

WYROK

z dnia 6 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę AARSLEFF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nowa Dęba

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża AARSLEFF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez AARSLEFF Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2722/21

Zamawiający - Gmina Nowa Dęba prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. Bezwykopowa renowacja odcinków kanalizacji na terenie TSSE Nowa Dęba - Etap I na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 8 września 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00173673. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - AARSLEFF Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 pkt 1 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia naruszając zasadę uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 99 ust. 4. Zgodnie zaś z art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do takiego ograniczenia doszło, bowiem Zamawiający wykluczył możliwość stosowania żywic poliestrowych pozostawiając możliwość zastosowania żywic epoksydowych, przy czym zastosowanie obu z tych żywic prowadzi do osiągnięcia tych samych żądanych przez Zamawiającego parametrów technicznych wykonanej renowacji, a w sposób nieuzasadniony ogranicza udział wykonawców wykonujących renowację kanalizacji metodą bezwykopową z zastosowaniem rękawów nasączonych żywicą poliestrową. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia preferując jednych wykonawców, jednak zawsze taki opis przedmiotu zamówienia musi uwzględniać obiektywne potrzeby zamawiającego. W przypadku niniejszego postępowania nie można mówić o obiektywnych potrzebach Zamawiającego zastosowania jednego z rodzajów żywic (żywice epoksydowe) z wykluczeniem innego rodzaju żywic (żywice poliestrowe), bowiem obie z tych żywic nie tylko spełniają normy wskazane przez Zamawiającego, ale także przy zastosowaniu obu z nich wykonawca osiągnie dokładnie te same parametry techniczne wskazane szczegółowo przez Zamawiającego.

2. Art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji Jak wskazuje ww. przepis zamawiający przygotowuje przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Na etapie przygotowania postępowania oznacza ona przede wszystkim zakaz ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez określanie nadmiernych warunków podmiotowych lub wymagań przedmiotowych i tym samym zawężanie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, w sposób odpowiadający potrzebom zamawiającego i przepisom prawa. Zamawiający określił potrzeby w zakresie uwarunkowań technicznych, jakie mają zostać osiągnięte poprzez wykonanie bezwykopowej renowacji sieci kanalizacyjnej. W sposób nieuzasadniony Zamawiający ograniczył krąg wykonawców do tych, którzy wykonają tę renowację przy użyciu rękawów filcowych nasączonych żywicami epoksydowymi na budowie, wykluczając wykonawców stosujących rękawy nasączone fabrycznie żywicami poliestrowymi, gdzie obie te żywice mogą być stosowane w sieci kanalizacyjnej, spełniają normy i zapewniają osiągnięcie parametrów technicznych stawianych przez Zamawiającego. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia i dokumentacji technicznej w ten sposób, aby odpowiadały one dyspozycji art 99 ust. 4 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. opisywały przedmiot zamówienia i technologię wykonania robót za pomocą cech technicznych i jakościowych w sposób nieograniczający konkurencji i umożliwiający zastosowania przez wykonawcę do nasączenia rękawa innych rodzajowo żywic np. poliestrowych celem osiągnięcia podanych przez Zamawiającego parametrów technicznych. Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i złożeniu przedmiotowego odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jako wykonawca robót branży bezwykopowej renowacji kanalizacji jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego, a niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego narusza wskazane powyżej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych utrudniając lub wręcz uniemożliwiając Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkada wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia. Szkada, którą poniósł lub może ponieść wykonawca musi być zatem wynikiem naruszenia ustawy przez zamawiającego, czyli wiąże się z uchybieniem przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia na roboty

budowlane prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przewidział, że zgodnie z rozdziałem IV pkt. 1.1) specyfikacji warunków zamówienia szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja techniczna, na którą składa się dokumentacja projektowa, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i przedmiary robót. Przedmiary robót mają charakter pomocniczy i służą do zobrazowania skali robót budowlanych, mają one za zadanie pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów zamówienia. Dokumentacja techniczna zawiera szerszy zakres niż przedmiot zamówienia. Jednocześnie Zamawiający opublikował zapytania i odpowiedzi zadane przez potencjalnych oferentów w postępowaniu RL.271.17.2021, a tym samym, zgodnie z zapisami rozdziału IV pkt. 1.2) specyfikacji warunków zamówienia, wszystkie odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego stały się wiążące w niniejszym postępowaniu i należy je uwzględnić w wycenie oferty.

