

Sygn. akt KIO/UZP 1387/09

WYROK
z dnia 10 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, ul. Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Dąbrowskiego 9, 62-400 Ostrów Wielkopolski** protestu z dnia 26 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, ul. Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, ul. Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego FRANSŁAW Piotr Kalemba, ul. Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało na stronie internetowej Biuletynu Zamówień Publicznych pod poz. 137 399 w dniu 20.08.2009r.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego są roboty budowlane - zadanie:" Przebudowa wału lewostronnego rzeki Proсны -etap II, gmina Żerków ".

Zamawiającym jest Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Ostrowie Wielkopolskim ul. Dąbrowskiego 9; 63-400 Ostrów Wielkopolski zwany dalej "Zamawiającym"

Odwołującym jest Wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSŁAW” Piotr Kalemba Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wlkp. zwany dalej "Odwołującym"

Po zapoznaniu się w dniu 20 sierpnia 2009 z treścią Ogłoszenia o zamówieniu został wniesiony protest w dniu 26 sierpnia 2009r.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowo przewidzianym terminie.

Odwołującym na podstawie art. 184 ust 1, ust 1 a pkt 2 i ust 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej "Ustawą" wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu dotyczącego opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odwołaniu wniesionym pismem z dnia 10.09.2009r. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust 1, art.22 ust. 1pkt 2 i ust.2 oraz art.25 Ustawy w zw. z § 1 ust 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 (Dz. U. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) przejawiające się określeniem warunków udziału w postępowaniu i oceny spełnienia tych warunków w zakresie doświadczenia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz przejawiające się przekroczeniem uprawnień Zamawiającego w zakresie żądania od wykonawców dokumentów a tym samym naruszenie dobrych obyczajów czyli norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych co skutkuje oczywistym naruszeniem interesu prawnego wykonawcy składającego protest.
2. art. 30 ust. 4 oraz art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez brak wskazania o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych opisywanemu przedmiotowi zamówienia a spełniających określone wymagania co utrudnia uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny tych warunków w zakresie doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia tj. dopuszczenie do udziału wykonawców legitymujących się w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres wykonania działalności jest krótszy, to w tym okresie, doświadczeniem w wykonywaniu robót odpowiadających rodzajowi przedmiotu zamówienia (budowa, odbudowa, modernizacja wałów przeciwpowodziowych, zbiorników retencyjnych itp.) o zakresie i rozmiarach proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia bez względu na metodę uszczelnienia.
2. Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji przedmiotu zamówienia jako bezpośredniej konsekwencji zmiany opisu warunków udziału i sposobu oceny tych warunków poprzez dopuszczenie równoważnej metody (technologii) wykonania uszczelnienia korpusu wału przeciwpowodziowego (przegrody przeciwfiltacyjnej) -metody wibracyjnej i metody szczeliny kopanej do wymaganej obecnie przez Zamawiającego metody wglębnego mieszania albo bez wskazywania metody (technologii) oparcie się

wyłącznie na wymaganiach funkcjonalnych korpusu wału przeciwpowodziowego zgodnie z art. 30 ust 6 Ustawy tj. współczynnika wodoprzepuszczalności, wytrzymałości, grubości i głębokości wykonanego uszczelnienia (przegrody).

3. Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji wymogu dysponowania sprzętem poprzez takie sformułowanie opisu wymogu dysponowania sprzętem aby sprzęt ten był zdolny do wykonania uszczelnienia (przegrody przeciwfiltracyjnej) przy zastosowaniu jednej z kilku równoważnych metod.
4. Alternatywnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy gdyż postępowanie obarczone jest wodą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania i protestu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Czynnościami objętymi protestem i odwołaniem były czynności sporządzenia przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezzasadnie i sprzecznie z prawem określając wymogi w zakresie doświadczenia wykonawcy żąda wykazania się wykonaniem robót budowlanych tożsamyh z przedmiotem zamówienia tj. polegających na "Uszczelnienie korpusu wału przeciwpowodziowego lub budowli tożsamyh min. 4 km w ciągu ostatnich 5 lat wraz z referencjami, polegające na wykonaniu ekranu wąskoprzestrzennego-wodoszczelnego na bazie gotowej mieszaniny samotwardniejącej, poprzez wgłębne mieszanie przygotowanej zawiesiny z gruntem przy pomocy koparki kubelkowej lub wiertnicy" podczas gdy zamówienie w sposób prawidłowy mogą wykonać również inni przedsiębiorcy mający doświadczenie w wykonywaniu analogicznych robót przy zastosowaniu innych uznanych metod (metody wibracyjnej, metody szczeliny kopanej)

Zamawiający również bezzasadnie i sprzecznie z prawem opisał przedmiot zamówienia, który mogą wykonać również inni przedsiębiorcy mający doświadczenie w wykonywaniu analogicznych robót przy zastosowaniu innych uznanych metod (metody wibracyjnej, metody szczeliny kopanej), czym naruszył przepisy art. 30 ust. 4 i art. 29 ust. 2 Ustawy.

Z żadnego przepisu nie wynika, by wymagane doświadczenie było tożsame z przedmiotem zamówienia Chodzi tylko o wykazanie doświadczenia do realizacji zadań jako pewnej

ugruntowanej wiedzy, umiejętności w trakcie praktyki. W przeciwnym wypadku firma, która dotychczas nie wykonała żadnego zamówienia jak przedmiot zamówienia (mimo że posiada ogromne doświadczenia w wykonywaniu robót jak przedmiot zamówienia lecz innymi metodami) nie miałaby nigdy żadnych szans wykonania w przyszłości. Zgodnie bowiem z przepisem § 1 ust. 2 Rozporządzenia, Zamawiający w celu wykazania doświadczenia w wykonaniu określonych robót ma prawo żądać wykazu wykonanych robót " odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia ". Celowym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo w przedmiotowym zakresie i przytoczenie fragmentu wyroku z dnia 20.12.2006r. sygn. akt UZP/ZOIO-2953/06 " Sformułowanie odpowiadające swoim rodzajem " oznacza, iż wykonane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze". Zamawiający w celu zweryfikowania doświadczenia wymaga od wykonawców wykazania się wykonaniem robót budowlanych polegających na: "Uszczelnienie korpusu wału przeciwpowodziowego z referencjami, polegające na wykonaniu ekranu wąskoprzestrzennego -wodoszczelnego na bazie gotowej mieszanki samotwardniejącej, poprzez wgłębne mieszanie przygotowanej zawiesiny z gruntem przy pomocy koparki kubelkowej lub wiertnicy". Zamawiający w sposób nieuzasadniony, nieuprawniony niedopuszczalny nazbyt szczegółowo wskazuje roboty, które uzna za odpowiadające swoim rodzajem do przedmiotu zamówienia Tak ustalone przez Zamawiającego warunki niesłusznie eliminują z postępowania tych wykonawców, którzy posiadają wystarczające doświadczenie do realizacji zamówienia i faktycznie są w stanie zadanie rzetelnie wykonać ale niestety nie mogą wykazać się zrealizowaniem uszczelnienia wału " poprzez wgłębne mieszanie przygotowanej zawiesiny z gruntem " tj. metodą wgłębego mieszania. Zatem takie żądanie doświadczenia nie jest żądaniem niezbędnego doświadczenia odpowiadającego swoim rodzajem budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia -jak wymagającego przepisy a potwierdza orzecznictwo - a jest żądaniem bardzo zawężającym wykazania doświadczenia tożsamego (takiego samego) z przedmiotem zamówienia. Zgodnie bowiem z przyjętą linią orzecznictwa przyjmuje się , że żądanie wykazania doświadczenia tożsamego lub takiego samego z będącym przedmiotem zamówienia należy uznawać za nadmiernie ograniczające możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (por. np. wyrok ZA z 11.04.2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-648/05). Dopuszcza natomiast możliwość posługiwania się wyrazami „zamówienia podobne" Oceniając zatem doświadczenie wykonawców należy odnieść się jedynie do rodzaju wskazanych robót budowlanych. Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w orzeczeniu z dnia 24.02.2005r., sygn. akt VI Ca 6/05 odnosi sformułowanie "wykonanie robót odpowiadających swoim rodzajem" do robót należących do tej samej kategorii w ujęciu CPV. Ponadto należy dodać, że w orzecznictwie przeważa pogląd jak w wyroku ZA z 17.10.2006r. sygn. akt UZP/ZO/O-261106

iż "Wymóg rozumienia prac odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia należy rozumieć rozszerzająco a nie zawężająco".

Jednoznacznie zatem stwierdzić należy, że tak sformułowane przez Zamawiającego rozumienie i posługiwanie się pojęciem robót odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia jest nie uprawnione i niedopuszczalne bowiem cytując za wyrokiem KIO z dnia 10.06.2008r. (sygn. akt KIO/UZP/517/08) "doprowadziłoby do umożliwienia ubiegania się o zamówienie jedynie wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w zakresie tożsamyh robót budowlanych, co naruszałoby nie tylko wskazany przepis rozporządzenia, ale też stanowiłoby warunek ograniczający uczciwą konkurencję gdyż wykonawcy, którzy nie wykazali choćby jednej z przewidzianych do realizacji prac nie mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, niezależnie od okoliczności postępowania. Takie ustalenie warunku udziału w postępowaniu naraziłoby Zamawiającego na zarzut naruszenia art. 22 ust 2 Pzp...". Ponadto w takim przypadku gdy Zamawiający stawia wykonawcom zbyt wygórowane wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia mamy do czynienia "z naruszeniem dobrych obyczajów, czyli norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych" (wyrok ZA z dnia 16.04.2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-385/07). Zamawiający zgodnie z art. 30 ust. 4 Ustawy" opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia (...) jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym". Zamawiający opisując przedmiot zamówienia i wskazując wykonanie uszczelnienia korpusu wału przeciwpowodziowego " przez wykonanie ekranu wąskoprzestrzennego - wodoszczelnego (...) poprzez wgłębne mieszanie przygotowanej zawiesziny z gruntem przy pomocy koparki kubelkowej lub wiertnicy" tj. metodą wgłębego mieszania nie wziął pod uwagę możliwości zastosowania technologii równoważnych spełniających wymagane parametry, jakie powinny zostać osiągnięte przez wykonany ekran wąskoprzestrzenny - wodoszczelny, czym naruszył ewidentnie cytowany przepis art.. 30 ust 4 Ustawy. Niedopuszczenie jednocześnie rozwiązań równoważnych dla ekranu wąskoprzestrzennego - wodoszczelnego a spełniających wymagania Zamawiającego zarówno w zakresie wytrzymałości i współczynnika filtracji jak i ciągłości stanowi rażące naruszenie nie tylko przepisu art. 30 ust 4 Ustawy ale również przepis art. 29 ust 2 Ustawy, bowiem w sposób oczywisty utrudnia (a nawet wręcz wyłącza) uczciwą konkurencję pomiędzy Wykonawcami. W świetle art. 29 ust 2 Ustawy na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji. Chcę w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, że preferowana przez Zamawiającego metoda na rynku przedmiotowych robót wykonywana jest przez jedną firmę. Zatem stawiam tezę, że Zamawiający w taki sposób skonstruował SIWZ, który z góry wskazuje na zwycięzcę postępowania, kwestia tylko czy ta jedyna firma wystąpi w roli generalnego wykonawcy czy

podwykonawcy albo w konsorcjum jako lider bądź konsorcjant. Takie postępowanie będąc sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych

Podkreślić przy tym należy, że metodami równoważnymi opisywanej z powodzeniem są : metoda wibracyjna i metoda szczeliny kopanej, spełniające jak najbardziej wszelkie wymogi Zamawiającego w zakresie wytrzymałości, filtracji itp.. Metody te (wibracyjna i szczeliny kopanej) na równi z metodę preferowaną przez Zamawiającego (wgłębnego mieszania) pozytywnie ocenione zostały przez Instytut Melioracji i Użytków Zielonych w Falentach. Instytut w swoich pracach badawczych, opracowaniach oraz wytycznych (" Wytyczne wykonawstwa pionowych przegród przeciwpowodziowych z zawieszin twardniejących w korpusach i podłożu wałów przeciwpowodziowych" Falenty 2008, wydawnictwo IMUZ) wymienia , uznaje i zaleca do stosowania jako najbardziej bezpieczne i celowe właśnie trzy metody wykonywania pionowych uszczelnień przeciwpowodziowych: wgłębnego mieszania, wibracyjna i szczeliny kopanej. Metody te jako równoważne rekomendowane zostały również przez Departament Gospodarki Ziemią Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Każda z tych metod oczywiście oprócz zalet ma też pewne wady. Wśród trzech podstawowych wad metody preferowanej przez Zamawiającego tzn. metody wgłębnego mieszania jakie Instytut wymienia w Wytycznych na szczególną uwagę zwraca "mniejsza wydajność i wyższy koszt wykonania w porównaniu z pozostałymi metodami wykonywania pionowych przegród przeciwpowodziowych", co nie powinno być bez znaczenia dla Zamawiającego. Inwestor ma bowiem obowiązek brać pod uwagę oszczędność metody wykonania zamówienia, szczególnie w obecnym okresie kiedy każda publiczna złotówka powinna być wydawana z niezwykłą ostrożnością i rozwagą aby nie narazić się na zarzut postępowania godzący nie tylko w przepisy prawa zamówień publicznych, lecz również w przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący się tym samym podtrzymuje niniejszym odwołaniem wszystkie w proteście podniesione zarzuty oraz wniesione żądania.

Uzupełniając odwołujący się pragnie wskazać, że najlepszym dowodem na potwierdzenie argumentacji zawartej w proteście i podtrzymanej w niniejszym odwołaniu jest to iż w tego typu postępowaniach jak przedmiotowe składanych jest bardzo mała liczba wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, również i w niniejszym postępowaniu, gdy nie zostaną uwzględnione wniesione żądania, z ogromnym prawdopodobieństwem można postawić przypuszczenie, że liczba wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie znikoma wręcz jednostkowa. Na dowód tego jak niekonkurencyjne (naruszające fundamentalną zasadę w Prawie Zamówień Publicznych) jest postępowanie w którym Zamawiający żąda wykonania uszczelnienia (przegrody przeciwpowodziowej) wału przeciwpowodziowego tylko jedną ściśle przez siebie wskazaną metodą (metodą wgłębnego mieszania) bez dopuszczenia metod równoważnych i gdzie dopuszcza się tylko

