

Sygn. akt: KIO 1009/13

WYROK

Odpis wyroku

z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **INSTAL WARSZAWA S.A., 04 – 394 Warszawa, ul. Siennicka 29** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach sp. z o.o., 05 – 092 Łomianki, ul. Rolnicza 244,**

orzeka:

1. oddała odwołanie;

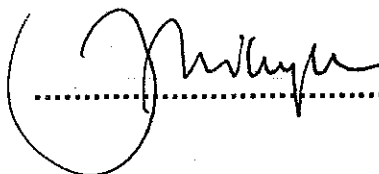
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **INSTAL WARSZAWA S.A., 04 – 394 Warszawa, ul. Siennicka 29** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INSTAL WARSZAWA S.A., 04 – 394 Warszawa, ul. Siennicka 29** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **INSTAL WARSZAWA S.A., 04 – 394 Warszawa, ul. Siennicka 29** na rzecz zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach sp. z o.o., 05 – 092 Łomianki, ul. Rolnicza 244** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

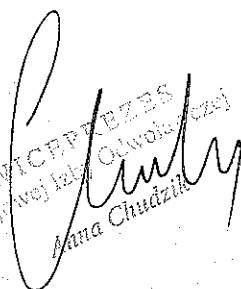
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:





Na oryginalnym dokumencie.
Za zgodność


WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Anna Chudzik

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach sp. z o.o. [Zamawiający], a podnoszone zarzuty dotyczą treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Łomiankach”. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - Instal Warszawa S.A. z Warszawy [Odwołujący lub wykonawca Instal] w tym postępowaniu naruszony został:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na wymaganie od wykonawców zastosowania urządzenia opisanego w sposób preferujący jednego producenta;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), z uwagi na wymaganie od wykonawców wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania oraz w zakresie budowy, nabytych w ramach jednej umowy, z wykluczeniem wiedzy i doświadczenia, nabytych w zakresie projektowania oraz w zakresie wykonania robót budowlanych w ramach osobnych umów;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na postawienie względem Kierownika Budowy wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykreślenie dotychczasowego punktu 2.8.1.6 część pn.: „Opis technologii suszenia” akapit trzeci, s. 64 Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU), stanowiącego załącznik nr 13 do cz. I SIWZ o treści: „Osad wysuszony może być odbierany za pomocą ładowarki kołowej lub w pełni automatycznie za pomocą przenośnika śrubowego. Zaleca się stosowanie przenośnika śrubowego, który umożliwi automatyzacją ewakuacji osadu wysuszonego. Załadunek osadu odwodnionego oraz odbiór osadu wysuszonego odbywał się będzie na początku hali - z jednej strony. Urządzenie przewracające osad musi prowadzić proces przewracania z automatycznym transportowaniem osadu na początek hali ”

i nadanie mu następującej treści:

„Osad wysuszony może być odbierany za pomocą ładowarki kołowej lub w pełni automatycznie za pomocą przenośnika śrubowego. Zaleca się stosowanie przenośnika śrubowego, który umożliwi automatyzację ewakuacji osadu wysuszonego. Załadunek osadu odwodnionego oraz odbiór osadu wysuszonego odbywał się będzie na początku hali - z jednej strony. Urządzenie przewracające osad musi prowadzić proces przewracania automatycznie lub ręcznie. Transport osadu na początek hali może odbywać się za pomocą przenośników lub przez przewracarkę”.

2) wykreślenie części dotychczasowego punktu 2.8.1.6 część pn.: „Automatyczna przewracarka” s. 65 Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU), stanowiącego załącznik nr 13 do cz. I SIWZ o treści: „Nie dopuszcza się stosowanie urządzeń i rozwiązań prototypowych. Na etapie zatwierdzania projektu wykonawczego należy przedstawić list referencyjny od użytkownika proponowanej technologii suszenia, który potwierdzi, iż przewracarka pracuje poprawnie, przez co najmniej jeden rok susząc komunalne osady ściekowe w pełni automatycznie z prowadzonym równocześnie automatycznym procesem recyrkulacji osadu na hali o powierzchni zabudowy min. 1100m²”.

3) wykreślenie części dotychczasowego punktu 7.1.2 cz. I SIWZ o treści: „Wykonawca wykaże się odpowiednim doświadczeniem w zakresie niezbędnym do oceny spełnienia przez Wykonawcę powyższego warunku tj., w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC:

7.1.2.1. co najmniej jedną najważniejszą robotę budowlaną polegającą na zaprojektowaniu i wybudowaniu lub rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych dopuszczonej do użytkowania, stosując zaproponowany typ technologii o przepustowości minimum 20.000 RLM, o wartości końcowej nie mniejszej niż 10 000 000 PLN (w przypadku konieczności przeliczenia wartości robót z innej waluty Wykonawca przyjmie średni kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia dotyczącego niniejszego przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej).

7.1.2.2. co najmniej jedną najważniejszą robotę budowlaną polegającą na zaprojektowaniu i wybudowaniu lub rozbudowie lub modernizacji suszarni odpadów komunalnych o powierzchni hal suszarniczych, co najmniej 1000 m², pracującej przynajmniej 12 miesięcy do dnia dopuszczenia jej do użytkowania (w przypadku konieczności przeliczenia wartości robót z innej waluty Wykonawca przyjmie średni kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia dotyczącego niniejszego przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej).

Roboty z ppkt. 7.1.2.1. i z pkt. 7.1.2.2. mogą być wykonane w ramach jednego zadania lub w ramach dwóch zadań (dwie umowy) z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i

miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

i nadanie mu następującej treści:

7.1.2. „Wykonawca wykaże się odpowiednim doświadczeniem w zakresie niezbędnym do oceny spełnienia przez Wykonawcę powyższego warunku tj.:

7.1.2.1. w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, co najmniej jedną najważniejszą usługą polegającą na zaprojektowaniu budowy lub rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, o przepustowości minimum 20 000 RLM wraz z zaprojektowaniem, co najmniej jednej hali suszarniczej lub suszarni słonecznej o powierzchni minimum 1.000 m² i uzyskał na ten projekt ostateczną decyzją pozwolenia na budowę,

7.1.2.2. w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC, co najmniej jedną najważniejszą robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu lub rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych dopuszczanej do użytkowania, o przepustowości minimum 20.000 RLM, o wartości końcowej nie mniejszej niż 10 000 000 PLN (brutto) (w przypadku konieczności przeliczenia wartości robót z innej waluty Wykonawca przyjmie średni kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia dotyczącego niniejszego przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej),

7.1.2.3. w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, co najmniej jedną najważniejszą usługę polegającą na zaprojektowaniu budowy lub rozbudowy lub modernizacji suszarni odpadów komunalnych o powierzchni hal suszarniczych, co najmniej 1000m² (w przypadku konieczności przeliczenia wartości robót z innej waluty Wykonawca przyjmie średni kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia dotyczącego niniejszego przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej),

7.1.2.4. w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC, co najmniej jedną najważniejszą robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu lub rozbudowie lub modernizacji suszarni osadów komunalnych o powierzchni hal suszarniczych, co najmniej 1000m², pracującej przynajmniej 12 miesięcy od dnia dopuszczenia jej do użytkowania (w przypadku konieczności przeliczenia wartości robót z innej waluty Wykonawca przyjmie średni kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia dotyczącego niniejszego przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej).

Zadania z ppkt 7.1.2.1 - 7.1.2.4 mogą być wykonane w ramach maksymalnie dwóch umów, (z których każda może dotyczyć innego obiektu) z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych usług i robót, określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie oraz w przypadku robót budowlanych wskazujących, czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone."

- 4) dostosowanie do zmian wskazanych w pkt C powyżej brzmienia całej SIWZ, tj. m. in.: dodanie do SIWZ załącznika w postaci wykazu usług; korekty odesłań zawartych w pozostałych częściach SIWZ do nowej numeracji oraz brzmienia ppkt. 7.1.2.1 - 7.1.2.4 cz. I SIWZ; korekty zapisów punktu 8 cz. I SIWZ w zakresie rodzajów dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez dodanie w nim wykazu usług oraz wymagań dotyczących referencji dla tych usług;
- 5) zmianę dotychczasowego punktu 7.1.3.3 cz. I SIWZ o treści: „Ekspert 4 - Kierownik Budowy musi posiadać, co najmniej 10 lat doświadczenia (licząc do dnia składania ofert) na stanowisku kierownika budowy z zakresu budowy oczyszczalni ścieków (min. 3 kontrakty) oraz musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Budowy), jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz Wykonawca posiadający siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Polski musi posiadać zaświadczenie potwierdzające przynależność do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa."

i nadanie mu następującej treści:

„Ekspert 4 - Kierownik Budowy musi posiadać łącznie, co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy z zakresu budowy oczyszczalni ścieków (min. 1 kontrakt) oraz musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Budowy), jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz Wykonawca posiadający siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Polski musi posiadać zaświadczenie potwierdzające przynależność do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa "

- 6) dostosowanie do żądanych zmian wskazanych w pkt. C, D oraz E powyżej, brzmienia odpowiednich zapisów ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu zarzutów i żądanych zmian podał, co następuje:

Zawarte w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ: opis przedmiotu zamówienia, a także opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zostały dokonane z naruszeniem przepisów Pzp, a zatem wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i uzasadnione. Aktualna treść SIWZ, nakazująca dostarczenie urządzeń, które są produkowane wyłącznie przez jednego producenta (tj. przewracarka osadu - produkowana przez firmę THERMO - SYSTEM), a także wprowadzająca nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia Wykonawców, a także w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy, uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mimo iż spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym również w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zatem, Odwołujący ma interes w uzyskaniu tego zamówienia, a ponadto może ponieść szkodę majątkową w postaci utraconych korzyści z ewentualnego zawarcia umowy z Zamawiającym oraz wykonania na jej podstawie robót budowlanych, wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

(1) W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na wymaganie od wykonawców zastosowania urządzenia opisanego w sposób preferujący jednego producenta, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający żąda dostarczenia przewracarki osadu w suszarni solarnej, która jest produkowana wyłącznie przez jednego producenta. Zapisy wprowadzone w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, w pkt. 2.8.1.6 część pn.: „Opis technologii suszenia” akapit trzeci (s. 64 PFU) oraz w pkt. 2.8.1.6 część pn.: „Automatyczna przewracarka” (s. 65 PFU), specyfikują przewracarkę osadu, która musi prowadzić proces przewracania z automatycznym transportowaniem osadu na początek hali. Tylko jedno przedsiębiorstwo, które produkuje przewracarkę osadu, spełnia wymagania SIWZ. Jest to THERMO-SYSTEM Industrie - & Trocknungstechnik GmbH. Nadto, w opisie słonecznej suszarni osadów, pkt. 2.8.1.6, system wentylacji (strona 65 PFU) Zamawiający wskazał, że „Każda hala suszarni będzie wyposażona w klapy uchylne, zainstalowane w ścianie szczytowej. Każda z klap obsługiwana trójfazowym silnikiem elektrycznym. W przeciwległej ścianie szczytowej zamontowane zostaną wentylatory wyrzutowe sterowane falownikami.” (...) „Należy zastosować wysokosprawne wentylatory wolnoobrotowe (890 obr./min.) zabezpieczone przed wpływem wilgoci oraz korozji wyposażone w wirniki o zoptymalizowanym sierpowatym kształcie, co gwarantuje znaczną redukcję zużycia energii

elektrycznej oraz obniżenie poziomu hałasu w porównaniu z wirnikami o tradycyjnym kształcie. Aby spełnić warunki decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach cała ilość powietrza przechodząca przez wszystkie hale suszarni musi być poddana dezodoryzacji na płuczce i biofiltrach". Powyższymi wymaganiami, zdaniem wykonawcy, Zamawiający wykluczył możliwość zastosowania systemu wentylacji grawitacyjno-mechanicznej ze szczelinami wentylacyjnymi i uchylnymi oknami dachowymi, pozytywnie ocenionego w Raporcie oddziaływania na środowisko (załącznik nr 17 do SIWZ), jako systemu, który gwarantuje, że „poza granicami oczyszczalni nie wystąpią przekroczenia wartości zanieczyszczeń." Zamawiający, narzuca natomiast obowiązek przyjęcia przy opracowywaniu oferty przetargowej zupełnie innego systemu wentylacji hal suszarniczych, opartego na dużo bardziej energochłonnym systemie wentylacji mechanicznej (klapach uchylnych i wentylatorach wyrzutowych), wymagając ponadto zainstalowania płuczek powietrza i biofiltrów. Biofiltry zgodnie z Raportem oddziaływania na środowisko (załącznik nr 17 do SIWZ) miały być zastosowane w budynku krat (str. 121) i na innych nowych obiektach oczyszczalni, natomiast nie przewidziano wymogu ich stosowania w suszarniach słonecznych. Wskazał, iż w PFU nie został zapisany warunek, że w hali suszarniczej należy zastosować 14 wentylatorów osiowych o mocy maksymalnej 79dB, zgodnie z pkt. II.1. Zapisano jedynie, że należy zastosować „wentylatory wyposażone w wirniki o zoptymalizowanym sierpowatym kształcie, co gwarantuje znaczną redukcję zużycia energii elektrycznej oraz obniżenie poziomu hałasu w porównaniu z wirnikami o tradycyjnym kształcie". Dopuszczalny decyzją środowiskową poziom hałasu na poziomie nieprzekraczającym 79dB nie został postawiony w PFU, jako warunek niezbędny do spełnienia. Znalazł się natomiast nieprecyzyjny i niejednoznaczny technicznie zapis o „zoptymalizowanym sierpowatym kształcie” wirników wentylatorów oraz „obniżonym zużyciu energii". Zamawiający w tym względzie nie dopełnił w naszej opinii obowiązku jednoznacznego i precyzyjnego opisu urządzeń i systemów, jakie mogą być zastosowane przy realizacji zamówienia, a także nie ustanowił jasnych i jednoznacznych kryteriów oceny innych rozwiązań pod kątem równowagi technicznej. W PFU powinny się znaleźć zapisy o dopuszczalnym poziomie hałasu oraz maksymalnym dopuszczalnym zużyciu energii elektrycznej przez system wentylacji, nie zaś informacje o wymaganym poziomie sprawności wentylatorów, itp. Co więcej, Zamawiający, wprowadzając wymóg zastosowania biofiltrów do oczyszczania powietrza wylotowego z suszarni nie uwzględnił odpadów powstających podczas okresowej wymiany biofiltrów oraz sposobu oczyszczania i utylizacji cieczy z płuczek powietrza. Odpady te nie zostały w ogóle uwzględnione w Raporcie o oddziaływaniu na środowisko. Zamawiając nie wykonał także, a przynajmniej nie umieścił w PFU jakichkolwiek szacunkowych obliczeń wymaganej mocy wentylatorów wentylacji mechanicznej suszarni słonecznej oraz objętości i krotności wymiany złożeń w biofiltrach,

pozostawiając obowiązek znalezienia rozwiązania technicznego oferentom, tyle, że bez weryfikacji, czy od strony powszechnie dostępnych i stosowanych w technice rozwiązań jest to w ogóle możliwe. W Raporcie o oddziaływaniu na środowisko mowa jest o suszarni słonecznej składającej się z pięciu hal o wymiarach 12 m x 100 m i powierzchni 1.200 m² każda, co daje razem 6.000 m². Przyjmując nawet minimalną intensywność wymiany powietrza w suszarni słonecznej zapewniającą efektywny odbiór wilgoci i właściwy proces suszenia na poziomie 45 m³/h x m² należy założyć, że obowiązek zainstalowania biofiltrów i płuczek powietrza będzie się wiązał z koniecznością przepuszczenia w ciągu godziny przez system 270.000m³ powietrza wylotowego, a w ciągu doby odpowiednio 6.480.000m³. Takie rozwiązanie, o ile w ogóle zostałoby podjęte przez kogoś z dostawców technologii, musi generować bardzo wysokie zużycie energii elektrycznej, ogromną objętość złoża biofiltrów oraz bardzo wysokie koszty inwestycji i późniejszej eksploatacji suszarni. Ponadto jest rozwiązaniem w przypadku suszarni słonecznych nigdzie niespotykanym. Niezależnie od powyższego, zwrócił uwagę, że Zamawiający w PFU nie dopuścił stosowania rozwiązań prototypowych, żądając przedstawienia pisemnego potwierdzenia od wcześniejszego użytkownika, że zaproponowana przewracarka pracuje prawidłowo, co najmniej rok susząc komunalne osady ściekowe w pełni automatycznie z prowadzonym równocześnie automatycznym procesem recyrkulacji osadu na hali o powierzchni zabudowy min. 1100m². Zapis ten ma uniemożliwić wykonawcom zastosowanie jakiegokolwiek innego urządzenia, niż oczekiwane przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający (...) skazuje wykonawców na jednego konkretnego dostawcę urządzeń, a pośrednio zapewne usiłuje również kierować postępowaniem w taki sposób, aby wygrał z góry wybrany wykonawca. Co więcej, jest to dokument wymagany od Wykonawcy do przedłożenia dopiero na etapie zatwierdzania projektu wykonawczego, a nie wraz z ofertą. W tym przypadku wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdził, że przytoczony przepis stanowi „kwintesencję fundamentalnej zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia”, co (...) Oznacza konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę. Chodzi tu, zatem o negatywną przesłankę sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu”. Oznacza to, że rozwiązanie zaproponowane przez Zamawiającego zagraża uczciwej konkurencji, naruszając art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tym, że każdy dostawca technologii suszenia w różny sposób konfiguruje wyposażenie technologiczne suszarni w celu osiągnięcia wymaganej przez Zamawiającego wydajności, Odwołujący

wnioskuje o dopuszczenie innych rozwiązań techniczno - technologicznych przewracarek osadu, które zapewnią uzyskanie wymaganych efektów technologicznych, poprzez co najmniej zmianę zapisu punktu 2.8.1.6 część pn.: „Opis technologii suszenia” akapit trzeci, s. 64 PFU oraz usunięcie części dotychczasowego zapisu punktu 2.8.1.6 część pn.: „Automatyczna przewracarka” s. 65 PFU, w zakresie wskazanym na wstępie odwołania.

(2)Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z uwagi na wymaganie od wykonawców wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania oraz w zakresie budowy, nabytych w ramach jednej umowy, z wykluczeniem wiedzy i doświadczenia, nabytych w projektowaniu oraz w wykonywaniu robót budowlanych w ramach osobnych umów, wykonawca stwierdził, że Zamawiający, w pkt 7.1.2, a szczególnie w ppkt. 7.1.2.1 oraz 7.1.2.2 cz. I SIWZ zawarł zapisy stojące w rażącej sprzeczności z przepisami Pzp oraz w rażącej sprzeczności z elementarnymi zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający konstruując opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wymaga od wykonawców wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania (usług) oraz w zakresie budowy (robót budowlanych) oczyszczalni ścieków oraz suszarni osadów o określonych parametrach, żądając wprost, aby doświadczenie w zakresie projektowania oraz budowy było zdobyte w ramach jednej umowy, przy czym może to być jedna umowa na zaprojektowanie i wykonanie oczyszczalni oraz jedna umowa na zaprojektowanie i wykonanie suszarni. Jego zdaniem ten warunek jest dyskryminujący oraz nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, albowiem nie można przyjmować, że wiedzę i doświadczenie niezbędne do zaprojektowania oraz wykonania oczyszczalni ścieków wraz z solarną suszarnią osadów posiadają tylko te podmioty, które zdobyły tę wiedzę oraz doświadczenie w ramach jednej umowy. Tak skonstruowany warunek odnosi się bowiem wyłącznie do kwestii formalno-prawnych, całkowicie niezależnych od wykonawców (gdyż to zamawiający, pośrednio na skutek posiadanego finansowania, decyduje, czy dane zamówienie będzie podzielone na osobne kontrakty: w zakresie projektowania oraz w zakresie budowy, czy też projektowanie i wykonanie będą połączone w ramach jednego kontraktu), które w żaden sposób nie wpływają na zdobytą wiedzę i doświadczenie. Jego zdaniem na rynku jest szereg podmiotów, które w ramach jednej umowy projektowały dane prace, a następnie w ramach kolejnej umowy (indywidualnie, bądź w ramach konsorcjum) prace te wykonywały. Podkreślił, że z redakcji ppkt 7.1.2.1 oraz 7.1.2.2 cz. I SIWZ wynika, że wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w zakresie projektowania i wykonawstwa tej samej oczyszczalni

(spełniającej pozostałe wymagania Zamawiającego) oraz projektowania i wykonawstwa tej samej suszarni osadów (spełniającej pozostałe wymagania Zamawiającego). Brak jest jakiegokolwiek logicznego uzasadnienia dla takiej redakcji warunku. Nie ulega bowiem wątpliwości, że (...) warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia będzie również spełniać wykonawca (lub grupa wykonawców działająca wspólnie), który zaprojektował oczyszczalnię w miejscowości X (spełniająca pozostałe wymagania Zamawiającego), a wykonał inną oczyszczalnię w miejscowości Y (spełniająca pozostałe wymagania Zamawiającego). Podobnie z suszarnią osadów, albowiem (...) Zaprojektowanie suszarni w miejscowości W, lecz wykonanie innej suszarni w miejscowości Z (obie spełniające pozostałe wymagania Zamawiającego) nie może dyskryminować wykonawców w tym zakresie. Wykonawca podkreślił, że (...) Powszechnie akceptowane jest, że potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia podlega kumulacji w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a (...) Dotychczasowa treść zapisów ppkt. 7.1.2.1 oraz 7.1.2.2 cz. I SIWZ zamyka drogę do uzyskania zamówienia konsorcjom złożonym z firm projektowych oraz budowlanych, gdzie firmy projektowe wykazują doświadczenie w zakresie projektowania, natomiast firmy budowlane wykazują doświadczenie w zakresie wykonawstwa". Wskazał również na art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym ab initio w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z kolei art. 25 ust. 2 ustawy Pzp precyzuje, że te dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania określił Prezes Rady Ministrów, w drodze rozporządzenia. Podkreślił, że Zamawiający kumulując w ppkt. 7.1.2.1 oraz 7.1.2.2 cz. I SIWZ projektowanie (usługi) oraz wykonawstwo (roboty budowlane) pominał okoliczność, że są to zamówienia innego rodzaju, inaczej traktowane w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący podniósł również, że (...) W celu wykazania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych, Zamawiający zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dalej podał, że (...) W celu wykazania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia w zakresie usług, Zamawiający zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Obecna treść pkt 7.1.2 cz. I SIWZ w zakwestionowanym zakresie narusza art. 25 ust. 1 i 2 PZP oraz § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie usług Zamawiający: a) żąda przedłożenia wykazu robót budowlanych, a nie wykazu usług; b) bierze pod uwagę usługi z 5 ostatnich lat, podczas gdy może brać pod uwagę usługi jedynie z 3 ostatnich lat; c) żąda przedstawienia dowodów (referencji), potwierdzających, że usługi zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

(3) Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na postawienie względem Kierownika Budowy wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, wykonawca stwierdził, że te wymagania są nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i niepozostające w faktycznym związku z zamówieniem. W ocenie Odwołującego, za całkowicie wystarczające należy uznać doświadczenie kierownika budowy zdobyte w trakcie realizacji jednego kontraktu, czyli wynoszące łącznie 5 lat. Skoro, bowiem osoba taka uczestniczy w całym procesie budowlanym oczyszczalni ścieków, to posiada doświadczenie niezbędne do ponownego kierowania robotami budowlanymi w tym zakresie. Stwierdził również, że do zdobycia uprawnień zawodowych kierownika budowy, potrzebne jest uprzednio, co najmniej kilka lat praktyki zawodowej, wobec czego oczekiwania Zamawiającego wydają się być tym bardziej nieuzasadnione (por. § 26 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie; Dz. U. Nr 83, poz. 578 ze zm.). Nie sposób również wymagać, aby doświadczenie kierownika budowy w zakresie budowy oczyszczalni ścieków było nieprzerwane przez cały wymagany okres. Oczekiwanie takie dyskwalifikuje osoby, które wykonują swoje uprawnienia w różnych dziedzinach, raz np. zajmując się kierowaniem budową oczyszczalni ścieków, innym razem sieci wodno - kanalizacyjnych lub przepompowni ścieków. Takie zróżnicowanie, dobrze świadczące o umiejętnościach i horyzontach zawodowych danej osoby, w świetle dotychczasowego brzmienia cz. I SIWZ, czyniłoby ją bezużyteczną dla niniejszego zamówienia. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wymagania Zamawiającego odnośnie Kierownika budowy, (...) pod względem oczekiwanych lat doświadczenia w branży oraz pod

względem ilości kontraktów, zostały skrojone raczej na miarę budowy najwyższego na świecie wieżowca, lecz z pewnością nie na miarę budowy gminnej oczyszczalni ścieków”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie podniósł w szczególności następujące okoliczności:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie modernizacji i rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach. W dniu 30 kwietnia 2013 r. wobec treści Ogłoszenia oraz wobec postanowień SIWZ odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Instal („Odwołanie”), zarzucając Zamawiającemu, naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP poprzez wymaganie od wykonawców zastosowania urządzenia opisanego w sposób preferujący jednego producenta; art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 4 PZP oraz art. 25 ust. 1 i 2 PZP w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane („Rozporządzenie”), poprzez wymaganie od wykonawców wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania oraz w zakresie budowy, nabytych w ramach jednej umowy, z wykluczeniem wiedzy i doświadczenia, nabytych w zakresie projektowania oraz w zakresie wykonania robót budowlanych w ramach osobnych umów oraz art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 4 PZP poprzez postawienie względem Kierownika Budowy wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, żądając wskazanych w odwołaniu modyfikacji. Zamawiający podał, że również w dniu 30 kwietnia 2013 r. wobec treści Ogłoszenia oraz wobec postanowień SIWZ odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł inny wykonawca - Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, które dotyczyło, podobnie, zastosowania opisu warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, żądając zmiany treści Ogłoszenia i SIWZ w kwestionowanym zakresie. Zamawiający postanowił w całości uwzględnić zarzuty odwołania wniesionego przez Inżynierię Rzeszów S.A., czego skutkiem będzie m.in. złagodzenie wymagań dotyczących: (1) wymaganego doświadczenia Eksperta 4 - Kierownika Budowy, oraz (2) dopuszczenia, jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu doświadczenia wykonawcy w realizacji osobno projektów i osobno obiektów określonych w pkt 7.1.2.1 - 7.1.2.2 SIWZ. Stwierdził również, że zarzuty obydwu odwołań w dużej mierze pokrywały się w kwestii wymaganego doświadczenia Eksperta 4 - Kierownika Budowy oraz dopuszczenia, jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu doświadczenia wykonawcy w realizacji osobno projektów i osobno obiektów określonych w pkt 7.1.2.1 - 7.1.2.2 SIWZ, to uwzględnienie w całości odwołania Inżynierii Rzeszów S.A. czyni zadość również większości żądań Instal. Jednocześnie stwierdził, że żądania wykonawcy Instal w zakresie wskazanym są zbyt daleko idące i ich uwzględnienie, zamiast służyć poszerzeniu konkurencji, powodowałoby w istocie

do „dopasowanie” czy wręcz „nagięcie” uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego do „możliwości” konkretnego wykonawcy (tj., Instal) i nie jest możliwe uwzględnienie ich w całości. Przede wszystkim stwierdził, że ta inwestycja o wartości 20 milionów złotych ma być eksploatowana przez następnych 50 lat, a prowadzone postępowanie zmierza do wdrożenia jednej z obecnie najnowocześniejszych technologii słonecznego suszenia odpadów. Podkreślił również, że (...) Przedmiot zamówienia w niniejszym Postępowaniu jest bardzo specyficzny i obejmuje wykonanie projektu budowlanego, uzyskanie pozwolenia na budowę oraz innych niezbędnych a wymaganych prawem decyzji pozwoleń, zezwoleń, uzgodnień i opinii, sporządzenie projektów wykonawczych, wykonanie robót łącznie z przeprowadzeniem rozruchu wszystkich bloków technologicznych w oparciu o w/w projekty i dokumenty stanowiące Kontrakt oraz dokumentację powykonawczą wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Teren oczyszczalni położony jest na tarasie zalewowym Wisły w pobliżu strefy korytowej rzeki i oddzielony od niej tylko wałem przeciwpowodziowym. Z badań archiwalnych prowadzonych na terenie przeznaczonym pod budowę oczyszczalni ścieków, oraz późniejszych, prowadzonych na terenie wybudowanej oczyszczalni wynika, iż warunki geotechniczne panujące na terenie oczyszczalni są złożone. Ze względu na sąsiedztwo Wisły możliwe są znaczne wahania wody gruntowej. W związku z restrykcyjnymi wymogami przepisów dotyczących ochrony środowiska, oddziaływanie na środowisko oczyszczalni po zmodernizowaniu i rozbudowie musi zamykać się w granicach działki. Co istotne Wykonawca, projektując i realizując rozbudowę i modernizację oczyszczalni musi uwzględnić fakt, że w czasie prowadzenia robót budowlanych - modernizacyjnych istniejąca oczyszczalnia będzie cały czas eksploatowana i nie może zostać wyłączona z użytkowania nawet na jeden dzień. Wykonawca musi zatem zapewnić maksymalne wykorzystanie w proponowanej technologii: kubatury istniejących obiektów technologicznych (aktualnie wykorzystywanych lub nie) z zachowaniem wymaganej jakości ścieków oczyszczanych. Wielkość i ukształtowanie nowoprojektowanych obiektów ma zapewnić spełnienie wszystkich wymagań technologicznych i użytkowych, uwarunkowań konserwatorskich oraz uzyskanie optymalnej lokalizacji wraz z innymi koniecznymi obiektami towarzyszącymi na terenie przewidzianym pod zabudowę dla tego zadania. Zastosowane rozwiązania projektowe i organizacji robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego winny zabezpieczyć pracę istniejącej oczyszczalni w całym okresie robót modernizacyjnych i budowy nowych obiektów. Z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i modernizacja istniejącej i funkcjonującej oczyszczalni ścieków, wykonawca musi uwzględnić możliwość prowadzenia prac budowlanych i montażowych w sposób umożliwiający ciągłość działania oczyszczalni. Zamawiający nie dopuszcza możliwości czasowych przerw w pracy oczyszczalni. Teren budowy winien być przygotowany zgodnie z regulacjami zawartymi w Ustawie Prawo

budowlane oraz aktach wykonawczych do niej, jak i w przepisach odrębnych, w szczególności, normujących zagadnienia bezpieczeństwa życia i zdrowia ludzi, zabezpieczenia mienia, ochrony środowiska. Projekt rozbudowy i modernizacji istniejącej oczyszczalni ścieków w Łomiankach musi spełniać wymagania Zamawiającego. Szczególną uwagę wykonawca musi poświęcić zmianom technologii oczyszczania ścieków proponowanej przez Zamawiającego. Modernizowana i rozbudowywana oczyszczalnia ścieków powinna mieć, bowiem możliwość oczyszczenia ścieków do wymaganych parametrów dla obecnie notowanych ilości i jakości ścieków (patrz pkt. 1.2.2 PFU) jak i dla wartości prognozowanych. Modernizowana oczyszczalnia powinna być tak zaprojektowana a materiały tak dobrane, aby trwałość obiektu wynosiła 50 lat”.

(1) Odnośnie pierwszego z zarzutów, dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp [wymaganie od wykonawców zastosowania urządzenia opisanego w sposób preferujący jednego producenta] stwierdził w szczególności, że rozwiązanie techniczne zaproponowane w PFU dotyczące wymaganej przewracarki osadu może spełnić na rynku krajowym – wbrew twierdzeniom Odwołującego - co najmniej dwóch wykonawców, a mianowicie wskazany przez Odwołującego - przedsiębiorstwo THERMO-SYSTEM Industrie & Trocknungstechnik GmbH jak również ustalona przez zamawiającego firma firmy Huber Technology sp. z o.o. [powołał oświadczenie tej firmy z dnia 8 maja br]. Podkreślił również, że tym samym zarzut (...) preferowania jednego producenta jest bezpodstawny ponieważ zawarte w PFU informacje mają charakter obiektywny i wynikają z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w zakresie najważniejszych funkcji technicznych i technologicznych pracy suszarni, które gwarantują uzyskanie pożądanego efektu ekologicznego”. W tym przypadku podkreślił, że (...) Wymóg recyrkulacji (automatyczne mieszanie osadu mokrego doprowadzonego do suszarni z osadem suchym) jest bardzo istotny, ponieważ znacznie polepsza parametry suszenia i obniża poziom tworzenia się odorów i związanej z tym uciążliwości dla sąsiadujących terenów. Świadczy o tym brzmienie pkt. 2.8.1.6. część pn.: „Automatyczna przewracarka”, zdanie trzecie (s. 65 PFU), „Dopuszcza się zastosowanie przewracarek nawowych różnego typu, jednakże posiadających funkcję recyrkulacji osadu (mieszania osadu wysuszonego z mokrym doprowadzonym do hali suszarni) oraz pod warunkiem osiągnięcia założonego stopnia wysuszenia osadu”. Zauważył również, że (...) Odwołujący nie wskazał rynku, na jakim w jego mniemaniu doszło do naruszenia konkurencji, co czyni jego zarzut nieprecyzyjnym i wadliwym. Ograniczenie konkurencji, w kontekście normy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp bada się, bowiem na rynku właściwym, tj. rynku określonych dóbr i usług, jak również w określonym czasie. Pojęcie rynku właściwego, funkcjonujące w ramach prawa konkurencji oraz orzecznictwa ETS, może być posiłkowo stosowane w ramach oceny oddziaływania postanowień opisu przedmiotu zamówienia w kontekście normy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp”.

Podkreślił, że (...) postulat dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji, o czym stanowi art. 29 ust. 2 Pzp, obejmuje nie tylko konkurujących wykonawców polskich działających na rynku krajowym. Kwestia konkurencji jest kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie". Zwrócił również uwagę, że (...) publikując Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE skierował je nie tylko do polskich wykonawców działających na rynku krajowym, ale w istocie do potencjalnie nieograniczonej liczby wykonawców prowadzących działalność na całym rynku Unii Europejskiej. Nie sposób przy tym z góry przesądzać, że żaden z zagranicznych podmiotów nie będzie zainteresowany uczestnictwem w tym Postępowaniu i nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego technologią. Skoro na polskim rynku są oferowane dane produkty, (przez co najmniej 2 różne firmy) spełniające warunki określone w PFU, to tym samym Odwołujący w istocie nie wykazał, iż w niniejszym Postępowaniu przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który uniemożliwia wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i powoduje tworzenie nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję". Podkreślił, że „postępowanie przed Izba zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując się w tym zakresie na regulację art. 14 ustawy Pzp dopuszczającą stosowanie w sprawach nieuregulowanych ustawą Pzp, przepisów kodeksu cywilnego, należy w oparciu o przepis art. 6 Kodeksu cywilnego stwierdzić, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Wskazany przepis kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne - na tym ciąży dowód, kto twierdzi a nie na tym, kto zaprzecza". Podkreślił również, że (...) posiadana przez niego wiedza o firmie Huber Technology sp. z o.o. nie oznacza, że jest to jedyna konkurencyjna firma w stosunku do THERMO-SYSTEM Industrie - & Trocknungstechnik GmbH. Tego rodzaju producentów urządzeń do suszenia odpadów może być więcej zarówno na polskim jak i na europejskim rynku", a (...) Zgodnie z utrwalonym i dość jednolitym orzecznictwem KIO na gruncie art. 29 ust. 2 Pzp, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie można postrzegać w ten sposób, że dogodne dla wykonawców warunki wykonania zamówienia, jego zakres mogą przysłonić uzasadnione potrzeby zamawiającego". Wskazał, że (...) zamawiający mają prawo do takiego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, który będzie czynił zadość ich uzasadnionym potrzebom, pod warunkiem oczywiście, że nie ucierpi na tym zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Podstawowym

celem postępowania jest, bowiem nabycie przez zamawiającego określonych rzeczy, usług lub robót budowlanych, nie zaś sprzedaż rzeczy, czy wykonanie usług lub robót budowlanych przez wykonawców według posiadanego przez danego wykonawcę asortymentu". Dalej podał, że (...) Sama okoliczność, że Odwołującemu będzie trudniej dostosować się niż niektórym innym potencjalnym wykonawcom do wymagań Zamawiającego w zakresie rozwiązań techniczno -technologicznych przewracarek osadu i technologii suszenia, które zapewnią uzyskanie wymaganych efektów technologicznych, nie może być samoistną podstawą do skutecznego zakwestionowania uprawnienia zamawiającego do ukształtowania kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem jego specyficznych potrzeb. Reasumując, Zamawiający podał, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż (...) wspomniany zarzut Odwołujący zrelatywizował wyłącznie do własnej sytuacji, wskazując na niemożność sprostania przez niego wymaganiom, co do rozwiązań techniczno – technologicznych przewracarek osadu wymaganych w PFU. Odwołujący nie wykazał natomiast, by tak ukształtowany warunek, dotyczący wymaganych przez Zamawiającego efektów technologicznych nosił w istocie cechy obiektywnie utrudniające bądź uniemożliwiające ubieganie się o zamówienie innym wykonawcom, potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu." Natomiast (...) Zamawiający nie może naginać swoich uzasadnionych potrzeb technologicznych tylko, dlatego, że jeden z wykonawców potencjalnie zainteresowanych uczestniczeniem w Postępowaniu nie jest w stanie im sprostać". W związku z powyższym - ze szczegółowo opisanych przyczyn technologicznych – nie jest możliwe uwzględnienie żądań Odwołującego w przedmiocie: (...) Wykreślenia dotychczasowego punktu 2.8.1.6 część pn.: „Opis technologii suszenia" akapit trzeci, s. 64 PFU, tj. wykreślenie z PFU zapisów dotyczących wymogu prowadzenia procesu suszenia i ewakuacji osadu w sposób automatyczny a jednocześnie z dopuszczeniem ręcznego procesu przegarniania. Ręczne przegarnianie osadu wysuszonego na początek hali komplikuje eksploatację suszarni i nie jest zgodne z obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Zamawiający dołożył wszelkich starań, aby proces suszenia był prowadzony w sposób zautomatyzowany, wygodny i bezpieczny dla Zamawiającego i obsługi ze względu na wymogi BHP oraz ciągłości prowadzenia procesu (praca wewnątrz suszarni w uciążliwych warunkach -wysoka temperatura i zapylenie). Ponadto Zamawiający prowadząc proces suszenia ręcznie zmuszony jest do zwiększenia liczby etatów do obsługi, co wiąże się z dodatkowymi kosztami eksploatacyjnymi w długiej perspektywie czasu. Intencją Zamawiającego jest, aby wybudować maksymalnie nowoczesny obiekt suszenia, który będzie wygodny, bezpieczny i tani w eksploatacji. Zaznaczyć również należy, że wymóg automatycznej recyrkulacji i ewakuacji osadu nie jest wygórowany i jak już wspomniano wyżej spełniają go, co najmniej dwaj dostawcy technologii suszenia np.: firma Huber, czy Thermo - System. Automatyczna przewracarka jest konieczna ze względu na

bezpieczeństwo obsługi oraz dla zapewnienia ciągłości prac technologicznych (eksploatacyjnych), ponieważ Zamawiający zatrudnia 49 osób na 47 etatach, (z czego 10 to obsługa oczyszczalni). Pion oczyszczalni ścieków zatrudnia: 1 kierownika, 1 mistrza eksploatacji, 8 mechaników obchodowych (Maszynistów). Praca oczyszczalni odbywa się w ruchu ciągłym. Kierownik pracuje od pn. do pt. w godz. 8 - 16, Mistrz pracuje od pn. do pt. w godz. 7 - 15, natomiast Maszyniści w 4 brygadach po 2 osoby w systemie 3 - zmianowym (6 - 14; 14 - 22; 22 - 6). Pracownicy oczyszczalni przyjmują dostawy taboru asenizacyjnego (około 50 kursów/dobę), usuwają bieżące awarie, dozoruja pracę urządzeń: krat mechanicznych, piaskowników, jakości ścieków na odpływach osadników wtórnych, pielęgnacją terenów zieleni, wewnętrznych placów i dróg, wykonują badania w laboratorium jakościowe ścieków i osadów po różnych etapach technologicznych. W przypadku wystąpienia urlopu, sytuacji losowych, bądź zwolnień lekarskich u pracowników obsługi oczyszczalni - przy 1 osobowym dyżurze - pracownik nie może sam wchodzić na urządzenia znajdujące się na wysokości, jego praca ogranicza się tylko do doraźnego nadzoru poprzez istniejący monitoring AKPiA (program Automatykacji Komunikacji Przesyłu danych i Archiwizacji). Natomiast w razie 1 osobowego dyżuru, gdy wystąpi zagrożenie (awaria, której zdalnie nie można usunąć), pracownik ma obowiązek niezwłocznie powiadomić kierownika, który dokonuje niezbędnych przesunięć kadrowych, aby usunąć awarię". Zwrócił również uwagę, że (...) prowadząc proces suszenia ręcznie zmuszony byłby do zwiększenia liczby etatów do obsługi, co wiązałoby się z dodatkowymi kosztami eksploatacyjnymi. Zamawiający w okresie ostatnich kilku lat dokonał, z powodów ekonomiczno - finansowych, znacznego obniżenia zatrudnienia w firmie. Zatrudnianie kolejnych osób, z uwagi na konieczność ręcznej obsługi procesu suszenia świadczyłoby o braku koncepcji rozwoju zakładu oraz stwarzałoby zastrzeżenia do przeprowadzonego procesu restrukturyzacji." Podkreślił, że (...) Zamawiającemu zależy na zastosowaniu rozwiązania w pełni zautomatyzowanego, które funkcjonuje minimum 1 rok, co potwierdziłoby, że jest to urządzenie sprawdzone w praktyce i pozbawione jakichkolwiek wad. Drugie żądanie dotyczące (...) Usunięcia części dotychczasowego zapisu punktu 2.8.1.6 część pn.: „Automatyczna przewracarka" (s. 65 PFU), poprzez wykreślenie z PFU zapisów dotyczących wykluczenia stosowania przez Wykonawcę urządzeń i rozwiązań prototypowych" także nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem (...) Nie jest w interesie Zamawiającego stosowanie technologii niesprawdzonych i takich, które ze względu na wykonaną inwestycję mogą narazić mieszkańców na rezultaty związane z prototypowymi rozwiązaniami, czy różnego rodzaju eksperymentami (wydzielanie się odorów, zapylenia, możliwość przestojów technologicznych na skutek awarii itd.). Pragnąc dołożyć wszelkiej staranności na etapie projektowania i ostatecznego wyboru technologii suszenia oraz dla wykluczenia niesprawdzonych - prototypowych rozwiązań Zamawiający żąda przedstawienia jednego listu referencyjnego od użytkownika technologii

uwzględniającego wymogi prowadzenia procesu suszenia zaproponowane w PFU jest to wymóg minimalny i niewygórowany” możliwy do spełnienia przez potencjalnego wykonawcę. Zamawiający nie zgodził się również z poprawnością argumentacji Odwołującego, co do wymogu zastosowania klap uchylnych. W tym przypadku podkreślił, że otrzymał Raport Oddziaływania na Środowisko w 2011 roku wykonany na podstawie poprzedniej koncepcji technologicznej sporządzonej przez firmę Eurotech w 2009 roku. Była to koncepcja nieuwzględniająca najnowocześniejszych obecnie rozwiązań, między innymi oczyszczania powietrza z hal suszarniczych. Pomimo, że zgodnie z informacjami dostawców technologii suszarnie teoretycznie nie wymagają oczyszczania powietrza, to jednak ze względu na pojawiające się protesty społeczne związane z wydzielaniem się odorów z eksploatowanych suszarni np. w Myszkowie, Żarach, czy w Poznaniu (Zamawiający przedstawił artykuły z gazet lokalnych), Zamawiający uznał ten element za konieczny. W konkluzji stwierdził, że (...) wspólnie z biurem projektowym zweryfikował początkowe założenia koncepcyjne dotyczące grawitacyjnego układu wentylacji i braku oczyszczania powietrza z suszarni. Stąd wymóg zastosowania klap uchylnych i wentylatorów wyrzutowych, które mogą współpracować z układem oczyszczania powietrza (płuczka powietrza i biofiltr - powietrze jest pompowane przez wentylatory wyrzutowe do tych urządzeń). Natomiast wentylacja grawitacyjna nie może współpracować z układem oczyszczania powietrza. Wszystkie wymogi postawione przez Zamawiającego mają na celu aspekty związane z zagadnieniami dużej wrażliwości społecznej oraz oddziaływania na środowisko. Zamawiający dołożył wszelkich starań, aby nowa inwestycja budowana także ze środków społecznych dobrze służyła mieszkańcom gminy Łomianki i nie powodowała dezaprobaty lokalnego społeczeństwa. W związku z powyższym argument, że Zamawiający nie wymienił w PFU szczegółowej liczby wentylatorów będących integralną częścią systemu suszenia, a tylko opisał ich funkcje działania i wymóg niskiej energochłonności jest bezpodstawny. Zamawiający nie definiuje liczby wentylatorów, których liczba jest różna dla różnych dostawców technologii suszenia. Gdyby Zamawiający sprecyzował tę liczbę Odwołujący wniósłby zarzut opisanego przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na jednego wykonawcę. Liczba wentylatorów, ich moc jak i zużycie energii oraz budowa i wykonanie będą przedmiotem oceny technicznej przez Zamawiającego oraz odpowiedniej punktacji przy ocenie oferty. Wykonawca do akceptacji Zamawiającego, na etapie wykonywania projektu dokona wyboru i zaprojektuje układ wentylacji z uwzględnieniem obliczeń wymian powietrza oraz doboru biofiltrów i płuczek powietrza. Zamawiający nie sprecyzował tych obliczeń, ponieważ są one dokonywane na etapie projektu technologicznego, będącego przedmiotem postępowania przetargowego”.

(2) Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 rozporządzenia i związanego z nim żądania, Zamawiający stwierdził, (...) że konstruując opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pkt. 7.1.2.1 oraz 7.1.2.2 cz. I SIWZ wymaga od wykonawców wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania (usług) oraz w zakresie budowy (robót budowlanych) oczyszczalni ścieków oraz suszarni osadów o określonych parametrach, żądając, aby doświadczenie w zakresie projektowania oraz budowy było zdobyte w ramach jednej umowy. Wskazał, że w odwołaniu (...) Instal podniósł, że takie zapisy są jawnie dyskryminujące oraz nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia a zatem muszą zostać zmienione, gdyż dotychczasowa treść zapisów pkt. 7.1.2.1 oraz 7.1.2.2 cz. I SIWZ zamyka drogę do uzyskania zamówienia konsorcjom złożonym z firm projektowych oraz budowlanych, gdzie firmy projektowe wykazują doświadczenie w zakresie projektowania, natomiast firmy budowlane wykazują doświadczenie w zakresie wykonawstwa". Jego zdaniem, (...) Zamawiający jest uprawniony do wymagania od wykonawców biorących udział w postępowaniu posiadania doświadczenia zarówno w projektowaniu, jak i wykonywaniu robót budowlanych, skoro przedmiot zamówienia ma być realizowany w systemie "zaprojektuj i wybuduj". Wskazał również, że w odwołaniu (...) Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający kumulując w pkt. 7.1.2.1 oraz 7.1.2.2 cz. I SIWZ projektowanie (usługi) oraz wykonawstwo (roboty budowlane) pominął okoliczność, że są to zamówienia innego rodzaju, inaczej traktowane w treści Rozporządzenia, co zdaniem Instal doprowadziło do naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 Rozporządzenia. Mimo, że Zamawiający nie zgadza się z powyższym zarzutem dyskryminacji i nieproporcjonalności, to jednak w celu zapewnienia udziału jak najszerszego kręgu potencjalnych wykonawców w Postępowaniu, uwzględniając w całości odwołanie Inżynierii Rzeszów S.A. postanowił rozdzielić wymaganą wiedzę i doświadczenie w zakresie projektowania (usług) oraz w zakresie budowy (robót budowlanych) oczyszczalni ścieków oraz suszarni odpadów o określonych parametrach - co czyni zadość także części żądań Odwołującego w powyższym zakresie, mimo że są one dalej idące niż żądania Inżynierii Rzeszów S.A. Powyższe nie oznacza jednak uwzględnienia przez Zamawiającego Odwołania Instal. Usługi polegające na zaprojektowaniu budowy lub rozbudowy lub modernizacji suszarni odpadów komunalnych o określonych parametrach będą mogły być wykonane w ramach jednego odrębnego zadania lub będą mogły być połączone w ramach jednego zadania z robotami budowlanymi polegającymi na wybudowaniu lub rozbudowie lub modernizacji suszarni odpadów komunalnych. Jednocześnie Zamawiający dopuści wiedzę i doświadczenie wykonawców polegające na wykonaniu, co najmniej jednej najważniejszej roboty budowlanej polegającej na zaprojektowaniu i wybudowaniu lub rozbudowie lub modernizacji na podstawie