Zamawiający wskazał, iż w celu remontu kanału sanitarnego proponuje się metodę bezwykopową w technologii rękawów utwardzanych na miejscu, doprecyzowując, iż podstawowym elementem technologii jest rękaw filcowy z zewnętrzną folią PU, PVC lub PP nasączony pigmentowaną żywicą epoksydową.

Jednocześnie, na pytanie jednego z oferentów w unieważnionym postępowaniu, które stanowi część dokumentacji przetargowej, pomimo tego, iż występowała rozbieżność pomiędzy zapisami projektu budowlanego i przedmiarów dopuszczającymi wyłącznie rękaw nasączony żywicą epoksydową a STWiOR dopuszczającym również rękaw nasączony żywicą poliestrową, a także innymi odpowiedziami, nie dopuścił zastosowania innego rodzaju żywic wskazując, iż należy zastosować wyłącznie rękawy nasączone żywicą epoksydową, bez podania uzasadnienia zastosowania takiego ograniczenia tj. ograniczenia polegającego na możliwości nasączania rękawów filcowych wyłącznie żywicą epoksydową, utwardzonych gorącą wodą lub parą wodną. Zamawiający, w związku z podobnymi rozbieżnościami pomiędzy zapisami STWiOR a przedmiarem robót dopuścił do wykonania odcinków kanalizacji o średnicy dn500 na części PT od kolektora do TSSE całkowicie odmienną technologię wykonania, a mianowicie relining modułami dn450 z wypełnieniem przestrzeni międzyrurowej.

Odwolujący, jako doświadczony wykonawca robót w zakresie bezwykopowej renowacji kanalizacji m.in. za pomocą rękawów, przypuszcza jedynie, iż fakt dopuszczenia innej technologii na odcinkach o średnicach powyżej dn500 wynika wyłącznie z faktu, iż zastosowanie rękawa nasączonego żywicą epoksydową na placu budowy o średnicach powyżej dn500 jest bardziej skomplikowane i wymaga od wykonawcy robót posiadania specjalistycznego zestawu mobilnej nasączalni rękawa żywicami epoksydowymi na placu budowy.

W przypadku zastosowania rękawów nasączonych żywicami poliestrowymi nasączenie materiału rękawa żywicą poliestrową następuje w kontrolowanych warunkach fabrycznych

z uwagi na fakt, iż żywica poliestrowa posiada dłuższy czas obrabialności mieszanki i istnieje

możliwość opóźnienia rozpoczęcia reakcji egzotermicznej procesu utwardzania rękawa nasączonego żywicą poliestrową (nawet do 3 tygodni od momentu impregnacji) poprzez obniżenie jego temperatury, co w przypadku nasączania rękawa żywicami epoksydowymi nie

ma miejsca i wynika z krótkiego czasu obrabialności mieszanki żywicy epoksydowej, co

wymusza konieczność jego natychmiastowej instalacji po zakończeniu procesu impregnacji (w czasie do ok. 12 godzin).

Zamawiający ograniczył możliwość zastosowania tylko do jednego rodzaju żywicy i jednego rodzaju rękawa, co prowadzi do znacznego i nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Zamawiający nie przedstawił żadnych obiektywnych powodów, dla których dopuszczono do

zastosowania jedynie rękaw nasączony żywicami epoksydowymi, z niedopuszczeniem

innych rodzaju rękawa oraz innego rodzaju żywicy. Zamawiający ma prawo wymagać określonych i uzasadnionych technicznie parametrów rękawa jako produktu końcowego, czyli żądać różnego rodzaju parametrów końcowego produktu, związanych z jego potrzebami technicznymi, wskazać należy, iż wymóg zastosowania jedynie rękawa nasączonego żywicami epoksydowymi jest nieuzasadniony, gdyż innymi rodzajami rękawa oraz przy zastosowaniu innych żywic można uzyskać dokładnie takie same wszystkie wymogi techniczne, požądane przez Zamawiającego dotyczące rękawa, o czym świadczyć mogą chociażby wyniki badań rękawów, które corocznie przeprowadzane są przez IKT Institut für Unterirdische Infrastruktur gGmbH (Instytutu Infrastruktury Podziemnej).

Ponadto Zamawiający w dokumentacji przetargowej szczegółowo określił parametry techniczne tj. moduł sprężystości krótkoterminowej nie mniejszy niż 3000MPa wg PN-EN

ISO 178, sztywność obwodowa wykładziny nie niższa niż 4kN/m^2 , grubość nominalna ścianki wykładziny w zależności od średnicy naprawianego rurociągu nie mniejsza niż (...), które to parametry spełniają nie tylko rękawy filcowe nasączone żywicą epoksydową, ale również wszystkie opisane powyższej wymagania, tj. minimalną sztywność obwodową, minimalny moduł sprężystości krótkoterminowej oraz minimalne nominalne grubość wykładziny zostaną spełnione przez inne rękawy m.in. rękaw filcowy nasączony żywicą poliestrową (również bezstyrenową), czy rękawy wykonane z włókna szklanego nasączonego żywicą poliestrową, utwardzane promieniami UV. Wszystkie wskazane powyżej rodzaje rękawów posiadają

stosowne dopuszczenia do stosowania w kanalizacji sanitarnej i deszczowej zgodnie

obowiązującą polską normą PN-EN ISO 11296. Tym samym całość wykonanych prac przy zastosowaniu ww. rodzajów rękawów i żywic dobranych przez wykonawcę zostanie przeprowadzona zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami i normami w tym zakresie. Spełniony będzie nie tylko cel inwestycji, jakim jest remont kanałów metodą bezwykopową w technologii rękawów utwardzanych na miejscu, ale również spełnione zostaną wszystkie wymogi statyczno-wytrzymałościowe, w tym także wymogi opisane w punkcie 17. opisu projektu budowlanego tj. stosowane materiały powinny posiadać aktualne świadectwa dopuszczające do stosowania w budownictwie oraz posiadać odpowiednie atesty, prace renowacyjne sieci kanalizacyjnej i studni powinny być wykonywane przez autoryzowanego wykonawcę dysponującego odpowiednią technologią i sprzętem, należy stosować materiały od jednego producenta, w przypadku stosowania jakichkolwiek rozwiązań systemowych należy przy wycenie brać wszystkie elementy danego systemu niezbędne do zrealizowania całości prac, wykonawca robót powinien uzgodnić z inwestorem harmonogram robót pozwalający w maksymalny sposób ograniczyć utrudnienia dla ruchu lokalnego i mieszkańców, renowacje kanałów przeprowadzać z istniejących studzienek kanalizacyjnych, dopuszcza się częściowy demontaż studzienki celu prowadzenia prac renowacyjnych kanału, nie dopuszcza się wykonywania jakichkolwiek wykopów w innych miejscach.

Naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych jest ich dostępność dla wszystkich zainteresowanych i wszystkie ograniczenia tej zasady mogą być stosowane wyjątkowo i wynikać ze szczególnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sformułowany przez Zamawiającego wymóg eliminuje z udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawców, którzy wykonywali i wykonują roboty budowlane dotyczące renowacji kanalizacji ściekowej z zastosowaniem rękawa z włókniny filcowej nasączonego żywicami innymi niż żywice epoksydowe.

Określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winno być dokonane w sposób obiektywny i uzasadnione charakterem danego zamówienia, w szczególności gdy istnieją Polskie Normy szczegółowo opisujące zakres objęty niniejszym postępowaniem, czyli bezwykopową renowację kanalizacji w technologii rękawa, czyli wykładziny utwardzanej na miejscu tj. PN-EN ISO 11296-1 oraz PN-EN ISO 11296-4. Zamawiający winien zachować równowagę pomiędzy swoim interesem polegającym na uzyskaniu rękawami należącego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno Zamawiającemu, drogą ustalania nadmiernych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu. Przedmiot robót stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia nie wyłącza możliwości zastosowania innych rodzajów rękawów nasączonych innym rodzajem żywic, zaś sposób określenia przedmiotu zamówienia prowadzi do niezasadnego ograniczenia konkurencji i eliminowania możliwości wzięcia udziału w postępowaniu podmiotów posiadających zarówno odpowiednie doświadczenie, jak i możliwości techniczne.

W poprzednim postępowaniu złożono 5 ofert, z czego najniższą cenę miała oferta złożona na materiał równoważny, tj. rękaw filcowy nasączony żywicą poliestrową i która była niższa o prawie 40% od najniższej oferty złożonej przez wykonawcę, przewidującej zastosowanie rękawa filcowego nasączonego żywicą epoksydową co w opinii wnoszącego odwołanie może stanowić naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

Efekt realizacji całości inwestycji przy dopuszczeniu każdego rodzaju rękawa będzie tożsamy, a przedmiot zamówienia może zostać zrealizowany przez znacznie większą liczbę wykonawców. Wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczenia eliminuje z postępowania wykonawców, którzy, choć mają doświadczenie w realizacji tego typu robót i takie renowacje przeprowadzali z zastosowaniem innego rodzaju rękawa i żywicy, osiągając te same żądane przez Zamawiającego parametry, nie będą mogli złożyć oferty w niniejszym postępowaniu, bo zastosowanie rękawa nasączonego żywicą epoksydową wymaga nasączenia rękawa na budowie. Nie istnieje żadne uzasadnienie dla możliwości ograniczenia przez Zamawiającego konkurencji w tym zakresie poprzez wykluczenie możliwości stosowania żywic innych niż epoksydowe do nasączenia rękawa, bowiem obie żywice spełniają ww. normy ich dopuszczalności zastosowania w instalacji kanalizacyjnej, a także przy zastosowaniu obu

tych żywic wykonawca osiągnie opisane przez Zamawiającego parametry techniczne.

II Stanowisko Zamawiającego

Pismem z 22 września 2021 r. Zamawiający poinformował, że przychylił się do treści

odwołania w zakresie doboru żywicy do nasączenia rękawa, w związku z tym zmianie ulega ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja warunków zamówienia oraz projekt umowy w zakresie zarzutu dotyczącego wymogu nasączenia rękawa na terenie budowy: „Nasączenie rękawa powinno nastąpić zgodnie z wymogami technologii zalecanej przez producenta. Więcej jeżeli technologia robót wymaga nasączenia na placu budowy to jest to dopuszczalne, jednak nie jest to warunek konieczny do wykonania robót, o ile technologia pozwala na nasączenie rękawa poza placem budowy”.

Następnie, 27 września 2021 r. poinformował, że ze względu, że oddana do renowacji kanalizacja sanitarna znajduje się w pośredniej strefie ujęcia wody, dopuszcza się tylko zastosowanie żywic epoksydowych. W strefie pośredniej ujęcia wody niedopuszczalne jest zastosowanie żywic zawierających styren, ponadto żywice powinny być bezwonne i powinny spełniać wymogi GISCODE REI - brak toksyczności. Postanowienie takie znalazło się w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia z 27 września 2021 r. (sekcja 3. punkt 3.) oraz w rozdziale IV punkt 3 specyfikacji warunków zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o nieuwzględnienie zarzutów w nim zawartych oraz o: odrzucenie odwołania w całości z uwagi na brak interesu Odwołującego, ewentualnie oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów adwokackich według norm prawem przewidzianych.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego uznając, że Odwołujący posiada zdolność wykonania zamówienia zgodnie z technologią wskazaną przez Zamawiającego, bowiem na stronie internetowej firmy AARSLEFF Sp. z o.o. jest zapis, że Odwołujący wykonuje renowacje sieci kanalizacyjnej z wykorzystaniem technologii rękawa utwardzonego gorącą wodą z wykładziną z włókien poliestrowych nasączonych żywicą poliestrową (UP) lub epoksydową (EP) lub winyloestrową (VE). Zatem z tego powodu Odwołujący nie ma interesu w złożeniu odwołania, skoro w swojej ofercie posiada renowacje sieci kanalizacyjnych przy użyciu żywicy epoksydowej, co znaczy, że ma możliwości techniczne w zakresie wykonania zamówienia. Opis zamówienia nie dyskryminuje Odwołującego, bo ten ma możliwości zastosowania żywicy epoksydowej. Kwestie organizacyjne w tym zakresie nie mają znaczenia, tj. czy Odwołującemu łatwiej jest użyć technologii z żywicą poliestrową, czy epoksydową, to jest zagadnienie jego organizacji przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe zasadny jest wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że Odwołujący nie ma interesu w złożeniu odwołania.

