z nieckami ze stali nierdzewnej. Wymaganie doświadczenia w budowie krytych obiektów nie oznacza, że wykonawcy nie mogą się wykazać doświadczeniem w budowie takich obiektów, w ramach których część niecek będzie na zewnątrz. Pojęcie kompleksu basenowego/Aquaparku, jakkolwiek nie zostało zdefiniowane w obowiązujących przepisach [w ustawie Prawo wodne jedynie wskazuje się, że baseny nie stanowią kąpielisk], w powszechnym rozumieniu obejmuje obiekty wyposażone w część wypełnioną wodą, czyli niecki. W ramach zatem wymagania obejmującego kryte kompleksy basenowe/Aquaparki zapewnione jest doświadczenie wykonawców w budowie obiektów wyposażonych zarówno w niecki wewnętrzne jak i charakterystyczne elementy infrastruktury basenowej, związane z wentylacją czy technologią wody basenowej. Brak jest podstaw do uznania, że w ramach doświadczenia nie mogą być uznawane kryte obiekty w postaci kompleksów basenowych/Aquaparków, jeśli w ramach kompleksu posiadają również niecki na zewnątrz. Kryte obiekty tego rodzaju jak kompleksy basenowe/Aquaparki wyposażone w część niecek wychodzących na zewnątrz nie są rzadkością, zaś postawiony w ogłoszeniu i specyfikacji w ramach spornego warunku przymiotnik „kryte” odnosi się wyraźnie do kompleksów basenowych/Aquaparków, co nie wyłącza możliwości uznania znajdujących się w ramach takiego obiektu niecek zewnętrznych.

Brzmienie postawionego warunku nie wyłącza wykazania się doświadczeniem obejmującym budowę kompleksów basenowych/Aquaparków z nieckami zewnętrznymi.

W tym zakresie żądanie odwołania skierowane zostało zatem nie wobec brzmienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części opisującej warunek udziału w postępowaniu ale rozumienia tego warunku. Rozumienie to jest jednak nieuprawnione w świetle treści warunku.

Niezależnie od tego, takie brzmienie warunku, z którego treści by wynikało, że wymagane jest doświadczenie wyłącznie w budowie kompleksów basenowych/Aquaparków z nieckami wewnętrznymi należałoby uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nadmiernie restrykcyjne i nieuzasadnione potrzebą Zamawiającego, ograniczające konkurencję.

Powyższe zdecydowało o nieuwzględnieniu w tej mierze żądania odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: