

Sygn. akt: KIO 261/13

**WYROK**  
z dnia 21 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2013 r. przez **wykonawcę - Rebud C. K....., M. M....., W. R..... Sp. J., 97-400 Bełchatów, ul. Czyżewskiego 50** ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

1. budowę kanalizacji sanitarnej wraz z odgałęzieniami w pasie drogowym w m. Niwy na dz. nr 647,580,493, 443;
2. budowę przyłącza kanalizacji sanitarnej i przyłącza wodociągowego dla potrzeb świetlicy środowiskowej w m-ci Dubie;
3. budowę przyłącza wodociągowego do posesji nr 14a w m-ci Dubie w zakresie przejścia pod drogą wojewódzką,

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Gmina Szczerców, 97 - 420 Szczerców, ul. Pułaskiego 8**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Rebud C. K....., M. M....., W. R..... Sp. J., 97 - 400 Bełchatów, ul. Czyżewskiego 50** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Rebud C. K....., M. M....., W. R..... Sp. J., 97- 400 Bełchatów, ul. Czyżewskiego 50** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Szczerców wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „1. Budowę kanalizacji sanitarnej wraz z odgałęzieniami w pasie drogowym w m. Niwy na dz. Nr 647, 580, 493, 443; 2. Budowa przyłącza kanalizacji sanitarnej i przyłącza wodociągowego dla potrzeb świetlicy środowiskowej w m-ci Dubie; 3. Budowa przyłącza wodociągowego do posesji nr 14a w m-ci Dubie w zakresie przejścia pod drogą wojewódzką.”.

Przedmiotowe zamówienie zostało zamieszczone w Biuletynie zamówień publicznych w dniu 04.02.2013r, nr ogłoszenia 17995-2013.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwana dalej SIWZ Odwołujący: Rebud C.K....., M.M....., W.R..... Sp.J., 97 - 400 Bełchatów, ul. Gen. Czyżewskiego 50 wniósł w dniu 6 lutego 2013r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób niewłaściwy określił wymagania stawiane Wykonawcom ubiegającym się o udział w postępowaniu.

Zarzuty odwołania odnosiły się do postanowień rozdziału XII ppkt.1.1 określającego Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w których Zamawiający postawił warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia do realizacji zamówienia i opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku w ten sposób:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- zrealizował (zakończył) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia (potwierdzone dokumentami, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone), odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający uzna za zamówienie porównywalne, takie które będzie odpowiadało swoim rodzajem i wartością robocie budowlanej polegającej na budowie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i ciśnieniowej o wartości łącznej nie mniejszej niż 500 000,00 złotych brutto każda.”.

Według Odwołującego poprzez tak postawione wymagania Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy, ponieważ ograniczył dostęp do uzyskania zamówienia oraz naruszył zasadę uczciwej konkurencji.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w SIWZ określił, iż przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej wraz z odgałęzieniami, budowa przyłączy kanalizacji sanitarnej i budowa przyłączy wodociągowych.

Oświadczył, że jest wykonawcą posiadającym wieloletnie doświadczenie w budowie sieci kanalizacyjnych zarówno sanitarnych, deszczowych i wodociągowych, posiadającym również odpowiedni sprzęt oraz doświadczoną kadrę kierowniczą, zdolnym do wykonania w/w zamówienia.

Wyjaśnił, że w okresie od 28.01.2011r. do 20.09.2012r., realizował roboty polegające na modernizacji sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie miasta Bełchatowa, na kwotę ponad 16 mln.

Nadto poinformował, że w roku 2012 wykonał zamówienie polegające na wykonaniu odwodnienia terenu szkoły w Zelowie wraz z montażem przepompowni ścieków, zaś w roku 2011 wykonał zadanie pn. Budowa przyłącza kanalizacji sanitarnej wraz z przepompownią do budynku Urzędu Gminy w Ksawerowie, ale za kwoty niższe niż postawione w wymaganiach.

Stwierdził również, że w latach poprzednich wykonał wiele robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnych i deszczowych.

Zdaniem Odwołującego rozgraniczanie sieci na kanalizację sanitarną, deszczową, ciśnieniową, grawitacyjną jest nieuzasadnione, bowiem budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, ciśnieniowej w niczym nie różni się od budowy sieci kanalizacji sanitarnej i deszczowej z powodu zastosowania takiej samej technologii, jak również takich samych materiałów, sprzętu i w związku z tym wiąże się z posiadaniem takiego samego doświadczenia w wykonywaniu tych robót.

W ocenie Odwołującego takie postawienie warunku jw. ogranicza udział w postępowaniu wielu wykonawcom posiadającym odpowiednie doświadczenie w budowie sieci kanalizacyjnych oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji.

W tej sytuacji wnosił o zmianę kwestionowanych zapisów specyfikacji i umożliwienie mu wzięcia udziału w postępowaniu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony dokumentów oraz ich wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i art.22 ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy dokonany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest związany z przedmiotem zamówienia i czy jest do niego proporcjonalny.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest między innymi budowa kanalizacji sanitarnej wraz z odgałęzieniami w pasie drogowym w m. Niwy na dz. nr 647, 580, 493, 443, w skład, którego wchodzi między innymi budowa kanału grawitacyjnego PCV 200 na odcinku o dł. 965, 50 m<sup>2</sup>, budowa kanału ciśnieniowego PE 90 na odcinku o dł. 34, 30 m<sup>2</sup> oraz budowa przepompowni ścieków P wraz z instalacją zalicznikową 1 szt.

