

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik,
Roman Kuś Sp. j. ul. 23 Stycznia 15, 41-260 Sławków**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

**Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego działa
Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie
al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin**

protestu z dnia 11 lipca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-
- Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j. ul. 23 Stycznia 15,
41-260 Sławków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno - Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j. ul. 23 Stycznia 15, 41-260 Sławków,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **271 zł 00 gr** (słownie: dwieście siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno -
- Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j. ul. 23 Stycznia 15,
41-260 Sławków na rzecz Województwa Zachodniopomorskiego -
- Zachodniopomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych
w Szczecinie al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin stanowiącej
uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy)
przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek
dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy
dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów
własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Przedsiębiorstwa
Robót Geologiczno - Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j.
ul. 23 Stycznia 15, 41-260 Sławków.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na wykonanie robót budowlanych na zadaniu pn. „Bielinek – Osinów Dolny. Odbudowa (modernizacja) wału przeciwpowodziowego w km 0+000 – 9+800. Zadanie 1, km 0+000 – 3+100. Etap II, km 1+500 – 3+100*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 lipca 2008 r. pod numerem 150445. Wartość postępowania została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.204.488,10 zł.

11 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez przygotowanie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców ze względu na:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

co stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał następującej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie wykonywania przegrody przeciwfiltracyjnej przy użyciu podstawowego sprzętu równoważnego do wymaganego trenchera, wynikającego z PN-EN 14679:2005/AC:2006 (U) – głębne mieszanie gruntu i ujednoczenie zapisów w tym zakresie we wszystkich elementach specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. punktu 9.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę tego warunku udziału w postępowaniu z dostosowaniem do wymagań sprzętowych jak w punkcie 1., w szczególności poprzez rezygnację z trenchera oraz mieszalnika automatycznego z elektronicznym systemem dozowania (3 składniki) jako jedyne i wyłącznego sprzętu wymaganego do realizacji przedmiotu zamówienia i dopuszczenie sprzętu zgodnego z PN – EN 14679:2005/AC:2006 (U). Ponieważ jednak, zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, modyfikacja warunku

udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna – unieważnienia postępowania.

Odwołujący stwierdził, iż w Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dostosował się do przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W punkcie 2.2. i 2.2.1. Specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót budowlanych wskazał na specjalistyczny sprzęt „trencher”, przy czym sprzęt ten wskazał jako przykładowy i rekomendowany. Natomiast w punkcie 3.2. szczegółowej specyfikacji technicznej „Sprzęt do wykonania robót” wskazuje, iż wykonawca powinien dysponować „trencherem na podłożu gąsienicowym zaopatrzonym we frez z łopatkami mieszającymi...” oraz iż „wiertnica powinna być wyposażona w automatyczny układ monitorujący...” – zapisy te są niespójne i wewnętrznie sprzeczne, ponieważ nie wiadomo, czy wymagany sprzętem jest trencher, czy wiertnica.

W odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytanie Zamawiający wyjaśnił, iż „nie jest dopuszczalne wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej w innej technologii niż CDMM, czyli technologii ciągłego, wglębnego mieszania gruntu, przy użyciu specjalistycznego sprzętu, jakim jest trencher” i nie zmienił warunków wykonania zamówienia opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego powoduje to, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia pozostaje wewnętrznie sprzeczna w opisany powyżej sposób, a trencher jest sprzętem unikatowym, nieznanym na polskim rynku, a osiągnięte przy jego pomocy efekty robót można uzyskać przy pomocy standardowego sprzętu zgodnego z przywołaną Polską Normą również w technologii wglębnego mieszania gruntu. Wykonywanie przedmiotowych robót przy użyciu trenchera jest mniej korzystne – jego zasięg wglębny to 10-11 m, a w przypadku decyzji inspektora nadzoru o konieczności większego zagłębienia przesłony przeciwfiltracyjnej, która to możliwość wynika ze specyfikacji technicznej, sprzęt ten stanie się nieprzydatny i uniemożliwi zrealizowanie zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się również z argumentem, iż jedynie przy pomocy trenchera można uniknąć tzw. okien, ponieważ również przy użyciu

klasycznego sprzętu przy głębokościach kilkunastu metrów nie ma możliwości, aby powstały okna powodujące nieszczelności, gdyż sprzęt wyposażony jest w automatyczny system pionowania, co zabezpiecza ciągłość i jednorodność przesłony.

W punkcie 8. Specyfikacji technicznej „Sprzęt” jej autor, prawidłowo, nie wskazuje na żaden sprzęt specjalistyczny wymieniony z nazwy, a jedynie określa, iż powinien to być sprzęt, „który nie powoduje niekorzystnego wpływu na jakość wykonywanych robót”.

Wskazanie więc na trencher uniemożliwia Odwołującemu dostęp do zamówienia i wskazuje wyłącznie jednego wykonawcę, który ten sprzęt posiada, co stanowi opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zwraca również uwagę na treść art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zgodnie z którym Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm.

Także ustanowienie warunku udziału w postępowaniu jak podany powyżej służy utrudnianiu dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy od lat z powodzeniem wykonują roboty objęte przedmiotem zamówienia przy użyciu posiadanego przez nich sprzętu zgodnego z przywołaną Polską Normą, który zapewnia prawidłowe wykonanie robót z osiągnięciem wymaganych parametrów i spełniających oczekiwane funkcje i który jest do trenchera równoważny, chociaż nosi inną nazwę.

18 lipca 2008 r. Zamawiający protest oddalił uznając, iż opisany w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny określa technologię wykonania robót; również w odpowiedzi na pytanie z 7 lipca 2008 r. udzielił Odwołującemu wyczerpującej odpowiedzi co do technologii wykonania osłony przeciwfiltracyjnej. Ponieważ technologia określa konieczność wykonania robót metodą CDMM, specyfikacja istotnych warunków zamówienia podporządkowana jest wymaganiom projektu. Natomiast Odwołujący

w proteście domaga się wręcz zmiany technologii wykonania robót, co byłoby związane z niedopuszczalną zmianą projektu.

Wobec powyższego oddalenia protestu 23 lipca 2008 r. (wpływ do UZP 24 lipca 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty wskazane w proteście i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy oraz zasądzenie kosztów postępowania. Odwołujący podkreślił też w odwołaniu, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie ustosunkował się do tych zarzutów twierdząc, iż Odwołujący domaga się zmiany technologii. Przedmiotem protestu był natomiast zarzut, iż Zamawiający nie dopuścił innej, równoważnej, a nawet identycznej metody ciągłego wglębnego mieszania gruntu, lecz polegającej na zastosowaniu innego sprzętu niż trencher. Metodę tę od zastosowanej przez Zamawiającego odróżnia jedynie nazwa zastosowanego sprzętu, jest ona w pełni równoważna do metody CDMM. Zdaniem Odwołującego istotą prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest dopuszczenie rozwiązań równoważnych spełniających założone przez Zamawiającego wymagania funkcjonalno – użytkowe oraz parametry techniczne przedmiotu zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu i odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeń Stron i dokumentów przedłożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem III.2) ppkt 3) ogłoszenia o zamówieniu oraz punktem 9 ppkt 3) Instrukcji dla wykonawców (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia. Za spełnienie tego warunku Zamawiający uważa dysponowanie następującym podstawowym sprzętem specjalistycznym:

- a) trencherem o możliwości skrawania i mieszania gruntu do głębokości min. 10,5 m, wyposażonym w system sterująco - rejestrujący, składającym się z monitora komputerowego wraz z rejestracją elektroniczną parametrów wykonania przesłony (wydruki),
- b) mieszalnikiem automatycznym z elektronicznym systemem dozowania (3 składniki).

W odpowiedzi z 9 lipca 2008 r. na zapytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający odmówił zmiany metody i wymaganego sprzętu. Zdaniem Zamawiającego cechą metody CDMM, w odróżnieniu od innych metod DMM, jest ciągłość pozwalająca uniknąć powstawania przerw i nieszczelności w przegrodzie tzw. okien, czego nie gwarantują inne metody stosowane w technologiach wglębnego mieszania gruntu – dlatego Zamawiający dokonał wyboru tej metody uznając ją za bardziej pewną i efektywną, obarczoną najmniejszym ryzykiem. Wykonanie przegrody powyższą metodą wymaga zastosowania specjalistycznego sprzętu, trenchera. Dlatego nie jest dopuszczalne wykonanie osłony przeciwfiltracyjnej inną metodą i przy użyciu innego sprzętu.

To, iż stanowisko projektanta jest zbieżne ze stanowiskiem Zamawiającego wynika bezpośrednio z treści *Specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót budowlanych, Szczegółowej specyfikacji technicznej* i projektu wykonawczego.