wykonawców posiadających wyłącznie doświadczenie w wykonaniu przegród tożsamy z przedmiotem zamówienia tj. metodą wglębnego mieszania odwołujący posłuży się postępowaniami o zamówienia publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonym przez Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie na roboty budowlane -zadanie pn. " Bielinek - Osinów Dolny. Odbudowa (modernizacja wału przeciwpowodziowego ...". Inwestycja ta podzielona została na cztery zadania (1,2,3,4). Na zadanie I Etap II ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem BZP:1504452008 ofertę złożył tylko jeden Wykonawca i został wybrany (nr ogłoszenia 255335-208 z dnia 08.10.2008 -w załączeniu). Na zadanie 3 ogłoszone dnia 27.07.2009 pod numerem 254898-2009 ofertę złożył tylko jeden Wykonawca i został wybrany (ogłoszenie NP./II/333/38 z dnia 20.08.2009r. w załączeniu). Na zadanie 4 ogłoszone dnia 14.07.2009 pod numerem 237336-2009 ofertę złożyło dwóch Wykonawców i wybrany został Wykonawca ten sam co na zadanie 3 (ogłoszone NP./II/333/23/2009 z dnia 07.08.2009 -w załączeniu). Roboty budowlane dotyczące budowy, przebudowy modernizacji czy remontu wałów przeciwpowodziowych są jednymi z najczęściej wykonanych robót budowlanych w sektorze publicznym, dlatego też w tym zakresie wielu wykonawców może się wykazać szerokim doświadczeniem. Wszędzie więc tam gdzie Zamawiający zgodnie z przepisami Prawa Zamówień Publicznych w ogłaszanych przetargach uznają obowiązek dopuszczenia i dopuszczają rozwiązania równoważne oraz nie ograniczają kręgu potencjalnych wykonawców do postępowania, odwołujący, na podstawie obserwacji i doświadczenia z udziału w przetargach i w wykonawstwie, z całą odpowiedzialnością stwierdzić może, że krąg potencjalnych wykonawców jest wówczas bardzo liczny a cena wykonania znacząco niższa od inwestorskiej, co nie jest przecież bez znaczenia. Inwestor bowiem ma obowiązek brać pod uwagę również oszczędność metody wykonania zamówienia. Skonstruowanie natomiast SIWZ w taki sposób, który z góry z dużym prawdopodobieństwem wskazuje zwycięzcę postępowania jest całkowicie sprzeczne z podstawowymi zasadami Prawa Zamówień Publicznych, prowadzi także w sposób automatyczny do nieracjonalnego bezzasadnego wydatkowania środków publicznych co jest niezgodne z przepisami o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dodać należy, że wielu Zamawiających (Zarządy Melioracji i Urządzeń Wodnych) prowadzących przetargi na roboty analogiczne do robót będących przedmiotem odwołania uznaje obowiązek dopuszczania i dopuszcza metody równoważne wykonania przegród przeciwfiltracyjnych a pominięcie metod równoważnych w opisie przedmiotu zamówienia uznają za naruszenie przepisów Prawa Zamówień Publicznych w szczególności art. 30 ust 4. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wykonawca wskazał na interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ -gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 Ustawy wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny tych warunków w zakresie doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia tj. dopuszczenie do udziału wykonawców legitymujących się w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres wykonania działalności jest krótszy, to w tym okresie, doświadczeniem w wykonywaniu robót odpowiadających rodzajowi przedmiotu zamówienia (budowa, odbudowa, modernizacja wałów przeciwpowodziowych, zbiorników retencyjnych itp.) o zakresie i rozmiarach proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia bez względu na metodę uszczelnienia.
2. modyfikacji przedmiotu zamówienia jako bezpośredniej konsekwencji zmiany opisu warunków udziału i sposobu oceny tych warunków poprzez dopuszczenie równoważnej metody (technologii) wykonania uszczelnienia korpusu wału przeciwpowodziowego (przegrody przeciwfiltracyjnej) -metody wibracyjnej i metody szczeliny kopanej do wymaganej obecnie przez Zamawiającego metody wglębnego mieszania albo bez wskazywania metody (technologii) oparcie się wyłącznie na wymaganiach funkcjonalnych korpusu wału przeciwpowodziowego zgodnie z art. 30 ust 6 Ustawy tj. współczynnika wodoprzepuszczalności, wytrzymałości, grubości i głębokości wykonanego uszczelnienia (przegrody).
3. modyfikacji wymogu dysponowania sprzętem poprzez takie sformułowanie opisu wymogu dysponowania sprzętem aby sprzęt ten był zdolny do wykonania uszczelnienia (przegrody przeciwfiltracyjnej) przy zastosowaniu jednej z kilku równoważnych metod.
4. Alternatywnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy gdyż postępowanie obarczone jest wodą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ad1 Odnosząc się do wniosku Odwołującego w zakresie zmiany warunków udziału w postępowaniu co do opisanego w Ogłoszeniu i SIWZ doświadczenia zawodowego wykonawcy należy uwzględnić argumentację jaką przedstawił Odwołujący w uzasadnieniu zarówno protestu jak i odwołania. Bowiem z uzasadnienia wynika, że Odwołujący odczytując ogłoszenie jak i SIWZ był przekonany, że Zamawiający dopuścił w wykazaniu doświadczenia tylko jedną z trzech znanych metod wykonania zamówienia dotyczącego uszczelnienia wału przeciwpowodziowego. Mianowicie Odwołujący przywołując zapisy SIWZ wskazał, że Zamawiający do określenia wymaganego doświadczenia użył sformułowania odnoszącego się do metody wgłębnego mieszania (Pkt 5. ppkt 5.3.3.1.(...) „poprzez wgłębne mieszanie przygotowanej zawiesiny gruntem przy pomocy koparki kubelkowej lub wiertnicy”).

W trakcie rozprawy Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego zawartym zarówno w proteście jak i w odwołaniu, że Zamawiający dopuścił tylko jedną metodę uszczelniania wału przeciwpowodziowego. Bowiem Zamawiający oświadczył , że dopuścił dwie metody. Pierwszą Metodą jest wgłębne mieszania gruntu przy wykorzystaniu wiertnicy, a drugą metodą jest szczelina kopana, gdzie warunkiem do wykonania tej metody wskazano koparkę kubelkową. Zamawiający również oświadczył, że nie preferuje żadnej z tych metod, bowiem obie metody są równie dopuszczalne.