Wniosek o oddalenie odwołania jest uzasadniony uzasadnionym interesem Zamawiającego w wykonaniu zamówienia w wykorzystaniu żywicy epoksydowej. Realizację zamówienia poprzedziło wykonanie w 2016 roku przez Firmę GSG INDUSTRIA Sp. z o.o. inspekcji TV i programu funkcjonalno-użytkowego w zakresie sieci kanalizacji sanitarnej na terenie TSSE Nowa Dęba. W opracowanej koncepcji Rozwiązań technicznych w punkcie 2. Miejsce położenia inwestycji zawarto zapisy: „Planowania inwestycja zlokalizowana jest w województwie podkarpackim, w powiecie tarnobrzeskim w mieście Nowa Dęba na terenie Tarnobrzeskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej”, „Miasto Nowa Dęba znajduje się na terenie występowania Obszarów Najwyższej Ochrony występowania zasobów wód podziemnych Głównych Zbiorników Wód podziemnych”.

W punkcie 4. opracowania „Technologie Renowacji bezwykopowej sieci” wykonawca

dokonał porównania technologii CIPP rękawy filcowe utwardzane na miejscu - wykładziny poliestrowe o strukturze filcu nasączone epoksydowymi żywicami termoutwardzalnymi, rękawy filcowe utwardzane na miejscu - wykładziny poliestrowe o strukturze filcu nasączone poliestrowymi żywicami termoutwardzalnymi, W punkcie 5. opracowania „Rekomendacja technologii” zapisano: „jako technologię renowacji kanałów sanitarnych biuro inżynierskie rekomenduje wykładzinę z rur utwardzonych na placu budowy (CIPP) - wykładzina z

włókniny poliestrowej o strukturze filcowej nasączonej żywicą epoksydową utwardzoną gorącą wodą. Głównym czynnikiem, jaki decyduje o przewadze zaproponowanej technologii renowacji kanałów jest brak zawartości w żywicy substancji trujących, które mogłyby się przyczynić do skażenia Obszarów Najwyższej Ochrony i Wysokiej Ochrony Głównych Zbiorników Wód Podziemnych obejmujących teren niemal całego miasta. Żywice epoksydowe w przeciwieństwie do żywic poliestrowych nie zawierają szkodliwego styrenu i nie stanowią zagrożenia dla zasobów wód podziemnych. Specjalne systemy żywic

epoksydowych, posiadające aprobatę PZH są dopuszczone do kontaktu z wodą pitną i stosowane przy renowacji sieci wodociągowych”.

W listopadzie 2017 roku został opracowany przez Firmę Inżynieria Sanitarna - Usługi

projektowe i budowlane projekt Budowlano-wykonawczy bezwykopowej renowacji sieci kanalizacyjnej na terenie TSSE Nowa Dęba w oparciu o istniejącą inspekcję TV i program funkcjonalno-użytkowy w zakresie sieci kanalizacyjnej.

W punkcie 4. projektu „Prace renowacyjne - przyjęte rozwiązania projektowe” zapisano: „Podstawowym elementami technologii jest rękaw filcowy z zewnętrzną folią PU, PVC lub PP nasączony pigmentową żywicą epoksydową.” W punkcie 8. projektu „Renowacja kanału za pomocą rękawa uszczelniającego utwardzonego na miejscu” zapisano: stosować żywice nie zawierające styrenu, żywice stosowane do impregnacji powinny spełniać wymogi GISCODE REI - brak toksyczności. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu trzyma się ściśle zapisów z opracowanej dokumentacji tj. PFU i projektu budowlano-wykonawczego mając na uwadze ochronę zasobów wodnych.

Niezależnie od przyjętej przez projektantów ochrony zasobów wodnych ochrona ta wynika ze zlokalizowania prac renowacyjnych na terenie strefy pośredniej ochrony ujęcia wody podziemnej dla zaopatrzenia Miasta i Gminy Nowa Dęba ustanowionej rozporządzeniem nr 15/2012 Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Krakowie (Dziennik Urzędowy Województwa Podkarpackiego z 2021 r., poz. 3190). Rozporządzenie to ma na celu przeciwdziałanie mogącemu powstać zagrożeniem zanieczyszczenia wód opadowych i gruntowych i przedostaniem się zanieczyszczeń do głównego zbiornika wody GZWP 425. Do takich zanieczyszczeń zaliczyć należy styren.