W odniesieniu do zarzutu, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący skład orzekający Izby uznał, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W *Specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót budowlanych* oraz *Szczegółowej specyfikacji technicznej* znajdują się zapisy wskazane przez Odwołującego w proteście i odwołaniu. Jednak oprócz tych zapisów o charakterze ogólnym i poglądowym zawierających np. krótką historię i zalety stosowania metod wglębnego mieszania gruntu i stosowanego sprzętu wraz z rekomendacjami (a nie koniecznością) zastosowania trenchera

(str. 5 i 6 *Specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót budowlanych*) znajdują się także konkretne opisy wykonania przegrody przeciwfiltracyjnej – „Wykonanie przegrody przeciwfiltracyjnej metodą ciągłego mieszania gruntu – CDMM (*Conitnuous Deep Miting Metod*) *Szczegółowa Specyfikacja techniczna SST-02*” (str. 45 – 52 opracowania), zwłaszcza jej punkt 5.3. Również, pomimo pojawiającej się nazwy wiertnica, z całej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jednoznacznie, iż Zamawiający wymaga użycia trenchera, np. pkt 2.2.1. projektu wykonawczego „Technologia wykonania przegrody”, jak również oprotestowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu dysponowania trencherem (pkt 9 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zresztą, jak wynika z treści protestu i odwołania oraz argumentacji przedstawionej podczas rozprawy Odwołujący, wbrew cytowanym fragmentom specyfikacji technicznej, nie ma wątpliwości, iż to właśnie trencher, a nie wiertnica lub inny sprzęt, jak również metoda CDMM, a nie inna metoda głębokiego mieszania gruntu jest wymagana przez Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję skład orzekający Izby uznał, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak zgodnie stwierdziły Strony istnieje kilka metod głębokiego mieszania gruntu. Niewątpliwie każda z nich posiada wady i zalety. Jednak to administracja publiczna (w której imieniu działa Zamawiający) odpowiada za zabezpieczenie przeciwpowodziowe podlegających jej obszarów, a za jakość projektu – projektant, który go sporządzał – do tych więc podmiotów należy jak najlepsze wykonanie tego zadania. Oba te podmioty wybrały metodę, która, ich zdaniem, jest najbardziej efektywna i pewna, i dzięki której powstanie najbardziej szczelna przegroda przeciwfiltracyjna.

Poza tym Zamawiający stwierdził, iż na etapie uzgadniania przed uzyskaniem pozwolenia na budowę były przedstawiane różne urządzenia do głębokiego mieszania gruntu, lecz Dyrekcja Parku Krajobrazowego Doliny Dolnej Odry, która opiniuje wnioski o wydanie decyzji o środowiskowych

uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia na tym obszarze, zaakceptowała jedynie trencher jako urządzenie najmniej uciążliwe dla ptaków. Zamawiający co prawda nie przedstawił na potwierdzenie swoich słów żadnego dokumentu, jednak skład orzekający Izby nie znalazł podstaw, by uznać jego oświadczenie za nieprawdziwe. Natomiast przy stwierdzeniu, iż oświadczenie to jest zgodne ze stanem faktycznym – Zamawiający, jako podmiot uzależniony przy realizacji inwestycji od stanowiska innych podmiotów, jak np. powołana Dyrekcja Parku Krajobrazowego Doliny Dolnej Odry – nie jest w stanie zmienić przyjętej w projekcie technologii budowy przegrody.

Dodatkowo nie można stwierdzić też, iż wykonywanie przegród przeciwfiltracyjnych metodą ciągłego wgłębnego mieszania gruntu przy użyciu trenchera jest technologią niespotykaną przy wykonywaniu innych inwestycji tego typu – na potwierdzenie swoich twierdzeń Zamawiający przedstawił pisma od trzech podmiotów prowadzących działalność w Polsce, które takie prace wykonują ma wymaganej przez Zamawiającego głębokości. Skład orzekający Izby przyznaje również rację Zamawiającemu, iż wykonawcy nie muszą być właścicielami trenchera ani mieszalnika, lecz mogą np. taki sprzęt na czas wykonywania robót wynająć.

Ponieważ postawiony warunek dysponowania sprzętem specjalistycznym w postaci trenchera o możliwości skrawania i mieszania gruntu do głębokości min. 10,5 m, wyposażonym w system sterujący – rejestrujący, składającym się z monitora komputerowego wraz z rejestracją elektroniczną parametrów wykonania przesłony (wydruki) oraz mieszalnika automatycznego z elektronicznym systemem dozowania (3 składniki) wynika wprost z zastosowanej technologii, skład orzekający Izby – uznając wybór metody za dopuszczalny – jednocześnie uznał, iż uzasadnione jest wymaganie posiadania niezbędnego do jej wykonania sprzętu, tj. trenchera. W związku z powyższym, argument Odwołującego, iż posiada sprzęt (nie będący trencherem), który nie wymaga zastosowania mieszalnika trzech składników, lecz stosuje gotowe materiały jednoskładnikowe, jest bezprzedmiotowy.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedstawionej faktury zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....