Na rozprawie Zamawiający również okazał do wglądu Izby opracowanie Instytutu Melioracji i Użytków Zielonych w Falentach Zakład Inżynierii Wodno – Melioracyjnej Magdalena Borys „Metody modernizacji obwałowań przeciwpowodziowych z zastosowaniem nowych technik i technologii” i wskazał, że metodę wgłębnego mieszania można wykonać maszyną w postaci „studni”, tj. maszyną wyposażoną w elementy drążące studnię lub maszynę wyposażoną w mieszadło, umożliwiającą wykonanie przegród o przekroju prostokątnym.

Czyli zgodnie z okazanym opracowaniem jest to metoda wgłębnego mieszania, która w SIWZ znajduje odzwierciedlenie przez zapis „Wgłębne mieszanie przygotowanej zawiesiny z gruntem przy pomocy wiertnicy”. Natomiast Druga metoda, która została dopuszczona, wbrew twierdzeniom Odwołującego to metoda szczeliny kopanej ciągłej wykonywana przez koparkę wieloczerpakową inaczej koparkę kubelkową.

Reasumując stanowisko Zamawiającego to na rozprawie oświadczył, że co prawda nie odzwierciedlił w SIWZ i w ogłoszeniu, zarówno w opisie przedmiotu zamówienia jak i w opisie doświadczenia zawodowego metody szczeliny kopanej ciągłej i tylko wskazał na metodę wgłębnego mieszania to sprzęt jaki określił w tych miejscach wskazuje na dopuszczenie dwóch metod, czyli metody wgłębnego mieszania przy użyciu wiertnicy i metody kopanej szczeliny przy użyciu koparki kubelkowej.

Zamawiający również na rozprawie odnosząc się do sprzętu „koparka kubelkowa”, która jest wskazana w SIWZ stwierdził, że w metodzie kopanej szczeliny oprócz koparki wieloczerpakowej, czyli koparki kubelkowej stosuje się również koparkę jednonaczyniową,

której Zamawiający nie preferuje, z uwagi na zagrożenie obrywania bocznych ścian gruntu i powstania niejednorodnej przesłony, dlatego też w SIWZ wskazał koparkę kubelkową..

Zamawiający posiada doświadczenie własne z pozytywnym wynikiem, w zakresie wykonywania przesłon metodą koparki kubelkowej, czyli wieloczerpakowej, a nie koparki jednonaczyniowej.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż roboty będą wykonywane w obszarze „Natura 2000”, gdzie obowiązują zaostrzone rygory i Zamawiający każdorazowo jest kontrolowany przez Regionalną Dyрекcję Środowiska, która wydaje wszelkie zezwolenia na wejście na grunt i uczestniczy w odbiorach robót, a z doświadczenia Zamawiającego stosowanie metody koparki jednonaczyniowej nie zapewnia jednorodnego odkładania wydobytego gruntu. Podstawowym mankamentem przy koparce jednonaczyniowej jest zagrożenie obrywania się ścian wykopu.

Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał pismo Biura Projektowego Hydroprojekt Sp. zo.o. z Poznania z dnia 31.08.2009r. Znak: 340/2009, autora projektu wykonawczego na przedmiotowe zamówienie „Przebudowa wału lewostronnego rzeki Prosny – ETAP II gmina Żerków” z którego wynika zalecenie stosowania koparki wieloczerpakowej jako bardziej odpowiedniej niż koparka jednonaczyniowa.

Odwołujący na rozprawie odnosząc się do stanowiska Zamawiającego co prawda przyznał, że wskazany sprzęt w SIWZ (wiertnica i koparka kubelkowa) świadczą o tym, że Zamawiający dopuścił dwie metody wzmocnienia wału przeciwpowodziowego.