sporządzonego projektu oczyszczalni ścieków komunalnych o określonych parametrach i dopuszczonej do użytkowania, w ramach jednego zadania „zaprojektuj i wybuduj” lub w ramach dwóch zadań - „zaprojektuj” i na podstawie projektu „wybuduj”, ale w zakresie tego samego obiektu. Tym samym Zamawiający uwzględniając w całości odwołanie Inżynierii Rzeszów S.A. złagodzi swoje wymagania, co do wymaganej uprzednio wiedzy i doświadczenia wykonawców”. Dalej wskazał, że wykreślenie dotychczasowej treści punktu 7.1.2 cz. I SIWZ i zastąpienia ich konkretnym brzmieniem zawartym w odwołaniu Instal, prowadziłoby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż opis warunków udziału w postępowaniu żądany przez wykonawcę preferowałby wówczas Odwołującego i stanowił przykład „nagięcia” uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego do „możliwości” konkretnego wykonawcy (tj. w tym wypadku Odwołującego). Podkreślił, że (...) Zamawiający ma prawo i obowiązek tak opisać warunki udziału w postępowaniu, aby dopuścić do niego wykonawców dających rękojmię należytego wykonania umowy. Uprawniony jest, więc do żądania wylegitymowania się doświadczeniem w realizacji zamówień odpowiadających swoją skalą i złożonością przedmiotowi zamówienia, Celem stawiania warunków udziału w postępowaniu jest wskazanie minimalnej granicy, poniżej której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia w sposób pożądaný przez zamawiającego i zgodnie z jego obiektywnymi potrzebami”. Stwierdził również, że (...) Zgoda na uwzględnienie żądań Odwołującego w ww. zakresie równałaby się postawieniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę

(3) Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i związanego z nim żądania stwierdził, że wymagania w pkt 7.1.3.3 cz. I SIWZ względem Eksperta 4 - Kierownika Budowy nie są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Są to wymagania w pełni adekwatne do przedmiotu zamówienia, gdyż wiedza i doświadczenie wykonawcy w zakresie projektowania, budowy oraz wymagania postawione przez Zamawiającego, co do Ekspertów są kluczowe ze względu na specyfikę obiektu, która została szczegółowo omówiona w pkt II niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Podkreślił, że (...) Przedmiot zamówienia polega na modernizacji i rozbudowie istniejącej oczyszczalni ścieków, a nie budowie nowej. Prace budowlane i założenia projektowe nie mogą w żaden sposób zakłócić bieżącej pracy obiektu a w szczególności nie może być mowy o jej czasowym wyłączeniu, czy pogorszeniu się parametrów odprowadzanych ścieków do odbiornika tj. rzeki Wisły. Ponadto Zamawiającemu zależy na doświadczeniu, które zostało nabyte podczas realizacji nowych (innowacyjnych) technologii a nie takich, które na chwilę obecną są wycofywane, bądź muszą być do 2015 roku modernizowane ze względu na niespełnianie wymogów akcesji do Unii Europejskiej w zakresie korzystania ze środowiska. Opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia Zamawiający wskazał, iż Kierownik Budowy będzie posiadał min. 10 lat doświadczenia przy robotach budowlanych związanych z obiektami, które są przedmiotem niniejszego zamówienia. Zamawiającemu zależało na wysokiej klasy specjalistach, a Kierownik Budowy miał być właśnie osobą, która w przypadku sytuacji kryzysowej i nieprzewidzianej będzie podejmowała działania od razu, i która będzie miała od razu gotowe rozwiązania. Należy mieć na uwadze okoliczność, iż wszystkie roboty budowlane i projektowanie objęte niniejszym Postępowaniem będą odbywały się na pracującym obiekcie, którego nie można w żaden sposób wyłączyć chociażby na krótki czasokres. Brak doświadczenia Kierownika Budowy może w konsekwencji prowadzić do niezrealizowania zamówienia w terminie i w najgorszym z możliwych scenariuszy może skutkować utratą dofinansowania środków pozyskanych z funduszy unijnych, z których m.in. jest realizowane niniejsze przedsięwzięcie. W tym kontekście nie bez znaczenia jest wymagane doświadczenie przy budowie czy modernizacji 3 obiektów w ciągu 10 lat. Kierownik budowy jest tą osobą, która nadzoruje cały proces budowy, koordynuje prace wszystkich pozostałych kierowników robót, których ma do pomocy, a którzy mogą pod okiem wprawnego zorganizowanego i bardzo doświadczonego kierownika budowy pozwolić sobie na doszkalanie się, z racji tego, iż mogą wykazać się mniejszym niż kierownik budowy doświadczeniem i krótszym stażem zawodowym. O ile przy budowie, rozbudowie, modernizacji jednego obiektu kierownik budowy dopiero nabiera doświadczenia, w zasadzie dopiero uczy się pewnych rozwiązań, uczy się kierowania zespołem specjalistów, uczy się szukania rozwiązań i rozwiązywania problemów, których budowa następcza całkiem nie mała, to dwa obiekty dają mu już jakieś rozeznanie w branży. Kierownik, który pokieruje budową czy pracami nad 3 obiektami, na czwartym będzie już mistrzem. Zamawiający stawiając wymagania dla kierownika budowy kierował się warunkami szczególnymi dla przedmiotowego postępowania, a mianowicie, ze względu na ogromny zakres przedsięwzięcia, na roboty budowlane we trudnych warunkach - pracujący obiekt, niezbyt długi termin realizacji od momentu podpisania umowy i niebezpieczeństwo utraty dotacji przyznanej z funduszy unijnych, nie może pozwolić sobie na błędy w doborze specjalistów, których brak doświadczenia będzie jednym z głównych powodów nie dotrzymania terminu realizacji przedmiotowego zamówienia i pociągnięciem za sobą szereg konsekwencji z tym związanych. Zamawiającemu zależy na specjalistach, którzy przejmą plac budowy i od razu przystąpią do działania, zapewnią front robót bez przestojów, a w razie wyższej konieczności będą w stanie od razu podjąć działania mające na celu rozwiązanie powstałych problemów. Warunek 10 lat doświadczenia i wykazanie się w ciągu tych 10 lat doświadczeniem przy realizacji 3 kontraktów (3 obiekty) jest warunkiem jak najbardziej proporcjonalnym, ponieważ Zamawiający może mieć wówczas pewność, iż przy realizacji przedmiotu zamówienia, będą osoby, które wykażą się wysokim profesjonalizmem w swojej branży oraz zapewnią jego

terminowość. Konkludując, Zamawiającemu zależy, aby w postępowaniu przetargowym uczestniczyły podmioty, które realizowały podobne zadania i które wykazały się na tym polu całkowitym sukcesem." Jednocześnie podał, że (...) Tym niemniej wychodząc naprzeciw oczekiwaniom obydwu wykonawców, którzy złożyli odwołania, a zarazem mając na uwadze swoje ww. obiektywne i uzasadnione potrzeby Zamawiający jest gotów złagodzić swoje wymagania wobec doświadczenia Eksperta 4 -Kierownika Budowy". Skutkiem tego, po uwzględnieniu odwołania Inżynierii Rzeszów S.A., Zamawiający w zakresie spornego punktu (...) będzie wymagał, aby Kierownik Budowy posiadał, co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert), w tym, co najmniej 5 lat na stanowisku kierownika budowy z zakresu budowy lub rozbudowy (przebudowy) lub modernizacji oczyszczalni ścieków i wykonał w wykazanym czasie swojego doświadczenia minimum 3 kontrakty. Tego rodzaju rozwiązanie stanowi rozsądny kompromis pomiędzy minimalnymi wymaganiami Zamawiającego wobec względem Eksperta 4 - Kierownika Budowy, wynikającymi z jego obiektywnych i uzasadnionych potrzeb a postulatami Odwołującego zmierzającymi do obniżenia tych wymagań. Tym samym nie można zarzucić Zamawiającemu kształtowania warunków udziału w Postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ~ co czyni zarzut Odwołującego bezprzedmiotowym". Stwierdził jednocześnie, że uwzględnienie żądania i dalsze obniżenie wymagań dotyczącego Eksperta 4 - Kierownika Budowy do minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy z zakresu budowy oczyszczalni ścieków na min. 1 kontrakcie nie może być uwzględnione. Zdaniem Zamawiającego, doświadczenia zawodowego Kierownika budowy przy tak specyficznej inwestycji jak ta objęta niniejszym Postępowaniem nie można zdobyć przez wykonanie jednego kontraktu. Podkreślił, że doświadczenie zawodowe w każdej dziedzinie zdobywa się przez wielokrotne wykonywanie, powtarzanie zamówień i uwzględnienie żądania Odwołującego, co do doświadczenia Eksperta 4 - Kierownika Budowy prowadzioby do obniżenia uzasadnionych wymagań Zamawiającego poniżej niezbędnego minimum oraz do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż w konsekwencji opis warunków udziału w postępowaniu zostałby ukształtowany wyłącznie w celu uprzywilejowania konkretnego wykonawcy - czyli Odwołującego - na co Zamawiający nie może przystać. Ponownie podkreślił (...), że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym ze względu na postulat szybkości i ekonomiki procesowej, wynikająca z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz rozwinięta w art. 190 ust. 1 Pzp zasada rozkładu ciężaru dowodu winna być konsekwentnie egzekwowana wraz z wynikającymi z niej skutkami procesowymi. Podsumowując, Zamawiający stwierdził, (...) że żaden z podniesionych przez Odwołującego zarzutów nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, który nie daje podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wymienionych w Odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając niniejsze odwołanie, Izba uwzględniła dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz dyrektywę z przepisu art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnik postępowania odwoławczego mają obowiązek wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Rozpatrując z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba uwzględniła również przepis art. 180 ust.3 ustawy, Pzp zgodnie, z którym (...) Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. W niniejszej sprawie Izba miała także na względzie przepis art. 186 ust.2 w związku z art. 185 ust.6 zgodnie, z którym zamawiający może uwzględnić odwołanie i w takim przypadku Izba zobowiązana jest umorzyć postępowanie odwoławcze, w tych przypadkach, gdy po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego – jak w sprawie sygn. akt: KIO 1029/13 – żaden z wykonawców. To oznacza z kolei [art. 185 ust.6 ustawy Pzp], że wykonawca wezwany, w tym przypadku Odwołujący, nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności wykonanych w niniejszej postępowaniu na podstawie art. 186 ust.2 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na wymaganie od wykonawców zastosowania urządzenia opisanego w sposób preferujący jednego producenta [pkt 2.8.1.6 str 64 i str 65 PFU];
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z uwagi na wymaganie od wykonawców wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania oraz w zakresie budowy, nabytych w ramach jednej umowy, z wykluczeniem wiedzy i doświadczenia, nabytych w zakresie projektowania oraz w zakresie wykonania robót budowlanych w ramach osobnych umów [pkt 7.1.2 cz. I SIWZ];

3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na postawienie względem Kierownika Budowy wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia [pkt pkt 7.1.3.3 cz.I SIWZ.

Rozpoznając zarzuty w zakresie wskazanym, Izba miała w szczególności na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie modernizacji i rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach oraz, że powyższe dotyczy inwestycji o wartości 20 mln, która ma być eksploatowana przez następnych 50 lat, a prowadzone postępowanie zmierza do wdrożenia jednej z obecnie najnowocześniejszych technologii słonecznego suszenia odpadów. Izba miała również na uwadze, że przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu obejmuje wykonanie projektu budowlanego, uzyskanie pozwolenia na budowę oraz innych niezbędnych a wymaganych prawem decyzji, pozwoleń, zezwoleń, uzgodnień i opinii, sporządzenie projektów wykonawczych, a następnie wykonanie robót łącznie z przeprowadzeniem rozruchu wszystkich bloków technologicznych w oparciu o w/w projekty i dokumenty stanowiące Kontrakt oraz dokumentację powykonawczą wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Również zdaniem Izby dokonując oceny ustalonych warunków, nie można pomijać restrykcyjnych wymogów wynikających z przepisów o ochronie środowiska, a dotyczących oddziaływania na środowisko oczyszczalni po zmodernizowaniu i rozbudowie. Wykonawca również projektując oraz realizując rozbudowę i modernizację oczyszczalni musi uwzględnić fakt, że w czasie prowadzenia robót budowlanych - modernizacyjnych - istniejąca oczyszczalnia – jak podnosił Zamawiający - będzie cały czas eksploatowana i nie może zostać wyłączona, a zatem zastosowane rozwiązania projektowe i organizacji robót powinny zabezpieczyć - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - pracę istniejącej oczyszczalni w całym okresie robót modernizacyjnych i budowy nowych obiektów. Ponadto – jak wskazywał Zamawiający - wielkość i ukształtowanie nowoprojektowanych obiektów ma zapewnić spełnienie wszystkich wymagań technologicznych i użytkowych, uwarunkowań konserwatorskich oraz uzyskanie optymalnej lokalizacji wraz z innymi koniecznymi obiektami towarzyszącymi na terenie przewidzianym pod zabudowę dla tego zadania. Realizując ten projekt wykonawca szczególną uwagę musi poświęcić zmianom technologii oczyszczania ścieków proponowanej przez Zamawiającego. Modernizowana i rozbudowywana oczyszczalnia ścieków powinna mieć możliwość oczyszczenia ścieków do wymaganych parametrów dla obecnie notowanych ilości i jakości ścieków (patrz pkt. 1.2.2. PFU) jak i dla wartości prognozowanych”.

Odnosnie pierwszego z zarzutów, dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp [wymaganie od wykonawców zastosowania urządzenia opisanego w sposób preferujący jednego producenta oraz braku możliwości stosowania

urządzeń i rozwiązań prototypowych] Izba stwierdza, że zarzut ten nie podlega uwzględnieniu. Izba przede wszystkim ustaliła, że wnoszący odwołanie wykonawca nie udowodnił, że rozwiązanie techniczne zaproponowane w PFU, dotyczące wymaganej przewracarki osadu, może spełnić tylko jeden wskazany w odwołaniu wykonawca - przedsiębiorstwo THERMO-SYSTEM Industries & Trocknungstechnik GmbH i tym samym zarzut preferowania jednego producenta jest bezpodstawny. W toku rozprawy – wbrew twierdzeniom Odwołującego – bezspornie ustalono, że na rynku krajowym to przedsięwzięcie może zrealizować, co najmniej dwóch wykonawców, a mianowicie wskazane przez Odwołującego - przedsiębiorstwo THERMO-SYSTEM Industrie & Trocknungstechnik GmbH, jak również wskazana przez Zamawiającego firma Huber Technology sp. z o.o. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że ograniczenie konkurencji, w kontekście normy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp bada się przede wszystkim na rynku właściwym, tj. rynku określonych dóbr i usług, oraz w określonym czasie, który obejmuje nie tylko konkurujących wykonawców polskich działających na rynku krajowym. Zamawiający, publikując Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, skierował zaproszenie zarówno do wykonawców działających na rynku krajowym, jak również do potencjalnie nieograniczonej liczby wykonawców prowadzących działalność, co najmniej na rynku Unii Europejskiej. Skoro, zatem na polskim rynku są oferowane dane produkty, (przez co najmniej 2 różne firmy), spełniające warunki określone w PFU, to tym samym Odwołujący w istocie nie wykazał, iż w niniejszym Postępowaniu przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który uniemożliwia wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i powoduje tworzenie nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję. W tym przypadku wymaga podkreślenia, że postępowanie przed Izbą, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, jest postępowaniem kontradyktoryjnym i z istoty tego postępowania wynika, że obowiązek wskazywania dowodów na okoliczność stwierdzenia danego faktu dotyczy tej strony postępowania i uczestnika postępowania, który z takiego faktu wywodzi określone skutki prawne. Wykonawca nie udowodnił, że kwestionowane wymaganie w PFU nie ma charakteru obiektywnego, wynikającego z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w zakresie najważniejszych funkcji technicznych i technologicznych pracy suszarni, które gwarantują uzyskanie pożądanego efektu ekologicznego. Wymaga – za orzecznictwem -podkreślenia, że Zamawiający ma prawo do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, który odpowiada jego obiektywnym, uzasadnionym potrzebom. Okoliczność, że Odwołującemu będzie trudniej dostosować się - niż niektórym innym potencjalnym wykonawcom - do wymagań Zamawiającego w zakresie rozwiązań techniczno - technologicznych przewracarek osadu i technologii suszenia, zapewniających uzyskanie wymaganych efektów technologicznych, nie może być samoistną podstawą do skutecznego zakwestionowania uprawnienia zamawiającego do ukształtowania tych wymagań w

dostosowaniu do zrelatywizowanej sytuacji Odwołującego, z pominięciem potrzeb Zamawiającego. W konkluzji Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, aby sporny warunek, obiektywnie utrudniał bądź uniemożliwiał ubieganie się o zamówienie wykonawcom, potencjalnie zainteresowanym udziałem w postępowaniu. W związku z powyższym nie jest możliwe uwzględnienie żądań Odwołującego w przedmiocie: (...) Wykreślenia dotychczasowego punktu 2.8.1.6 część pn.: „Opis technologii suszenia” akapit trzeci, s. 64 PFU, tj. wykreślenie z PFU zapisów dotyczących wymogu prowadzenia procesu suszenia i ewakuacji osadu w sposób automatyczny a jednocześnie z dopuszczeniem ręcznego procesu przegarniania. Izba w tym przypadku podzieliła pogląd Zamawiającego, że żądane ręczne przegarnianie osadu wysuszonego na początek hali komplikuje eksploatację suszarni i nie jest zgodne z obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Tak ukształtowany warunek umożliwia (...), aby proces suszenia był prowadzony w sposób zautomatyzowany, wygodny i bezpieczny dla Zamawiającego i obsługi ze względu na wymogi BHP oraz ciągłości prowadzenia procesu (praca wewnątrz suszarni w uciążliwych warunkach - wysoka temperatura i zapylenie). Ponadto trudno byłoby obiektywnie wymagać od potencjalnego zamawiającego, aby projektując proces suszenia ręcznie, zakładał wzrost kosztów eksploatacyjnych związany ze zwiększeniem liczby etatów do obsługi. Nie można również odmówić Zamawiającemu – w okolicznościach niniejszej sprawy - prawa do wymagania zastosowania rozwiązania w pełni zautomatyzowanego, z zastosowaniem urządzenia sprawdzonego w praktyce, pozbawionego jakichkolwiek wad. Izba zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie [w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp] wskazano na art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na wymaganie od wykonawców zastosowania urządzenia opisanego w sposób preferujący jednego producenta i tylko w takim zakresie ten zarzut w zw. z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 180 ust.3 ustawy Pzp mógł być przez Izbę rozpatrywany. Odnosząc się, zatem do tego zarzutu w części związanej z żądaniem usunięcia części dotychczasowego brzmienia punktu 2.8.1.6 część pn.: „Automatyczna przewracarka” (s. 65 PFU), poprzez wykreślenie z PFU warunku dotyczącego wykluczenia stosowania przez Wykonawcę urządzeń i rozwiązań prototypowych”, zdaniem Izby – tak jak stwierdził Zamawiający - nie jest w interesie Zamawiającego stosowanie technologii niesprawdzonych i takich, które ze względu na wykonaną inwestycję mogą narazić mieszkańców na rezultaty związane z prototypowymi rozwiązaniami, czy różnego rodzaju eksperymentami (wydzielanie się odorów, zapylenia, możliwość przestojów technologicznych na skutek awarii itd.). Z kolei wymaganie dotyczące przedłożenia – na etapie projektowania i ostatecznego wyboru technologii suszenia - listu referencyjnego od użytkownika technologii, uwzględniającego wymogi prowadzenia procesu suszenia zaproponowane w PFU nie jest - w ocenie Izby wymaganiem - wygórowanym, albowiem jego przedłożenie jest możliwe przez każdego wykonawcę legitymującego się taką referencją. Również argumentacja, co do wymogu

zastosowania klap uchylnych nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku Izba zwraca uwagę, że Raport Oddziaływania na Środowisko z 2011 roku wykonany został na podstawie poprzedniej koncepcji technologicznej sporządzonej przez firmę Eurotech w 2009 roku. Ta koncepcja nieuwzględniała najnowocześniejszych aktualnie rozwiązań, między innymi oczyszczania powietrza z hal suszarniczych i tym samym Zamawiający miał prawo zweryfikować początkowe założenia koncepcyjne dotyczące grawitacyjnego układu wentylacji i braku oczyszczania powietrza z suszarni. Zamawiający nie wymienił w PFU szczegółowej liczby wentylatorów, będących integralną częścią systemu suszenia, a tylko opisał ich funkcje działania i tak jak podał, liczba wentylatorów, ich moc jak i zużycie energii oraz budowa i wykonanie będą przedmiotem oceny technicznej przez Zamawiającego oraz odpowiedniej punktacji przy ocenie oferty [vide załącznik 12 do specyfikacji].

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 rozporządzenia Izba stwierdza, że z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia żądanie wykazania doświadczenia w systemie „zaprojektuj i wybuduj” jest obiektywnie uzasadnione. Taki możliwy sposób realizacji robót budowlanych wynika z art. 2 pkt 8 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Pzp. W myśl tych przepisów system „zaprojektuj i wybuduj” to formuła, w ramach której, jeden podmiot wykonuje prace projektowe jak i budowlane w jednym zadaniu na podstawie jednego zamówienia. Ponadto wskazany art. 2 pkt 8 ustawy Pzp stanowi jednocześnie definicję robót budowlanych i zgodnie z tym przepisem pojęcie robót budowlanych, może dotyczyć nie tylko wyłącznie wykonania robót, ale również może dotyczyć zaprojektowania i wykonania robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Izba dodatkowo stwierdza, że system „zaprojektuj i wybuduj” jest metodą, wymagającą od wykonawcy dodatkowej wiedzy oraz doświadczenia, co do kwalifikacji zawodowych i kompleksowej znajomości procesu budowlanego. W przypadku, bowiem takiego zamówienia na jednym wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający jest uprawniony do wymagania od wykonawców biorących udział w postępowaniu posiadania doświadczenia zarówno w projektowaniu, jak i wykonywaniu robót budowlanych, w szczególności, co do najważniejszej roboty budowlanej, albowiem przedmiot zamówienia – modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków - ma być realizowany w systemie "zaprojektuj i wybuduj". Rozpoznając ten zarzut Izba miała również na uwadze zmiany, jakie Zamawiający skutkiem uwzględnienia w całości odwołania Inżynierii Rzeszów S.A., będzie zobowiązany wprowadzić w zakresie tego warunku do Ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji. W tym przypadku – jak podał zamawiający w toku rozprawy – modyfikacja spornego postanowienia

nastąpi poprzez rozdzielenie wymagania w zakresie projektowania (usług) oraz w zakresie budowy (robót budowlanych) odnośnie suszarni odpadów o określonych parametrach, które to obiekty nie są główną robotą budowlaną w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Zatem tylko usługa, co do najważniejszej roboty budowlanej, polegająca na zaprojektowaniu i wybudowaniu lub rozbudowie lub modernizacji na podstawie sporządzonego projektu oczyszczalni ścieków komunalnych o określonych parametrach i dopuszczonej do użytkowania, będzie musiała być wykonana w ramach jednego zadania „zaprojektuj i wybuduj” lub w ramach dwóch zadań - „zaprojektuj” i na podstawie projektu „wybuduj”, ale w zakresie tego samego obiektu. Zdaniem Izby – tak jak podkreśla się w orzecznictwie - Zamawiający ma prawo i obowiązek tak opisać warunki udziału w postępowaniu, aby dopuścić do niego wykonawców dających rękojmię należytego wykonania umowy. Uprawniony jest, zatem do żądania wylegitymowania się doświadczeniem w realizacji zamówień odpowiadających swoją skalą i złożonością przedmiotowi zamówienia.

Celem ustalonego warunku udziału w postępowaniu jest wskazanie minimalnej granicy, poniżej której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia w sposób pożądaný przez zamawiającego i zgodnie z jego obiektywnymi potrzebami i tym samym żądanie obniżenia tej granicy zmierza w konsekwencji do jego ustalenia w sposób, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę.

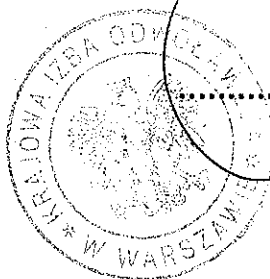
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że wykonawca kwestionując wymaganie nie uprawdopodobnił, że realizacja jednego kontraktu dostatecznie potwierdza wymagane doświadczenie przy realizacji tego zamówienia. W tym przypadku – w wyniku uwzględnienia w tej części odwołania wniesionego przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. [(...) będzie wymagał, aby Kierownik Budowy posiadał, co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert), w tym, co najmniej 5 lat na stanowisku kierownika budowy z zakresu budowy lub rozbudowy (przebudowy) lub modernizacji oczyszczalni ścieków i wykonał w wykazanym czasie swojego doświadczenia minimum 3 kontrakty] – wnoszący odwołanie podtrzymał zarzut, co do wymaganej w kwestionowanym warunku liczby kontraktów, żądając ograniczenia tej liczby do jednego kontraktu w miejsce trzech. Zdaniem Izby, doświadczenia zawodowego kierownika budowy przy tak specyficznej inwestycji, jak objęta niniejszym Postępowaniem nie można nabyć przez wykonanie jednego kontraktu, dodatkowo na bliżej nieokreślonej inwestycji i przy bliżej niesprecyzowanym zakresie realizowanych zadań. Izba uwzględniała również, że Zamawiający stawiając wymogi dla kierownika budowy kierował się warunkami szczególnymi dla przedmiotowego postępowania, a mianowicie, ze względu na ogromny zakres przedsięwzięcia, na roboty budowlane w trudnych warunkach - pracujący obiekt, oraz niezbyt długi termin realizacji od momentu podpisania umowy. Zatem

niedostateczne doświadczenie na tym stanowisku mogłoby być jednym z głównych powodów m.in. nie dotrzymania terminu realizacji przedmiotowego zamówienia, wynikających np., w razie wyższej konieczności, z braku umiejętności podjęcia niezwłocznych trafnych działań, mających na celu rozwiązanie powstałych problemów. Uwzględnienie, tym samym żądania Odwołującego, co do doświadczenia Eksperta 4 - Kierownika Budowy, prowadziłoby do obniżenia uzasadnionych wymagań Zamawiającego poniżej niezbędnego minimum oraz do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż w konsekwencji opis warunków udziału w postępowaniu zostałby ukształtowany w dostosowaniu do Odwołującego. Ponownie należy podkreślić, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym ze względu na postulat szybkości i ekonomiki procesowej, wynikająca z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz rozwinięta w art. 190 ust. 1 Pzp zasada rozkładu ciężaru dowodu winna być konsekwentnie egzekwowana wraz z wynikającymi z niej skutkami procesowymi.

W konkluzji Izba stwierdza, że podniesione przez Odwołującego zarzuty nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, i tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia podnoszonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).



[Handwritten signature]

Na wygnaniu dnia roku p.p.p.p.

Za zgodność

WICEPREZES
Izby Odwoławczej

[Handwritten signature]
Anna Budzik