Zawarty w żywicach poliestrowych styren jako reaktywny rozpuszczalnik używany jest do ich utwardzania. Teoretycznie cały styren powinien wchodzić w reakcję podczas utwardzania żywicy, jednak podczas procesu instalacji rękawów CIPP istnieje potencjalne zagrożenie wypłynięcia styrenu z powierzchni wewnętrznej lub zewnętrznej wykładziny i skażenia wody gruntowej oraz wody technologicznej, a także ścieków, względnie wód opadowych. Zamawiający jest szczególnie wyczulony na możliwość wystąpienia zanieczyszczenia wód ujęcia wody, gdyż w studniach głębinowych ujęcia zlokalizowanych na kierunku spływu wód do Głównego Ujęcia z terenu TSSE Podstrefa Nowa Dęba występuje zanieczyszczenie wody substancjami organicznymi w postaci trichloroetenu i tetrachloroetenu w ilościach przekraczających dopuszczalne stężenia dla wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi (> 10 pg/dm³). O rozmiarze i skali oddziaływania zanieczyszczenia świadczy fakt zakwalifikowania tej katastrofy przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska do grupy „bomb ekologicznych”. Dla zapewnienia dostawy wody dla Miasta i Gminy Nowa Dęba wyłączono 3 studnie z systemu zaopatrzenia w wodę oraz odwiercono 2 studnie na trasie spływu, stworzono optymalne warunki do czasowego zatrzymania zanieczyszczeń na granicy zbiornika GZWP 425. Kierunek spływu zanieczyszczenia rozpuszczonego przez wody opadowe i gruntowe pokrywa się z kierunkiem trasy remontowanych rurociągów. Obecnie trwa w Przedsiębiorstwie Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. w Nowej Dębie (spółka w 100% gminna) II etap projektu „Poprawa zaopatrzenia w wodę i jej jakości dla Gminy Nowa Dęba - etap II”. Zatem każde, nawet najmniejsze zanieczyszczenie ujęcia wody może spowodować wyłączenie z użytku jedyne źródła dla całej gminy. Żywice epoksydowe są materiałem naturalnym, więc ich użycie nie niesie za sobą żadnych niebezpieczeństw dla ujęcia wody.

Nie jest uzasadniony zarzut ograniczania konkurencji poprzez wymóg stosowania żywicy epoksydowej. Żywica epoksydowa jest powszechnie stosowanym materiałem. Tylko pobieżne wyszukanie firm mogących przystąpić do przetargu, poprzez wyszukanie internetowe wskazuje, że usługi w zakresie jak w zamówieniu świadczą, oprócz Odwołującego, także inni wykonawcy - uszczelnianie rur kanalizacyjnych jest działalnością specjalistyczną, ale można wskazać po zapisach na stronach internetowych co najmniej 10 firm mogących przystąpić do przetargu. W pierwszym przetargu ofertę złożyły 4 firmy, co wynika z informacji z otwarcia ofert. Zatem zarzut naruszenia konkurencyjności jest nieuzasadniony.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony

prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jakkolwiek bowiem, jak wskazał Zamawiający, Odwołujący sam na swojej stronie internetowej reklamuje się, że wykonuje również renowacje sieci kanalizacyjnych przy użyciu żywicy epoksydowej, co znaczy, że ma możliwości techniczne w zakresie wykonania zamówienia, a zatem podstawę do wniesienia odwołania podważa, niewykluczone jest także, jak wskazał podczas rozprawy pełnomocnik Odwołującego, że Odwołujący już prac w tej

technologii nie wykonuje.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.

Art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi zaś, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Przedmiotem sporu jest wymóg specyfikacji warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, który w wersji ostatecznej na dzień rozprawy brzmiał: „Ze względu, że oddana do renowacji kanalizacja sanitarna znajduje się w pośredniej strefie ujęcia wody, dopuszcza się tylko zastosowanie żywic epoksydowych. W strefie pośredniej ujęcia wody niedopuszczalne jest zastosowanie żywic zawierających styren, ponadto żywice powinny być bezwonne i powinny spełniać wymogi GISCODE REI - brak toksyczności.” (sekcja 3. punkt

3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdział IV punkt 3 specyfikacji warunków zamówienia). W swoim stanowisku Zamawiający podkreślał zaś, że zastosowanie żywic epoksydowych w specyfikacji warunków zamówienia wynika z tego, że taki rodzaj żywicy został uznany za optymalny i ostatecznie przewidziany przez projektanta w dokumentacji, a także na chęć uniknięcia styrenu, który towarzyszy żywicom poliestrowym.