Powyższe wynika z sekcji II.1.3) A przedmiotowego ogłoszenia o przetargu.

Mając na względzie elementy powyższego opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przygotowany przez Zamawiającego, jest związany z przedmiotem zamówienia, bowiem dla wykazania się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia konieczne jest wykonanie dwóch robót budowlanych polegających na zakończeniu budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i ciśnieniowej, a taka budowa zarówno kanału grawitacyjnego, jak ciśnieniowego z budową przepompowni została opisana w przedmiocie zamówienia.

Powyższej oceny Izby nie zmieniły informacje na które powołuje się Odwołujący z katalogów produktów Wavin dotyczące kanalizacji zewnętrznej z PVC-V oraz systemów polietylenowych PE 100, Safe Tech RC i Wavin TS.

Z ich treści wynika, że istnieją odrębne systemy ciśnieniowe do przesyłania wody: PE 100, TS, SiTech, system ciśnieniowy do przesyłania wody z PVC( str.4 powyższych katalogów produktów Wavin dotyczących kanalizacji zewnętrznej z PVC-V i systemów polietylenowych PE 100, Safe Tech RC i Wavin TS).

Nadto definicje zawarte w zeszycie 9, sierpień 2003r. warunki techniczne wykonania i odbioru sieci kanalizacyjnych zalecane do stosowania przez Ministerstwo Infrastruktury odrębnie określają pojęcie kanalizacji grawitacyjnej, w której przepływ ścieków następuje dzięki sile ciężkości(pkt. 3.5) i kanalizacji ciśnieniowej, w której przepływ ścieków następuje wskutek ciśnienia wytworzonego przez pompy.

Natomiast zgodnie z pkt.5.2.2 ze względu na system odprowadzania ścieków rozróżnia się kanalizację grawitacyjną, ciśnieniową i podciśnieniową.

Z powyższego wynika, że pod względem technologicznym istnieją różnice pomiędzy powyższymi kanalizacjami.

Izba nie uznała dowodów Odwołującego z ogłoszenia nr 71897 – 2011 z dnia 3 marca 2011 r., ogłoszenia 2013/S/015-020918 oraz ogłoszenia 40234 - 2013 z dnia 30 stycznia 2013 r., uznając je jedynie, jako potwierdzające opis przedmiotu zamówienia w odrębnych postępowaniach przetargowych, co nie świadczy jednak, że zamówienia te były tożsame z przedmiotem zamówienia w rozpoznawanej sprawie.

Jednocześnie Izba doszła do przekonania, iż opis przedmiotu zamówienia jest proporcjonalny do tego przedmiotu z tej przyczyny, że Zamawiający nie wprowadził wymogów ilościowych, jeżeli chodzi o zakres wykonanych robót w zakresie wykonania kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej.

W ramach tak opisanego doświadczenia w wykonaniu robót wykonawca mógłby powoływać się nawet na znikomy zakres robót odnoszących się do budowy kanalizacji ciśnieniowej, jednak takie minimalne doświadczenie w tym zakresie musi posiadać.

Nie znalazło uznania Izby również powołanie się przez Odwołującego na postanowienia z pozycji 40 kosztorysu ofertowego KS Niwy s. 14, z tezą, że zakres prac z tej

pozycji odpowiada budowie sieci wodociągowej w zakresie technicznych możliwości wykonania robót, a także, jeśli chodzi o pozycję 37 i 39 kosztorysu ofertowego KS. Niwy s 14, z jego stwierdzeniem, że zakres prac dotyczący kanałów rurowych jest taki sam.

Zdaniem Izby wyciągi z opisu katalogu dotyczącego sieci wodociągowych i kanałów rurowych, ze strony internetowej, na które powołuje się Odwołujący, nie stanowią żadnego dowodu w sprawie na poparcie powyższych twierdzeń.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że wartości żądanych robót mieszczą się w wartości przedmiotu zamówienia.

Protokół postępowania – druk ZP - PN potwierdza, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1 086 042, 76 zł, co nie przekracza łącznie dwóch wartości po 500 000 zł określonych w spornym warunku Zamawiającego.

Co prawda zgodnie z wyjaśnieniem Odwołującego wartość kanału ciśnieniowego wynosi około 10 tys. zł, natomiast koszt wykonania przepompowni wynosi około 70 tys. zł., jednak z faktów tych nie sposób wnioskować, że żądanie Zamawiającego wykazania się wykonaniem dwóch robót za kwotę 500 000 zł jedna, w warunkach możliwości wykazania się jedynie przez wykonawców znikomym doświadczeniem w wykonaniu kanalizacji sanitarnej (zamawiający nie określił udziału wartościowego tych robót), stanowi oczekiwanie nadmiernie wygórowane.

Należy również stwierdzić, że Izba nie mając dostatecznych podstaw prawnych do zmiany SIWZ nie może w sposób arbitralny kształtować potrzeb Zamawiającego i decydować o jego interesie, w sytuacji wnioskowania Odwołującego o taką zmianę treści SIWZ, jaka odpowiada posiadanemu doświadczeniu tego wykonawcy.

Wreszcie – w ocenie – Izby nie została przez Zamawiającego naruszona zasada równości i uczciwej konkurencji, bowiem w przetargu tym mogą wystąpić również inni wykonawcy, którzy właściwym potencjałem odpowiadającym wymaganiom Zamawiającego już dysponują.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....**