Niemniej w ocenie Odwołującego, prawdopodobnie przetarg wygra firma, która stosuje sprzęt koparki kubelkowej czyli metodę kopanej szczeliny ciągłej, ponieważ sprzęt wiertniczy (metoda wgłębnego mieszania) jest bardzo rzadko stosowany.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wadą koparki jednonaczyniowej jest tendencja do obrywania się ścian wykopu, ponieważ za każdym razem przy wykonywaniu prac, są przekazywane do laboratorium próbki przesłon. Próbki są pobierane w trakcie wykonywania i one mają potwierdzać odpowiedniej jakości wykonanie robót.

W ocenie Odwołującego, nie ma znaczenia w jaki sposób roboty są wykonywane, ponieważ badania laboratoryjne odpowiadają, na pytanie czy roboty są właściwie wykonane.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien narzucać metody.

Wg jego rozeznania na rynku polskim, aktualnie istnieje tylko jedna firma, która posiada maszynę do wykonywania robót metodą kubelkową, czyli wgłębnego mieszania tj. firma Dabi S. Budny Ligota.

Odwołujący wykonuje roboty koparką jednonaczyniową również na obszarach jak Natura 2000 i wykonywał roboty należycie. Nie wnoszono żadnych zastrzeżeń do wykonanych robót, mimo iż wykonywano koparką jednonaczyniową.

W ocenie Odwołującego, nie ma w ogóle produkcji koparek kubelkowych, a tylko firma jedyna Dabi w Polsce na bazie przerobionej koparki jednonaczyniowej ma możliwość kopania do głębokości 7m. Reasumując, wg wiedzy Odwołującego na rynku są koparki kubelkowe, o możliwości kopania o głębokości 2m, czyli koparki jednonaczyniowej

Izba dokonując oceny zarzutu Odwołującego co do naruszenia art.7 ust.1, art.22 ust.1 pkt 2 i ust.2 oraz art.25 w związku z § 1 ust.2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2006 nr 87 poz.605 ze zm.), nie stwierdziła naruszenia wyżej wskazanych przepisów, ponieważ w przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający przez sformułowanie wymogu w zakresie doświadczenia zawodowego wymaganego od wykonawców określił warunki w zakresie doświadczenia zawodowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Bowiem Zamawiający na rozprawie oświadczył, że postępowaniem interesują się trzy firmy, to jest Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych w Sławkowie Grażyna Janik i Roman Kuś oraz BUDKOM z Kalisza i Marinex z Sopotu.

Ponadto Odwołujący po złożeniu wyjaśnienia na rozprawie przez Zamawiającego potwierdził, że Zamawiający dopuścił dwie metody uszczelniania wału przeciwpowodziowego na co wskazuje wymieniony sprzęt to jest koparka kubelkowa (metoda szczeliny kopanej) i wiertnica (metoda wgłębnego mieszania) pomimo, że wymienił tylko jedną metodę to jest wgłębnego mieszania, do której używa się sprzętu wiertnicy .

Reasumując na trzy znane metody uszczelniania wałów przeciwpowodziowych, na które powołuje się Odwołujący w proteście i w odwołaniu to jest metody : szczeliny kopanej, wgłębnego mieszania i wibracyjna, Zamawiający dopuścił dwie metody to jest szczeliny kopanej, wgłębnego mieszania, co przyznał Odwołujący po oświadczeniu Zamawiającego na rozprawie, co do dopuszczonego w SIWZ sprzętu t.j. wiertnicy i koparki kubelkowej.

W związku z powyższym w ocenie Izby nie można zarzucić Zamawiającemu, że wskazał tylko jedną metodę wykonania zamówienia, przez co utrudnia konkurencję. Tym samym w ocenie Izby zapis w ogłoszeniu i SIWZ wymagający od wykonawcy składającego ofertę wykazania wykonania robót budowlanych tj. polegających na "Uszczelnienie korpusu wału przeciwpowodziowego lub budowli tożsamy min. 4 km w ciągu ostatnich 5 lat wraz z referencjami, polegające na wykonaniu ekranu wąskoprzestrzennego-wodoszczelnego na bazie gotowej mieszaniny samotwardniejącej, poprzez wgłębne mieszanie przygotowanej

zawiesiny z gruntem przy pomocy koparki kubelkowej lub wiertnicy" nie wskazuje na naruszenie art. 22. ust.2 Ustawy zgodnie z którym zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Co do zarzutu Odwołującego, że Zamawiający preferuje w metodzie szczeliny kopanej koparkę kubelkową (koparka wieloczerpakowa), przez co ogranicza udział Odwołującemu w postępowaniu, który wykonuje roboty przy użyciu koparki jednonaczyniowej to Izba nie rozpoznała tego zarzutu, z uwagi na to, że zarzut co do rodzaju sprzętu (czy koparka wieloczerpakowa czy koparki : jednonaczyniowa oraz wieloczerpakowa) nie został podniesiony ani w proteście ani w odwołaniu. Zarzut ten Odwołujący sprecyzował dopiero na rozprawie. Bowiem zarzut w proteście dotyczył ilości metod uszczelniania wału przeciwpowodziowego, a nie sprzętu za pomocą którego wykonawca będzie wykonywał zamówienie. Zgodnie z art. 191 ust.3 Ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Podsumowując skoro zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji przy określeniu wymagań co do doświadczenia zawodowego nie potwierdził się, żądanie Odwołującego zmiany w zakresie opisanego w Ogłoszeniu i SIWZ doświadczenia zawodowego nie zostało uwzględnione, zarówno co do ilości metod jak i nie określania w ogóle metod zabezpieczenia wału przeciwpowodziowego. Bowiem Zamawiający wskazał dwie metody, a Odwołujący nie wykazał braku podstaw formalnych i prawnych do wyznaczenia przez Zamawiającego metod wykonania zabezpieczenia przeciwpowodziowego oraz Odwołujący nie wykazał utrudniania uczciwej konkurencji przez wskazanie metod wykonania. Natomiast Zamawiający wykazał, że wybór metody i sprzętu znajduje uzasadnienie zdobytym przez niego praktycznym doświadczeniu i opracowaniach naukowych w tym zakresie.

Ad.2. Co do żądania nakazania Zamawiającemu modyfikacji przedmiotu zamówienia jako bezpośredniej konsekwencji zmiany opisu warunków udziału w postępowaniu przez dopuszczenie wszystkich występujących na rynku trzech metod uszczelniania wałów przeciwpowodziowych (metoda wgłębnego mieszania, metoda szczeliny kopanej i metody wibracyjnej) to w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 (w przedmiotowym postępowaniu ustalono, iż wartość zamówienia wynosi 6.097 546,62 zł co stanowi 1 572 708,11 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania ocenę, opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia ofert.

W katalogu art. 184 ust.1a Ustawy nie ma opisu przedmiotu zamówienia .

W związku z powyższym odwołanie w zakresie tego zarzutu nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Ad.3. Co do żądania nakazania Zamawiającemu modyfikacji wymogu dysponowania sprzętem przez takie sformułowanie opisu wymogu dysponowania sprzętem, aby sprzęt ten był zdolny do wykonania uszczelnienia (przegrody przeciwfiltracyjnej) przy zastosowaniu jednej z kilku równoważnych metod to z treści tego żądania wynika, że podstawą jego jest zarzut z pkt 1, który odnosi się do tego, że Zamawiający dopuścił tylko jedną metodę, a tym samym ograniczył użycie sprzętu.

Natomiast Odwołujący nie zakwestionował w proteście zapisu w Ogłoszeniu i SIWZ dotyczącego „koparki kubelkowej” . Tym samym jak powyżej wskazano, Izba rozpatruje zarzuty podniesione w proteście.

Natomiast zarówno w proteście jak i w odwołaniu Odwołujący stawiał zarzuty dotyczące wskazania tylko jednej metody uszczelniania wału przeciwpowodziowego, jako zarzut utrudniania uczciwej konkurencji, co nie zostało potwierdzone w postępowaniu odwoławczym.

Podsumowując zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad.4

Izba również nie uznała alternatywnie zgłoszonego żądania nakazania Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Bowiem w toku postępowania odwoławczego Izba nie stwierdziła, że postępowanie obarczone jest wadą w tym wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, iż nie potwierdził się zarzut utrudniania uczciwej konkurencji przez określenie metody realizacji zamówienia odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, w myśl art. 191 ust.6 i 7 ustawy, zasądzając zwrot wpisu na rzecz Odwołującego ponad kwotę zaliczonego wpisu na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....