Sygn. akt KIO 2085/17

WYROK
z dnia 18 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2017 r. przez wykonawcę: **Zakład Produkcyjno Usługowy M. P. R. P. Sp. z o.o., ul. (...), M.**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **V. E. Ł. S.A., ul. (...), Ł.**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Zakład Produkcyjno Usługowy M. P. R. P. Sp. z o.o., ul. (...), M., i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Zakład Produkcyjno Usługowy M. P. R. P.Sp. z o.o., ul. (...), M. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy: Zakład Produkcyjno Usługowy M. P. R. P. Sp. z o.o., ul. (...), M. na rzecz zamawiającego: V. E. Ł. S.A., ul. (...), Ł. kwotę 3 600 zł (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 2017 r. poz. 1579) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 2085/17

Uzasadnienie

Zamawiający – V. E. Ł. S.A. z siedzibą w Ł. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - roboty budowlane pn.
Przebudowa sieci ciepłowniczej w Ł. w celu ograniczenia emisji CO2 i poprawy efektywności energetycznej - Etap I cz. 1 w podziale na zadania:
1. Zadanie 1: Modernizacja wodnej sieci ciepłowniczej od (…) do (...) - etap 2 od (...)151 do K-3306
2. Zadanie 2: Modernizacja wodnej sieci ciepłowniczej z (…) kierunek północ os. (…) "L" wraz z przyłączami - etap 2 z (…) wraz z przyłączami;
Nr referencyjny: (…).

– na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp", „ustawa" lub „Pzp".

Ogłoszenie zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2017 r. pod numerem (…) .

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ostała udostępniona na stronie internetowej zamawiającego: (…).

Odwołujący – wykonawca: Zakład Produkcyjno Usługowy M. P. R. P. Sp. z o.o. z siedzibą w M. – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,

odwołanie wobec treści SIWZ, tj.:
1) opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w Części III SIWZ pkt 4 ppkt 4.6.8 lit. c) Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, zgodnie z którym: *„Wartości dopuszczalne rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych (...) c) < 1 MΩ wielkość graniczna dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady”,* który w ocenie odwołującego został sporządzony w sposób naruszający art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy;
2) ustalenia warunków realizacji przedmiotu zamówienia w Części II SIWZ - Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego - w § 11 ust. 4 i 5, zgodnie z którym: *„4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji poniżej 1 MΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki. 5. W przypadku nie wywiązania się Wykonawcy z obowiązków, o których mowa w ust 3 i 4 powyżej, Zamawiający będzie miał prawo do usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania zgody sądu*

powszechnego, niezależnie od naliczenia kar umownych z tego tytułu”, które w ocenie odwołującego zostały ustalone w sposób naruszający art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy – art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 przez:
a) dokonanie w Części III SIWZ pkt 4 ppkt 4.6.8 lit. c) Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny i nader rygorystyczny z pominięciem istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak również w sposób naruszający uczciwą konkurencję, wyrażający się tym, że zamawiający wymaga od wykonawców, aby *„Wartości dopuszczalne rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych wynosiły (...) c) < 1 MΩ wielkość graniczna dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady”,* w sytuacji gdy uwarunkowania techniczne i dostępne na rynku urządzenia stwarzają możliwość pewnej i dokładnej lokalizacji zawilgoceń dla rezystancji o wartości poniżej 20 kΩ, zaś specyfika i charakter zamówienia nie uzasadnia potrzeby określenia wartości dopuszczalnej rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych < 1 MΩ dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji;
b) ustalenie we wzorze umowy warunków realizacji zamówienia przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień § 11 ust. 4 i 5, zgodnie z którymi: *„4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji poniżej 1 MΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki. 5. W przypadku nie wywiązania się Wykonawcy z obowiązków, o których mowa w ust 3 i 4 powyżej, Zamawiający będzie miał prawo do usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania zgody sądu powszechnego, niezależnie od naliczenia kar umownych z tego tytułu”,* w sytuacji, gdy uwarunkowania techniczne i dostępne na rynku urządzenia stwarzają możliwość pewnej i dokładnej lokalizacji zawilgoceń dla rezystancji o wartości poniżej 20 kΩ, zaś specyfika i charakter zamówienia nie uzasadnia potrzeby określenia wartości dopuszczalnej rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych < 1 MΩ dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji.

Odwołujący wniósł o:
1) nakazanie zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia - w Części III SIWZ pkt 4, ppkt 4.6.8 lit. c) - przez usunięcie w całości pkt 4 ppkt 4.6.8 lit. c) SIWZ lub też ewentualnie zastąpienie zakwestionowanego postanowienia Części III SIWZ

postanowieniem o treści: *„Wartości dopuszczalne rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych wynosiły (...) c) ≤ 20 kΩ wielkość graniczna dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku*

rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady";

2) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 11 ust. 4 wzoru Umowy (Cz. II SIWZ) przez usunięcie w całości ust. 4 wzoru umowy o treści: *„4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji poniżej 1 MΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki"* lub też ewentualnie zastąpienie zakwestionowanego postanowienia wzoru umowy postanowieniem o treści: *„4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji ≤ 20 kΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki";*
3) wprowadzenie zmian redakcyjnych w Części II i III SIWZ, będących konsekwencją usunięcia zakwestionowanych postanowień wzoru umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wnioskiem zawartym w pkt 1 i 2;
4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionych na rozprawie);
5) przeprowadzenie dowodów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał okoliczności na potwierdzenie spełniania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy – zamieszczając oświadczenie, że posiada interes *prawny* w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Podniósł, że od wielu lat działa w branży związanej z przedmiotem zamówienia oraz wielokrotnie miał okazję realizować projekty o zbliżonym charakterze. Zasadniczy przedmiot działalności odwołującego obejmuje m.in. świadczenie kompleksowych usług budowlano-montażowych i kompleksowych dostaw preizolowanych rur i kształtek. Prowadzi swoją działalność w zakresie projektowania, produkcji, instalowania i serwisu preizolowanych rur i kształtek do podziemnych i nadziemnych sieci ciepłowniczych oraz rur z PE do sieci wodno-ściekowych i innych instalacji technicznych. Jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu i złożeniem oferty, jednakże z uwagi na zakwestionowane w treści odwołania postanowienia opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy, zarówno on (jak i co do zasady również inni potencjalni wykonawcy), nie może skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia, uzyskać zamówienia i zawrzeć umowy na jego realizację (zostanie to szerzej omówione w uzasadnieniu zarzutów). W ocenie odwołującego, przedstawione okoliczności uprawniają go do wniesienia środka ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym zarzutów odwołania, odwołujący wskazał, że zamieszczone w Części III SIWZ pkt 4 ppkt 4.6.8 lit. c) Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w § 11 ust. 4 i 5 wzoru umowy, postanowienia wyrażające wymagania zamawiającego odnoszące się wielkości granicznej dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz przystąpienia do usunięcia wady (< 1 MΩ) zostały ustalone z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp (odpowiednio: Część III SIWZ pkt 4 ppkt 4.6.8 lit. c) Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych: „Wartości *dopuszczalne rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych (...) c) < 1 MΩ wielkość graniczna dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady"* oraz Część II SIWZ - Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego - § 11 ust. 4 i 5: *„4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji poniżej 1 MΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki. 5. W przypadku nie wywiązania się Wykonawcy z obowiązków, o których mowa w ust. 3 i 4 powyżej, Zamawiający będzie miał prawo do usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania zgody sądu powszechnego, niezależnie od naliczenia kar umownych z tego tytułu.").*

Dowód: -wyciąg z Części III i II SIWZ (w załączeniu); -SIWZ (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Odwołujący zarzucił, że dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oraz ustalony we wzorze umowy sposób realizacji obowiązków wykonawcy związanych z wartością dopuszczalnej rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych, na poziomie < 1 MΩ w zakresie wielkości granicznej dla podjęcia przez

wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady, został ustalony w sposób nadmierny i nader rygorystyczny z pominięciem istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na możliwość sporządzenia oferty i prawidłowego wykonania zamówienia. Uwarunkowania techniczne i dostępne na rynku urządzenia stwarzają możliwość pewnej i dokładnej lokalizacji zawilgoceń dla rezystancji o wartości ≤ 20 kΩ, zaś specyfika i charakter zamówienia nie uzasadnia potrzeby określenia wartości dopuszczalnej rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych < 1 MΩ dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji.

Podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie opowiedziała się za niedopuszczalnością opisywania przedmiotu zamówienia (i warunków jego realizacji w umowie) przez określenie nadmiernie rygorystycznych parametrów i wymagań, które jednocześnie nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego (wyroki:

z 19 kwietnia 2017 r., KIO 607/17, z 30 stycznia 2017 r., KIO 68/17, z 22 sierpnia 2016 r., KIO 1443/16 KIO 1466/16; uchwała z 4 kwietnia 2016 r., KIO/KD 21/16).

Odwołujący wskazał, że zarówno w opisie przedmiotu zamówienia (Cz. III SIWZ), jak również w korespondujących z nimi postanowieniach wzoru umowy (Część II SIWZ), przy określeniu wielkości granicznej dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady (< 1 MΩ), zamawiający nie wskazał metody pomiaru ani rodzaju urządzenia, przy użyciu którego możliwe byłoby tak bardzo precyzyjne jak tego wymaga zamawiający zlokalizowanie zawilgocenia na sieci powodującej spadek rezystancji o wartość około < 1 MΩ.

Zamawiający formułując zakwestionowane postanowienie SIWZ nie doprecyzował do jakiego rodzaju usterek postanowienie to ma zastosowanie, stąd należy przyjąć, że odnosi się ono do każdego rodzaju usterki jaka może wystąpić w ramach sieci, w tym zawilgoceń powodujących spadek rezystancji do wartości poniżej 1MΩ.

Odwołujący kierując się swoim wieloletnim doświadczeniem zawodowym, znajomością rynku, jak również uwzględniając opinie specjalistów z branży, zaakcentował, że postawiony przez zamawiającego warunek, o którym mowa wyżej, jest nadmierny i według wiedzy i doświadczenia odwołującego, nie są dostępne na rynku urządzenia pomiarowe umożliwiające tak precyzyjną jak tego wymaga zamawiający lokalizację punktowego zawilgocenia pianki. Powszechnie dostępne i stosowane na rynku urządzenia pomiarowe zapewniają pewną i dokładną lokalizację zawilgoceń dla rezystancji o wartości ≤20kΩ. Wymaganie spełnienia tak postawionego warunku nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w specyfice zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Jest to typowe zamówienie z branży ciepłowniczej niecharakteryzujące się specyficznymi cechami wymagającymi oczekiwania od wykonawców spełnienia tak rygorystycznych, wręcz niemożliwych do spełnienia wymagań.

Dowód: -Opinia dotycząca lokalizacji zawilgoceń izolacji pianki w impulsywnym systemie alarmowym rurociągów preizolowanych z dnia 2 października 2017 r. (w załączeniu); -kopia publikacji *„Impulsowy i rezystancyjny cz. 2”* w Instal 11/2011 (w załączeniu); -kopia publikacji prasowej pn. *„Podsumowanie IV-go Forum DCSP”* w Instal 4/2017 (w załączeniu)

Zaproponowana przez odwołującego na wstępie odwołania (wniosek ewentualny) modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy o zamówienie, z jednej strony umożliwi wyeliminowanie z SIWZ postanowień nadmiernych, zbyt daleko idących, czy też wręcz niemożliwych do zrealizowania przy użyciu dostępnych urządzeń pomiarowych i jednocześnie pozostawia zamawiającemu instrument kontroli tego obszaru wykonanego przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu możliwości pomiarowych dostępnych urządzeń, prowadząc w konsekwencji do umożliwienia skutecznego złożenia oferty nie tylko przez

odwołującego, ale również szerszemu kręgowi potencjalnych wykonawców działających w branży związanej z przedmiotem zamówienia.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) zasądzenie od odwołującego poniesionych przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, tj. zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał.

Na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, objętego dofinansowaniem ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 (Działanie 1.5. Efektywna dystrybucja ciepła i chłodu; oś priorytetowa i zmniejszenie emisyjności gospodarki).

W ramach przedmiotu zamówienia mieści się dostarczenie kompletu rur i kształtek preizolowanych, osprzętu alarmowego oraz usługi łączenia alarmu, zgrzewania muf i piankowania złączy (pkt 1.2 ppkt 2 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót; § 2 ust. 2 lit. b) wzoru umowy). Celem zamówienia (jak i całego projektu, którego to zamówienie jest częścią) jest poprawa efektywności energetycznej łódzkiej sieci ciepłowniczej - ta natomiast będzie możliwa tylko w przypadku, gdy wykonawca zamówienia wykona sieć z odpowiednich, spełniających wymagania zamawiającego materiałów preizolowanych, które będą dawały gwarancję ich szczelności. Dzięki temu ograniczone zostanie ryzyko strat ciepła w trakcie jego przesyłu, ryzyko wycieków (ubytków wody sieciowej), a nawet awarii sieci ciepłowniczej, uniemożliwiającej przesył ciepła do jego odbiorców. Ponadto, wykonana sieć ma być wyposażona w odpowiedni system alarmowy, stwarzający możliwość stałego nadzoru stanu izolacji rurociągu i szybką reakcję na występujące nieprawidłowości. Taki system sygnalizuje głównie zawilgocenie izolacji (wynikające z uszkodzenia płaszcza osłonowego, rury stalowej lub złączy), dzięki czemu umożliwia szybką reakcję celem usunięcia nieprawidłowości, zanim jeszcze pojawi się stan korozji, który w następstwie grozi awarią sieci ciepłowniczej zagrażającej bezpieczeństwu energetycznemu Miasta Ł..

Bazując na wieloletnim doświadczeniu innych firm ciepłowniczych oraz własnym, zamawiający przyjął wartość dopuszczalnej rezystancji izolacji (tj. parametru świadczącego o zawilgoceniu) na poziomie 1 MΩ/km drutu, przy której to wielkości wykonawca zobowiązany jest do podjęcia działań naprawczych (pkt 4.6 ppkt 8 lit. c) specyfikacji technicznej, § 11 ust. 4 wzoru umowy). Wskazał, że należy mieć na uwadze, że im mniejsza wartość rezystancji izolacji, tym większa wilgotność pianki, a co za tym idzie, większe prawdopodobieństwo wystąpienia poważnej awarii sieci ciepłowniczej (wypływ gorącej wody o wysokiej temperaturze i ciśnieniu). Skutkiem tego typu awarii może być nie tylko

pozbawienie odbiorców ciepła w tzw. sezonie grzewczym, ale również poważne zagrożenie dla zdrowia i życia osób przebywających w bezpośrednim miejscu wystąpienia awarii sieci oraz poważne zagrożenie dla środowiska (wypływ czynnika do gruntu). Kwestionowana przez odwołującego wartość ma zatem istotne znaczenie, przesądzające o trwałości sieci ciepłowniczej oraz ciągłości i bezpieczeństwie dostaw ciepła dla jego odbiorców. Dodał, że doświadczenie oraz wiedza techniczna uzasadniają przekonanie, że spadek rezystancji (zawilgocenie izolacji) jest w przeważającej liczbie przypadków wynikiem albo nieprawidłowego montażu materiałów preizolowanych lub nieodpowiedniej jakości użytych materiałów.

Odwołujący postuluje, żeby zamawiający przyjął niższą wartość rezystancji izolacji (do 20 kΩ/km) jako progu podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyny spadku rezystancji oraz przystąpienia do usunięcia wady. Jest to niewątpliwie rozwiązanie „wygodne” dla odwołującego, ponieważ pozbawia zamawiającego prawa do żądania napraw gwarancyjnych w przypadku wyższych poziomów rezystancji. Równocześnie jest ono jednak nieakceptowalne z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Doświadczenie tak zamawiającego, jak i innych podmiotów z branży, przemawia za tym, że już przy rezystancji izolacji na poziomie kilkudziesięciu kΩ (40-50 kΩ/km), jest ona całkowicie mokra, a po otwarciu muf wylewa się z nich woda.

Dowód: *„Sieci ciepłownicze preizolowane - spokój do emerytury czy bomba zegarowa”,* czasopismo INSTAL 2/2009

Wskazał, że należy mieć na uwadze, że odwołujący wnosi o obniżenie tego progu jeszcze do niższej wartości tj. 20 kΩ/km. Tak niska rezystancja z reguły świadczy już o bardzo rozległym uszkodzeniu sieci. Woda dostająca się do izolacji w kontakcie z rurociągiem stalowym powoduje jego korozję, a w konsekwencji prowadzi do powstania poważnej awarii sieci ciepłowniczej. W sposób istotny fakt ten ma również wpływ na ogólną

trwałość sieci. Stąd też istotne dla zamawiającego jest, aby wykonawca podejmował działania naprawcze na wyższym poziomie rezystancji, tj. nie tylko w sytuacji, gdy warstwa izolacyjna jest już całkowicie mokra, lecz również w sytuacji, gdy jest ona w sposób znaczący zawilgocona (co również jest stanem niebezpiecznym z przyczyn opisanych wyżej). Zatem, obniżenie wartości progowej rezystancji do poziomu 20 kΩ/km - tak jak postuluje wykonawca - oznacza tolerowanie stanu, który skutkuje bardzo wysokim ryzykiem awarii sieci ciepłowniczej, a który zarazem świadczy o tym, że sieć została wykonana w sposób ewidentnie nienależyty. Przy takim poziomie zawilgocenia naprawa nie ogranicza się już tylko do wymiany zawilgoconej pianki w obrębie złącza, ale występuje konieczność wymiany fragmentów sieci preizolowanej, co wiąże się z koniecznością odstawienia sieci i wstrzymaniem dostaw ciepła do odbiorców. Oczywistym jest, że zamawiający nie jest

zainteresowany, aby zwlekać ze zgłoszeniem gwarancyjnym do tak daleko posuniętej wady sieci ciepłowniczej.
Należy mieć na uwadze, że zamawiający nie stawia wymagania, żeby przez cały okres gwarancji (tj. w trakcie użytkowania sieci) poziom zawilgocenia izolacji był na poziomie znikomym (aby praktycznie mogła być ona uznana za suchą). *„Warunki techniczne wykonania, odbioru i eksploatacji rurociągów preizolowanych w płaszczu osłonowym HDPE układanych bezpośrednio w gruncie”,* rekomendowane do stosowania przez Izbę Gospodarczą Ciepłownictwo Polskie (Zeszyt nr 2/2013), w załączniku 13 w punkcie *„Ogólny opis systemów nadzoru”,* jako suchą przyjmują izolację, której oporność mierzona za pomocą prądu stałego o napięciu 24V pomiędzy przewodem a rurą stalową, wynosi aż 10 MΩ/1km systemu bez podkładek filcowych.

Dowód: *„Warunki techniczne wykonania, odbioru i eksploatacji rurociągów preizolowanych w płaszczu osłonowym HDPE układanych bezpośrednio w gruncie”,* rekomendowane do stosowania przez Izbę Gospodarczą Ciepłownictwo Polskie (Zeszyt nr 2/2013) - załącznik 13

Przyjęty przez zamawiającego dopuszczalny poziom spadku rezystancji poniżej 1 MΩ/km jest akceptowalny przez ekspertów z branży ciepłowniczej. Potwierdza to chociażby przedłożony przez samego odwołującego jako dowód dokument *„(…)”* (jego uczestnikami są przedstawiciele firm ciepłowniczych, producentów systemów preizolowanych, firm zajmujących się lokalizacją i usuwaniem awarii sieci preizolowanych oraz producentów urządzeń służących diagnostyce sieci preizolowanych), gdzie progowe wartości rezystancji izolacji zdefiniowano w sposób następujący:
1. dla odbioru nowego rurociągu R > 30 MΩ/km drutu dla każdej pętli pomiarowej,
2. dla pracującej sieci w okresie gwarancji rekomenduje się system dwuprogowy:
   - R < 20 MΩ/km drutu - zgłoszenie reklamacyjne
   - R < 2 MΩ/km drutu - działania naprawcze

Dowód: *(…)*

Wartość progowa, od której zależy podjęcie działań naprawczych, została zarekomendowana przez ekspertów na poziomie dwukrotnie wyższym niż przyjęta przez zamawiającego w tym postępowaniu (bardziej rygorystycznym, niż założona przez zamawiającego). Stąd obniżenie tej wartości do 1 MΩ/km drutu i tak stanowi przejaw pewnego ustępstwa przez zamawiającego wobec wykonawców, mającego na celu odpowiednie wyważenie interesów tak zamawiającego jak i wykonawców.
Również inni producenci rur preizolowanych działający w branży ciepłowniczej (zaopatrujący wykonawców robót budowlanych, a częstokroć sami ubiegający się o zamówienie) potwierdzają, że dopuszczalna wartość rezystancji dla pracującej sieci na poziomie 1

MΩ/km, jest wartością jak najbardziej akceptowalną jeśli chodzi o podjęcie napraw gwarancyjnych, a tym samym nieprowadzącą do ograniczenia konkurencji:

Dowód: Informacja od producenta – I. P. Sp. z o.o.; Informacja od producenta - ZPU J. wraz z opisem instalacji oraz zasad montażu i obsługi.

Analogiczne lub nawet bardziej rygorystyczne wymogi w zakresie dopuszczalnego progu spadku rezystancji izolacji, są stosowane przez inne spółki ciepłownicze, co również może świadczyć o tym, że nie jest to wymóg nadmiernie rygorystyczny, niemający

uzasadnienia w specyfice zamówienia. Wręcz przeciwnie - stanowi on pewien standard na rynku zamówień na przebudowę sieci ciepłowniczej.

Dowód: Załącznik nr 5 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia dla Przedsiębiorstwa E. C. Sp. z o.o. (pkt 12.7, str. 20); Wytyczne wykonania, montażu i odbioru sieci ciepłowniczych z rur i kształtek preizolowanych obowiązujące w L. Przedsiębiorstwie E. C. S.A. w L. (str. 7); Wymagania dotyczące projektowania i wykonawstwa instalacji alarmowej sieci preizolowanej oraz sieci teletransmisyjnej w B. Przedsiębiorstwie E. C. Sp. z o.o. (pkt 2.7, str. 10)

Ponadto należy mieć na uwadze, że wymóg ten stosowany jest przez zamawiającego od 2015 r. w przypadku analogicznych zamówień (dofinansowanych ze środków UE lub nie) na przebudowę sieci ciepłowniczej. Nigdy dotąd odwołujący nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń do tego typu postanowień specyfikacji, co więcej - składał w tych postępowaniach ofertę, w których wyrażał oświadczenie woli co do akceptacji wszystkich postanowień SIWZ, a zatem również postanowień dot. podejmowania działań naprawczych w ramach gwarancji.

Powyższe dowody świadczą również ewidentnie na niekorzyść odwołującego i przeciwko jego twierdzeniom, jakoby nie były dostępne na rynku urządzenia pomiarowe umożliwiające precyzyjną lokalizację punktowego zawilgocenia pianki. Ze względu na zwiększającą się dostępność oraz dokładność przyrządów pomiarowych, a także wzrost poziomu technicznego osób bezpośrednio zajmujących się diagnostyką sieci preizolowanych, otworzyły się możliwości coraz dokładniejszych pomiarów i dokładnych lokalizacji stanów zawilgocenia pianki w sieci. To, że np. reflektometr „(…)" nie ma - w ocenie odwołującego - odpowiedniej dokładności, nie znaczy, że nie ma innych dokładniejszych urządzeń i metod poszukiwania uszkodzenia. Tytułem przykładu zamawiający wskazał reflektometr typu *„(…)",* który pozwala na precyzyjne wykrywanie nawet najmniejszych uszkodzeń badanych instalacji alarmowych w rurach preizolowanych. Obraz testowanej sieci przedstawiany jest w formie wykresu, który pozwala operatorowi urządzenia na przeprowadzenie szczegółowej analizy i precyzyjne określenie miejsca uszkodzenia sieci preizolowanej (przerwanie przewodu alarmowego, zawilgocenie izolacji lub usterki o innym charakterze). Zaletą urządzenia jest możliwość zapisu dokonanych pomiarów do pamięci z automatycznym skanem w jednym pliku danych. Standardowym

elementem wyposażenia tego reflektometru jest również oprogramowanie umożliwiające analizę wykresów z uzyskanych pomiarów, przez porównanie bieżących pomiarów z wzorcem prawidłowego obrazu sieci pobranych wcześniej, drukowanie raportów pomiarowych oraz archiwizowanie danych w celach referencyjnych lub w ramach systemu monitorowania sieci preizolowanej. Ponadto na potrzeby diagnostyczne można również wykorzystać metodę pomiaru porównawczego oporności wykorzystywanych w rezystancyjnym systemie alarmowym.

Niezależnie od powyższego zamawiający podniósł, że jeśli jakieś urządzenie nie jest w stanie wskazać precyzyjnie lokalizacji zawilgocenia, to nie oznacza, że nie należy tego typu wad szukać i naprawiać (z uwagi na wyżej opisane bardzo istotne ryzyka takiego stanu dla zdrowia i życia ludności oraz dla środowiska). W zależności od używanego typu urządzenia szukanie tego typu zawilgoceń może być mniej lub bardziej czasochłonne, jednakże zawsze możliwe do wykonania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu z pewnością uwzględniają ewentualne koszty napraw gwarancyjnych w oferowanej cenie, a wysokość tych kosztów jest elementem prawidłowej konkurencji między nimi.

Zamawiający wskazał, że świadomie nie wskazał jednej metody pomiaru spadku rezystencji oraz rodzaju urządzenia, jakim ma być ten pomiar dokonany. Nie stawia w tym zakresie żadnych ograniczeń wykonawcom, co sprzyja większej konkurencyjności. Ponadto wykonawca na zasadach ogólnych nie będzie odpowiedzialny z tytułu gwarancji, jeśli wada wyniknęła z przyczyn nieleżących w rzeczy sprzedanej (użytych materiałach), czy wykonanych robotach, tj. wyniknęła z przyczyn *stricte* zewnętrznych (art. 578 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, z późn. zm.)). Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia będą to jednak sytuacje marginalne, ponieważ w przeważającej liczbie przypadków, spadek rezystencji obciąża wykonawcę z przyczyn związanych z nieprawidłowym montażem materiałów preizolowanych lub wykorzystaniem materiałów nieodpowiedniej jakości.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, prawo konkurencji nie jest prawem bezwzględnym, ponieważ należy zawsze uwzględniać potrzeby zamawiającego uzasadnione specyfiką

zamówienia (tak np. wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 580/17). Nie można wywodzić z Pzp obowiązku, żeby zamawiający nabywał dostawy, usługi czy roboty budowlane nieodpowiadające jego potrzebom co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2017 r, KIO 561/17). Tak długo dopóki wymogi te uzasadnione są zobiektywizowanymi potrzebami zamawiającego, nie można mówić by oczekiwania postawione nawet na bardzo wysokim poziomie stanowiły naruszenie uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców (wyrok z dnia 21 marca 2017 r., KIO 463/17).

12

Zamawiający w sposób niezbity udowodnił powyższej, że wymogi w zakresie poziomu rezystancji izolacji wynikają z jego uzasadnionych potrzeb co do niezawodności i trwałości sieci ciepłowniczej - nie ma on na celu dokonywać nieuzasadnionego ograniczania konkurencji, lecz uzyskać produkt, który będzie spełniał jego potrzeby w tym zakresie. Przy czym należy mieć na uwadze, że trudno w tym wypadku mówić, żeby oczekiwania te były postawione przez zamawiającego na bardzo wysokim poziomie, lecz co najwyżej na poziomie przeciętnym. Postawione wymagania nie stoją na przeszkodzie, żeby odwołujący złożył ofertę w postępowaniu (tak jak miało to miejsce w przeszłości w analogicznych postępowaniach) - musi on jednak dołożyć starań, żeby przez cały okres gwarancji sieć była w dobrym stanie technicznym, pozwalającym na bezawaryjne jej funkcjonowanie. Z jakichś względów odwołujący usiłuje wzruszyć tego typu wymogi, pomimo że są one jednakowe dla wszystkich potencjalnych wykonawców i wynikają z uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Na marginesie zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca dołoży należytej staranności przy realizacji prac polegających na przebudowie sieci, to w trakcie użytkowania sieci nie ma prawa wystąpić problem zawilgocenia izolacji (rezystancja nie spadnie poniżej poziomu wymaganego przy odbiorze prac). Przedmiotowy spór ma zatem charakter hipotetyczny i dotyczy tylko sytuacji, gdy wykonawca nie wywiąże się w sposób należyty ze swoich obowiązków kontraktowych (nienależycie wykona zamówienie publiczne).

Uznając odwołanie za całkowicie bezzasadne, zamawiający wniósł jak na wstępie.

Załączniki: (…)

3) *„Sieci ciepłownicze preizolowane - spokój do emerytury czy bomba zegarowa”,* czasopismo INSTAL 2/2009
4) *„Warunki techniczne wykonania, odbioru i eksploatacji rurociągów preizolowanych w płaszczu osłonowym HDPE układanych bezpośrednio w gruncie”* rekomendowane do stosowania przez Izbę Gospodarczą Ciepłownictwo Polskie (Zeszyt nr 2/2013) - załącznik 13;
5) wnioski IV Forum Diagnostów Ciepłowniczych Sieci Preizolowanych;
6) Informacja od producenta – I. P. Sp. z o.o.;
7) Informacja od producenta - ZPU J. wraz z opisem instalacji oraz zasad montażu i obsługi;
8) Załącznik nr 5 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia dla Przedsiębiorstwa E. C. Sp. z o.o.;
9) Wytyczne wykonania, montażu i odbioru sieci ciepłowniczych z rur i kształtek preizolowanych obowiązujące w L. S.A. w L.;
10) Wymagania dotyczące projektowania i wykonawstwa instalacji alarmowej sieci preizolowanej oraz sieci teletransmisyjnej w B. Sp. z o.o.

13

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie dowodów i wyjaśnień stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

W zakresie objętym sporem, Izba ustaliła.

W Części II SIWZ w pt. *„Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego”,* zamawiający zamieścił postanowienia dotyczące gwarancji i rękojmi, wskazując w § 11 ust. 4 poziom rezystancji, poniżej którego wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki:

[§ 11 GWARANCJE I RĘKOJMIA

1. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na wykonane prace oraz dostarczone materiały i zapewnia, że zrealizowany obiekt zostanie oddany Zamawiającemu bez zastrzeżeń pod względem jakości i będzie mógł być użytkowany w sposób należyty, a w okresie gwarancji nie wystąpią żadne wady i usterki.
2. Strony ustalają następujący okres gwarancyjny:
a) na roboty budowlane – 60 miesięcy, licząc od daty Odbioru końcowego,
b) na system rur preizolowanych wraz z robotami montażowymi (w tym hermetyzacja zespołu złącz) – …….lat (zgodnie z ofertą Wykonawcy, nie krócej niż 5 lat), licząc od daty Odbioru końcowego,
c) na armaturę – wg gwarancji producenta, ale nie krócej niż 24 miesiące, licząc od daty Odbioru końcowego,
3. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia na swój koszt wad fizycznych ujawnionych w okresie gwarancji w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, uwzględniającym technologiczne możliwości realizacji.
4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji poniżej 1 MΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki.
5. W przypadku nie wywiązania się Wykonawcy z obowiązków, o których mowa w ust. 3 i 4 powyżej, Zamawiający będzie miał prawo do usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania zgody sądu powszechnego, niezależnie od naliczenia kar umownych z tego tytułu. (...).]

W Części III SIWZ pt. *„Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych - opis przedmiotu zamówienia (wymagania Zamawiającego)”* w punkcie 4, zamawiający zamieścił wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót, wskazując w ppkt 4.6.8 dopuszczalne wartości rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych: dla odbioru zadania wielkość graniczną >30 MΩ/km (lit. b); dla podjęcia

przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady, wielkość graniczną < 1 MΩ (lit. c):
[4. WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO
4.1. Wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót. (…)
4.6. Wymagania techniczne dla izolacji termicznych
Roboty izolacyjne w komorach ciepłowniczych, w zakresie wymagań technicznych co do rodzaju materiału izolacyjnego, jego grubości, rodzaju płaszcza ochronnego i izolacji armatury, winny spełniać wymagania normy PN-B 02421:2000 „Ogrzewnictwo i ciepłownictwo – Izolacja cieplna przewodów, armatury i urządzeń – Wymagania i badania odbiorcze” lub normy równoważnej.
2) Materiały - wymagania ogólne: (…)
3) Materiały do izolacji właściwej (…)
4) Materiały do wykonania płaszczy ochronnych (…)
5) Minimalna grubość warstwy izolacji właściwej (…)
6) Izolacja rurociągów (…)
7) Izolacja armatury i połączeń kołnierzowych (…)
8) Wartości dopuszczalne rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych
a) > 200 MΩ stan normalny dla pojedynczego elementu nowobudowanej sieci;
b) > 30 MΩ/km wielkość graniczna dla odbioru zadania;
c) < 1 MΩ wielkość graniczna dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady.].

Na rozprawie strony złożyły dodatkowe dowody
1. Odwołujący:
1) pismo z dnia 18 października 2017 r. z załącznikami:
a) oświadczenie z dnia 05.10.2017 r. A. S. właściciela firmy E. Automatyka Procesów Technologicznych z siedzibą w W.,
b) dwie karty A4, rys. 5 i 6 - dwa wykresy (obraz reflektometryczny zawilgocenia w mufie; wykres z filcami),
c) wydruk korespondencji elektronicznej z dnia 14 lipca 2017 r. – od: J. K. T. z siedzibą S.

do: ZPU M. Sp. z o.o., pod treścią informacji pieczątka - KIEROWNIK SEKCJI Automatyki i Elektroniki A. M. z parafą (nieczytelnym podpisem);

2) pytania i odpowiedzi (2) dotyczące treści SIWZ w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym (…), prowadzonym przez obecnego zamawiającego.

15

---

2. Zamawiający: pismo z dnia 12.10.2017 r. - informacja H. B., firma L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniające go do wniesienia odwołania. Jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Naruszenie przepisów ustawy Pzp, jeżeli miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy).

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy), uznając, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przepisy ustawy Pzp wskazane jako podstawa prawna zarzutów zawartych w odwołaniu – art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, stanowią o obowiązkach zamawiającego, odpowiednio o:

- przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- zakazie opisania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z odwołania wraz z załącznikami oraz dowodów przedstawionych na rozprawie i złożonych wyjaśnień wynika, że przedmiotem zarzutów są postanowienia SIWZ dotyczące nie tyle opisu przedmiotu zamówienia w kontekście wymagań wynikających z przywołanych przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co postanowienia dotyczące wykonania zobowiązań gwarancyjnych wykonawcy (§ 11 ust. 4 umowy oraz pkt 4.6.8 lit. c specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych). Jedynym kwestionowanym parametrem opisanym w postanowieniach SIWZ jako skutek zobowiązań gwarancyjnych, a nie skutek opisu przedmiotu zamówienia, jest wielkość (poziom) graniczna rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych jako < 1 MΩ dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady.

16

W § 11 projektu umowy (gwarancje i rękojmia) zamawiający wskazał obowiązki wykonawcy wynikające z zaoferowanej gwarancji.

Zgodnie z ust. 1 wykonawca udziela zamawiającemu gwarancji na wykonane prace oraz dostarczone materiały (na ustalone w umowie okresy – ust. 2) i zapewnia, że zrealizowany obiekt zostanie oddany zamawiającemu bez zastrzeżeń pod względem jakości i będzie mógł być użytkowany w sposób należyty, a w okresie gwarancji nie wystąpią żadne wady i usterki. W ust. 3 wykonawca zobowiązuje się do usunięcia na swój koszt wad fizycznych ujawnionych w okresie gwarancji w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, uwzględniającym technologiczne możliwości realizacji. W ust. 4 wskazano, że w przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji poniżej 1 MΩ/km wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki.

W pkt 4.6.8 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych,

zamawiający wskazał dopuszczalne wartości rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych: dla odbioru zadania wielkość graniczną > 30 MΩ/km (lit. b); dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady, wielkość graniczną < 1 MΩ (lit. c).
Niewątpliwie wielkość parametru określającego spadek rezystancji izolacji, stanowiący podstawę do podjęcia czynności wynikających ze zobowiązania gwarancyjnego

– nie stanowi naruszenia ani utrudniania: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zgodności postępowania z zasadami proporcjonalności i przejrzystości; opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Fakt ten potwierdza, obok opisu zarzutów zawartych w odwołaniu, również żądanie odwołującego: -usunięcia w całości pkt 4 ppkt 4.6.8 lit. c) SIWZ lub też ewentualnie zastąpienia zakwestionowanego postanowienia w Części III SIWZ – postanowieniem o treści: *„Wartości dopuszczalne rezystancji izolacji w budowanych systemach rurociągów preizolowanych wynosiły (...) c) ≤ 20 kΩ wielkość graniczna dla podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz do przystąpienia do usunięcia wady”;* -usunięcia w całości ust. 4 wzoru umowy o treści: *„4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu rezystancji poniżej 1 MΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki”* lub też ewentualnie zastąpienia zakwestionowanego postanowienia wzoru umowy postanowieniem o treści: *„4. W przypadku stwierdzenia spadku poziomu*

rezystancji ≤ 20 kΩ/km Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki”.

Odwołujący nie przedstawił żadnych normatywnych uregulowań świadczących, że ustanowienie poziomu < 1 MΩ rezystancji jest naruszeniem przepisów prawnych.
Na rozprawie odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp zostały naruszone przez przyjęcie parametru rezystancji izolacji < 1 MΩ, zamiast żądanego przez odwołującego ≤ 20 kΩ/km (art. 29 ust. 1). Natomiast naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy wiązał z przypuszczeniem, że zamawiający po okresowym sprawdzeniu w okresie trwającej gwarancji (na materiały i roboty budowlane zastosowane i wykonane przez wykonawcę), rezystancji izolacji jako parametru charakteryzującego sieć energetyczną i stanowiącego podstawę oceny jej jakości i bezpieczeństwa użytkowania, może zawiadomić wykonawcę o poziomie rezystancji lub nie zawiadamiać, w zależności od swoich preferencji.
Na uprawdopodobnienie takiego przypuszczenia odwołujący nie przedstawił żadnego potwierdzenia. Nie przedstawił również żadnych dowodów, że zamawiający postąpił tak w dotychczasowej praktyce, pomimo faktu, że odwołujący jest gwarantem (lider konsorcjum) innych wykonanych robót na podstawie wcześniej zawartych z zamawiającym umów, z zastosowaniem takich samych zasad co do wielkości rezystancji izolacji.

Zamawiający wykazał, powołując się na rozprawie na sposób wykonywania przez odwołującego obowiązków gwaranta wynikających z wcześniej zawartych umów, że żądany w odwołaniu poziom rezystancji (jako alternatywny obok całkowitego odstąpienia od określenia jakiegokolwiek poziomu), jest wynikiem występującej po stronie odwołującego praktyki podjęcia czynności gwaranta przy wartości rezystencji izolacji ≤20 kΩ/km. Odwołujący nie zaprzeczył tym faktom.

Odnośnie stwierdzenia zamieszczonego w uzasadnieniu odwołania i podniesionego na rozprawie, co do niewskazania przez zamawiającego metody pomiaru i rodzaju urządzenia służącego do zlokalizowania zawilgocenia, złożona na rozprawie przez odwołującego korespondencja z T., wskazuje urządzenia stosowane na sieciach preizolowanych typu impulsowego – mostek rezystancyjny, którym można wykrywać miejsca zawilgocenia do co najmniej 1 MOhm.
W przywołanej korespondencji wskazano wytyczne (…), określające minimalne progi rezystencji dla odbiorców sieci – w okresie gwarancyjnym – 2 MOhm/1 km drutu jako

rozpoczęcie działań naprawczych.

18

Zamawiający wyjaśnił, że przyjął poziom rezystancji izolacji poniżej 1 MΩ/km jako zobowiązanie wykonawcy do niezwłocznego przystąpienia do czynności zmierzających do ustalenia przyczyn tego spadku oraz usunięcia usterki – jednolicie dla wszystkich wykonawców, niezależnie od ich wewnętrznych uregulowań w tym zakresie – na podstawie wiedzy, doświadczenia i przede wszystkim wobec braku możliwości wyegzekwowania czynności gwarancyjnych od gwaranta, stosującego ustalony przez siebie poziom rezystancji izolacji, mimo zawartej z zamawiającym umowy.

Nie określał sposobu i urządzeń służących podjęciu działań zmierzających do ustalenia przyczyn spadku rezystancji oraz przystąpienia do usunięcia wady, pozostawiając wybór wykonawcy, który będzie jednocześnie dostawcą zastosowanych materiałów i wykonawcą robót budowlanych oraz ostatecznie gwarantem.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że ustalenie przyczyn spadku rezystancji oraz przystąpienie do usunięcia wady, to skutek niewłaściwego wykonania zamówienia – dostarczone materiały lub wykonane roboty budowlane. Przy czym zamawiający słusznie wskazał, że będą miały zastosowanie zasady odpowiedzialności gwaranta wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – strony (…) są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, obciąża odwołującego.

Odnośnie złożonych przez odwołującego dowodów, Izba podnosi, że – w świetle art. 190 ust. 2 ustawy Pzp (wskazującego rodzaje dowodów) oraz przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (definiujących dowody) – nie odpowiadają one tym pojęciom:

- opinia dotycząca lokalizacji zawilgoceń izolacji pianki w impulsywnym systemie alarmowym rurociągów preizolowanych, z dnia 2 października 2017 r. – wydana przez pracownika odwołującego zatrudnionego na stanowisku kierownika Sekcji Automatyki i Elektroniki, jest stanowiskiem odwołującego w sprawie;
- oświadczenie A. S. z E. z dnia 05.10.2017 r. (kserokopia) – abstrahując od wymogu formalnego, jest również stanowiskiem odwołującego;
- kopie publikacji: *„Impulsowy i rezystancyjny cz. 2”* w Instal 11/2011 oraz *„Podsumowanie IV-go Forum DCSP”* w Instal 4/2017 – stanowią poglądy autorów publikacji i wnioski z forum;
- podobnie wskazana wyżej korespondencja elektroniczna oraz kserokopie 2. wykresów (rys. 5 i 6), czy zapytania dotyczące treści SIWZ z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

19

Reasumując, wobec nie potwierdzenia zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: ……

20