W ocenie Izby sporne postanowienie specyfikacji warunków zamówienia nie narusza art. 99 ust. 4, a tym samym również art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazano w art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, donosząc powyższe w szczególności do wskazywania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Zamawiający natomiast odniósł się do pewnego powszechnie stosowanego, w budownictwie i nie tylko, materiału, który może zastosować każdy wykonawca - jeżeli tylko posiada odpowiednie umiejętności i narzędzia. Decyzja o zastosowaniu tego materiału była podjęta świadomie i racjonalnie, nieprzypadkowo i wynikała z wcześniejszych analiz oraz wiedzy projektanta, który taki rodzaj materiału wybrał.

Nie jest przy tym niczym wyjątkowym w robotach budowlanych (czy usługach), że projektant przy projektowaniu wybiera konkretny rodzaj materiałów, jak też, że należy posiadać

specjalistyczny sprzęt do zastosowania danej wymaganej technologii albo wyszkolonych pracowników - z tego też powodu zamawiający zlecają wykonywanie robót czy usług firmom specjalistycznym zamiast wykonywać je własnymi siłami.

Technologia nasączania rękawów żywicą epoksydową nie stanowi też „szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę”, a tym samym „uprzywilejowującego lub wyeliminującego niektórych wykonawców” w rozumieniu tego przepisu, bowiem nie stanowi technologii opatentowanej i eksploatowanej przez jednego konkretnego producenta, lecz jest dostępna dla każdego zainteresowanego wykonawcy - w tym sensie, że każdy zainteresowany wykonawca może dokonać inwestycji w swój rozwój i posiadaną technologię lub oferowany zakres usług, by móc tą technologią się posługiwać. Jeżeli nie robi tego z określonych przyczyn - finansowych, organizacyjnych, technicznych itp. i woli posługiwać się inną technologią, jak np. rękawów nasączanych żywicą poliestrową, to jest to jego decyzją biznesową, nie zaś naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych przez zamawiającego. Jak wynika z informacji zawartej na stronie internetowej Odwołującego, wskazanej przez Zamawiającego, Odwołujący - co najmniej w przeszłości - taką technologią jak wymagana przez Zamawiającego się posługiwał, zatem, jeśli obecnie z niej zrezygnował lub jeśli co prawda się nią posługuje, lecz nie uważa za stosowne zaoferowanie jej w kanalizacji Zamawiającego, jest to jego decyzją organizacyjną.

Kwestia tego, czy żywice epoksydowe są droższe o 40% od żywic poliestrowych nie ma w kontekście zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji znaczenia - to decyzja Zamawiającego, jaką kwotę jest w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia. A nawet można tę kwestię rozpatrzyć w przeciwnym kierunku - dopuszczenie materiałów o nieporównywalnej cenie taką równą konkurencję utrudnia. Zatem również sam fakt, że

Odwołujący chciałby zaoferować żywicę tańszą, aby również jego oferta była tańsza w stosunku do ofert konkurentów oferujących żywice epoksydowe, nie zasługuje na ochronę.

Zamawiający wskazał także, że powodem, dla którego nie dopuszcza proponowanej przez Odwołującego żywicy poliestrowej, jest zawartość styrenu. Odwołujący co prawda w odwołaniu napomknął, że istnieją żywice poliestrowe bezstyrenowe, lecz w żaden sposób nie kontynuował tego wątku, a zwłaszcza nie wykazał, że są one możliwe do zastosowania w tym przypadku, jak też, że spełniają również inne wymienione przez Zamawiającego wymogi np. bezwonności i braku toksyczności. Sama zaś kolejność działań Zamawiającego, tj. początkowe przychylenie się do żądania Odwołującego, a następnie powrót do wcześniejszego stanowiska ze wskazaniem przyczyn takiego żądania pokazuje, w ocenie Izby, że powyższa kwestia braku styrenu jest dla Zamawiającego istotna.

W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zarzucanych Zamawiającemu naruszeń i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia

odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Zamawiający nie złożył żadnego wniosku kosztowego. W związku z powyższym Izbą uwzględniona uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych.

Przewodniczący: