

WYROK

z dnia 29 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron **27 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **12 czerwca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Control Process S.A z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Integracja i rozwój gospodarki wodno-ściekowej w Józefowie – Zadanie 3a Budowa oczyszczalni ścieków wraz z serwisem gwarancyjnym* (nr postępowania RP.7013.26.13.2016) prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Józefów**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – Control Process S.A z siedzibą w Krakowie i:

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Control Process S.A z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **odwołującego – Control Process S.A z siedzibą w Krakowie** na rzecz **zamawiającego – Miasta Józefów** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie

1

Sygn. akt KIO 1195/17

7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1195/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Józefów prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Integracja i rozwój gospodarki wodno-ściekowej w Józefowie – Zadanie 3a Budowa oczyszczalni ścieków wraz z serwisem gwarancyjnym* (nr postępowania RP.7013.26.13.2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_103-206271 z 31 maja 2017 r. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił wykonawcom na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

12 czerwca 2017 r. Odwołujący – Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej również: „Control Process”) wniósł w kwalifikowanej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wskazał w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 36a ust. 2a w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 – przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 91 ust. 2. 2d w zw. z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 – przez: po pierwsze – wprowadzenie do SIWZ kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia i punktują okoliczności nieistotne z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia, po drugie – określenie kryteriów oceny ofert w sposób nieadekwatny do przedmiotu postępowania; po trzecie – określenie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzowano zarzuty oraz żądania.

3

Sygn. akt KIO 1195/17

{zarzut 1. }

Odwołujący zrelacjonował, że opis przedmiotu zamówienia zawiera następujące zastrzeżenie: *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę następujących kluczowych części zamówienia na roboty budowlane: a) Montaż instalacji i urządzeń technologicznych oczyszczenia ścieków b) Montaż instalacji i urządzeń technologicznych gospodarki osadowej c) Rozruch części ściekowej i osadowej.*

Odwołujący zarzucił, że powyższe zastrzeżenie prowadzi do naruszenia zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 pzp.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest budowa oczyszczalni ścieków, a więc dość skomplikowane przedsięwzięcie techniczno-inżynierskie, w skład którego wchodzi prace o różnym charakterze – zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, pkt 2.2.4 i nast. przedmiotem prac jest m.in. budowa licznych budynków, budowli, dróg, placów i innych obiektów.

Odwołujący zarzucił, że wskazane przez Zamawiającego części zamówienia trudno uznać za kluczowe części zamówienia na roboty budowlane, gdyż są to roboty o charakterze montażowym, a nie budowlanym. Kluczowe według Odwołującego znaczenie ma to, że wykonują je zwykle firmy będące dostawcami instalacji, i urządzeń technologicznych, a montaż przez nie jest warunkiem dostawy tego typu urządzeń oraz późniejszego świadczenia usług gwarancyjnych i serwisowania tego urządzeń. W rezultacie zastrzeżenie osobistego wykonania tych prac wymusza zaangażowanie dostawców wszystkich tych instalacji i urządzeń technologicznych jako konsorcjantów. Powyższa okoliczność w istotny sposób ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż wymuszenie roli konsorcjanta powoduje brak możliwości zaangażowania takiego dostawcy przez więcej niż jeden podmiot. Ponieważ do spełnienia wymagań Zamawiającego konieczne jest de facto stworzenie konsorcjum składającego się z wielu podmiotów, najbardziej prawdopodobne jest, że w tym postępowaniu zostanie złożona jedna oferta.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę brzmienia pkt III.8 SIWZ na następujące: *Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane.*

{zarzut 2. }

Odwołujący zrelacjonował, że w pkt XIII.33) „Efekty odwadniania osadów” sformułowane następujące wymaganie: *Proponowane urządzenie do odwadniania osadów ma mieć zastosowanie na innych podobnych instalacjach od co najmniej 12 miesięcy (nie dopuszcza się zastosowania urządzeń prototypowych, testowych, produkcji pilotażowej etc.).*

Sygn. akt KIO 1195/17

Ponadto Zamawiający wymaga dostarczenia pracy tłokowej.

Odwołujący zarzucił, że oba te wymagania łącznie prowadzą do tego, że jedynym, możliwym do zaoferowania urządzeniem jest prasa firmy Bucher. Żadną inną firmą nie oferuje bowiem pras tłokowych do odwadniania osadów, które byłyby zastosowane na innych podobnych instalacjach od co najmniej 12 miesięcy. W rezultacie, uwzględniając poprzedni zarzut, ofertę w tym postępowaniu może złożyć wyłącznie konsorcjum w skład którego będzie wchodzić firma Bucher lub podmiot przez nią uprawniony do dokonania montażu prasy tłokowej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę brzmienia części „Komentarz” zapisu XIII.3.3) na następujące: *Kryterium ma na celu ocenę efektów odwadniania osadów dla oferowanego typu urządzenia. Wykonawca oferujący odwodnienie na poziomie 25% otrzyma 0 pkt. Za każde pełne 0,5 % Sm powyżej wymaganego minimum wynoszącego 25 % oferta otrzyma 1 pkt, jednak nie więcej niż 20 pkt. Jeżeli Wykonawca zaoferuje stopień odwadniania osadów powyżej 30 % do oceny zostanie przyjęta wartość 30, natomiast wskazana w ofercie wartość będzie podstawą do naliczania kar umownych w okresie świadczenia usług serwisowych.*

{zarzut 3. }

Odwołujący zrelacjonował, że jako kryterium oceny ofert wskazano doświadczenie kierownika budowy z następującym komentarzem: *„Oceniane będzie doświadczenie osoby desygnowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy przy realizacji zamówień podobnych tj. pełnienie funkcji kierownika budowy, kierownika robót instalacyjnych sanitarnych, kierownika robót konstrukcyjnych przy realizacji (budowie, rozbudowie, przebudowie) mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków działającej w oparciu o nityfikująco-denitryfikujący osad czynny, przeznaczoną do obsługi co najmniej 15000 RLM W okresie nie dłuższym niż 10 lat przed upływem terminu składania ofert, powyżej wymaganego minimum. Minimalne wymaganie (warunek brzegowy) – jedna oczyszczalnia o parametrach jw.*

Odwołujący zarzucił, że tak określone kryterium w żaden sposób nie przekłada się na rzeczywistą jakość realizacji przedmiotowego zamówienia, a nie jest obiektywne, uzasadnione zawartym w SIWZ opisem przedmiotu zamówienia i potrzebami Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że pomimo istotnej roli osoby kierownika budowy dla realizacji zamówienia, nie przesądza ona o jakości wykonania zadania przez wykonawcę, gdyż gwarancją są doświadczenie zawodowe samego wykonawcy i poszczególnych firm realizujących zamówienie na zasadzie podwykonawstwa oraz personel biorący udział przy wykonywaniu zamówienia, przy czym ten ostatni nie sprowadza się wyłącznie do kierownika

Sygn. akt KIO 1195/17

budowy.

Zgodnie z art. 22 prawa budowlanego do obowiązków kierownika budowy należy m.in.: *prowadzenie dokumentacji budowy, podejmowanie niezbędnych działań uniemożliwiających wstęp na budowę osobom nieupoważnionym, wstrzymanie robót budowlanych w przypadku stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia oraz bezzwłoczne zawiadomienie o tym właściwego organu, zawiadomienie inwestora o wpisie do dziennika budowy dotyczącym wstrzymania robót budowlanych z powodu wykonywania ich niezgodnie z projektem, zgłaszanie inwestorowi do sprawdzenia lub odbioru wykonanych robót ulegających zakryciu bądź zanikających oraz zapewnienie dokonania wymaganych przepisami lub ustalonych w umowie prób i sprawdzeń instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych przed zgłoszeniem obiektu budowlanego do odbioru, zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, a także przekazanie inwestorowi oświadczenia, o którym mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2.*

Odwołujący stwierdził, że choć jest to szeroki zakres obowiązków, jednak dotyczący głównie sfery organizacji prac przez wykonawcę, a nie gwarancji faktycznego wykonania

całości tych prac zgodnie z wymogami Zamawiającego. Biorąc pod uwagę szeroki zakres przedmiotowego zamówienia uznać, na jakość jego wykonania zdecydowanie większy wpływ będzie miał sposób organizacji, doświadczenie wykonawcy oraz jego personelu, w szczególności kierowników robót branżowych, a nie kryterium dotyczące jednej osoby.

Odwołujący wskazał również, że kryterium to zostało sformułowane w sposób niejednoznaczny, a przez to niezrozumiały. Zgodnie bowiem z treścią SJWZ nie zostały postawione żadne warunki dodatkowe odnoszące się do czasu trwania zdobywania doświadczenia, wartości czy rozmiaru robót. Kierownikowi budowy, który np. podczas realizacji 10 zamówień obejmujących rozbudowę lub przebudowę oczyszczalni ścieków pełnił przez miesiąc funkcję kierownika robót konstrukcyjnych o niewielkim zakresie (np. w zakres robót wchodziła znikoma ilość tych robót), zostanie przyznana maksymalna ilość punktów (5), a kierownikowi budowy, który prowadził całościowo budowę oczyszczalni ścieków od podstaw, łącznie przez 6 lat zostanie przyznane jedynie 1,5 pkt. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany w zakresie kryteriów oceny ofert, polegającej na usunięciu kryterium doświadczenia kierownika budowy.

Pismem z 14 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 13 czerwca 2017 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

6

Sygn. akt KIO 1195/17

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

27 czerwca 2017 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i obszernie ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów. Zamawiający załączył również zmianę specyfikacji z 26 czerwca 2017 r.

Ponadto Izba ustaliła, że po wniesieniu odwołania, zmianą specyfikacji z 21 czerwca 2017 r. Zamawiający uczynił zadość żądaniu zgłoszonemu w związku z zarzutem sprecyzowanym w pkt 1. uzasadnienia odwołania, nadając pkt III.8 następujące brzmienie: *Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawców jakiegokolwiek części zamówienia na roboty budowlane. Zamawiający żąda wskazania w ofercie przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców (jeśli są znane).*

Powyższe działanie Izba oceniła jako uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutu wynikającego z pkt 1. uzasadnienia odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia w całości postępowania odwoławczego, sprawa w zakresie 2. i 3. zarzutu sprecyzowanych w uzasadnieniu odwołania została skierowana na rozprawę, podczas której Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko (Odwołujący nie stawił się na posiedzenie, pomimo otrzymania zawiadomienia o jego terminie)

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

7

Sygn. akt KIO 1195/17

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro wyraża zainteresowanie udziałem w nim, a jednocześnie podnosi, że aktualne brzmienie postanowień specyfikacji, które zakwestionował, utrudnia mu dostęp do tego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 2. uzasadnienia odwołania}

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający 26 czerwca 2017 r. dokonał następującej zmiany opisu zakwestionowanego kryterium, nadając mu następujące brzmienie:

Efekty odwadniania osadów - (O)

Wybór przez maksymalizację,

Minimalny poziom odwadniania osadów wymagany przez Zamawiającego wynosi 25% suchej masy.

Komentarz:

Kryterium ma na celu ocenę efektów odwadniania osadów dla oferowanego typu urządzenia.

Proponowane urządzenie do odwadniania osadów ma osiągnąć minimalny wskaźnik odwodnienia na poziomie 25%. Oferta, w której Wykonawca zaoferuje poziom odwodnienia osadów niższy niż 25 % zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Dodatkowo Zamawiający preferuje urządzenie do odwodnienia osadów, które ma zastosowanie na co najmniej jednej podobnej instalacji od co najmniej 12 miesięcy (nie jest urządzeniem prototypowym, testowym, ani nie stanowi produkcji pilotażowej etc.). Przez instalacje podobne Zamawiający rozumie komunalne oczyszczalnie ścieków, w których co najmniej 80% osadów odwadnianych pochodzi ze ścieków komunalnych. Jeżeli z treści oferty Wykonawcy (wykaz urządzeń) będzie wynikało, iż zastosowane urządzenie nie spełnia ww. wymagania (nie było wykorzystywane na podobnych instalacjach przez min. 12 mcy), oferta Wykonawcy w tym kryterium otrzyma 0 punktów, bez względu na wartość odwodnienia wpisaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym.

8

Sygn. akt KIO 1195/17

Wykonawca oferujący odwodnienie na poziomie 25% otrzyma 0 pkt

Za każde pełne 0,25 % s. m. powyżej wymaganego minimum wynoszącego 25 % oraz spełnieniu wymagania dot czasu użytkowania urządzenia oferta otrzyma 1 pkt, jednak nie więcej niż 20 pkt Jeżeli Wykonawca zaoferuje stopień odwadniania osadów powyżej 30 % do oceny zostanie przyjęta wartość 30, natomiast wskazana w ofercie wartość będzie podstawą do naliczania kar umownych w okresie świadczenia usług serwisowych.

Zamawiający będzie weryfikował poziom odwodnienia na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

Izba zważyła, że w efekcie powyższej zmiany kwestionowany przez Odwołującego wymóg, aby oferowane urządzenie do odwadniania osadów miało wcześniej zastosowanie na co najmniej jednej podobnej instalacji od co najmniej 12 miesięcy (nie było urządzeniem prototypowym, testowym, ani nie stanowi produkcji pilotażowej etc.), przestał być wymogiem brzegowym, tj. warunkującym uznanie oferty za zgodną z SIWZ. Powyższa zmiana zatem umożliwia Odwołującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia nawet przy zastosowaniu urządzeń na rynku nowych, których Zamawiający nie preferuje z uwagi na swoje uzasadnione obawy i potrzeby.

Wobec całkowitej bierności procesowej (w tym dowodowej) Odwołującego, Izba nie znalazła podstaw, aby zakwestionować stanowisko Zamawiającego, że postawione przez niego kryterium wynika z jego uzasadnionych potrzeb, ma związek z jakością wykonania zamówienia i nie preferuje konkretnego urządzenia, a tym samym nie ogranicza konkurencji w postępowaniu,

Zamawiający oświadczył, że jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotu zamówienia o określonych właściwościach, spełniających jego wymagania, które wynikają z obowiązku przestrzegania norm związanych z celem inwestycji, jej lokalizacją oraz wpływem na

otoczenie.

Zamawiający wyjaśnił, że proces odwadniania osadów nie jest procesem statycznym, a efekty tego procesu determinują wpływ na środowisko. Położenie oczyszczalni ścieków na terenie chronionym – „Warszawskim Obszarze Chronionego Krajobrazu” uzasadnia stosowanie urządzeń minimalizujących ryzyko negatywnych efektów działalności związanych z oczyszczaniem ścieków i ich wpływu na otaczające środowisko. Aby osiągnąć założony rezultat, przy jak najmniejszym ryzyku negatywnych konsekwencji związanych z wpływem na otoczenie, istotne jest korzystanie z urządzeń sprawdzonych, wykorzystywanych w innych oczyszczalniach ścieków.

Ponadto planowana oczyszczalnia ścieków zlokalizowana w sąsiedztwie szkoły

9

Sygn. akt KIO 1195/17

i hotelu o wysokim standardzie. Zamawiający kierując się zasadami współżycia społecznego, dążąc do zminimalizowania ryzyka negatywnego oddziaływania na działalność wskazanych placówek przewidział wymóg użycia sprzętu gwarantującego minimalny negatywny wpływ na otoczenie (odór). Wszelkiego rodzaju zakłócenia spowodowane stosowaniem nowego i niesprawdzonego sprzętu, którego konsekwencją mogłyby być powtarzające się awarie, nadmierne wydzieliny oraz opóźnienia w realizacji prac związanych z oczyszczaniem ścieków, zwiększają ryzyko wystąpienia negatywnych skutków dla otoczenia, narażając Zamawiającego z jednej strony na nie wywiązywanie się z obowiązku oczyszczania ścieków, określonego w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym jako zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należących do zadań własnych gminy, z drugiej zaś na odpowiedzialność związaną z zakłócaniem korzystania z nieruchomości sąsiednich ponad przeciętną miarę, o której mowa w art. 144 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, co mogłoby wiązać się z obowiązkiem odszkodowawczym.

Wymóg używania urządzeń do odwadniania osadów przez okres 12 miesięcy pozwala na stwierdzenie, że nawet jeżeli są urządzeniami od niedawna wprowadzonymi do obrotu i dopuszczonymi do użycia, gwarantują należyte funkcjonowanie oczyszczalni ścieków ze względu na sprawdzenie ich funkcjonowania w różnych warunkach atmosferycznych. Ilość osadów powstających w biologicznych procesach rośnie wraz ze spadkiem temperatury, co jest spowodowane zwolnieniem procesów oddychania wewnątrzkomórkowego mikroorganizmów, których metabolizm jest podstawą oczyszczania ścieków. Ponieważ wysokość temperatury ma wpływ na skład i parametry osadu poddanego odwodnieniu, proces oczyszczania ścieków w temperaturach niższych jest spowolniony, natomiast w temperaturach wyższych procesy biologiczne zachodzące w oczyszczalni ścieków są sprawniejsze. Okres 12 miesięcy pozwala na weryfikację pracy urządzeń w zakresie zmieniających się pór roku i warunków pogodowych, które determinują prawidłowe funkcjonowanie stosowanego sprzętu. Ponieważ również ilości i skład ścieków różnią się w zależności od okresów w ciągu roku (w okresach świątecznych można odnotować wzrost zawartości fosforu, w okresach letnich większą zawartość wody), istotne jest określenie, czy oferowane urządzenie pracuje należyście bez względu na właściwości i skład ścieków. Ponadto inny osad powstaje w oczyszczalniach przemysłowych, a jeszcze inny w zakładach przetwórstwa spożywczego, a jeszcze inny w zakładach komunalnych. Ze względu na wysoki stopień zróżnicowania osadów oferowane urządzenie powinno zostać sprawdzone w odniesieniu do wielu czynników, tym samym wymóg sprawdzenia funkcjonowania urządzenia do oczyszczania ścieków o podobnym charakterze w okresie 12

10

Sygn. akt KIO 1195/17

miesiący nie jest wymaganiem nadmiernym, ściśle wiąże się natomiast z przedmiotem zamówienia i funkcją oczyszczania ścieków o wysokim stopniu zróżnicowania składu osadów.

Na rynku istnieją prasy tłokowe wykorzystywane w przemyśle spożywczym, niezwiązanym z oczyszczaniem ścieków (wyciskanie soków, tłoczenie olejów). Przykładem

może być prasa tłokowa oferowana przez B&P Engineering sp. z o. o. spółka komandytowa, z Przeworska. W ulotce dotyczącej tej prasy wskazuje się na możliwość posłużenia się tym urządzeniem do odwadniania osadów, przy jednoczesnym zastrzeżeniu braku zastosowań referencyjnych w obszarze gospodarki ściekowej. Ze względu na brak możliwości zweryfikowania efektów zastosowania powyższego sprzętu, który nie jest sprawdzony w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia, Zamawiający kierując się koniecznością zapewnienia ciągłości funkcjonowania oczyszczalni ścieków i wyeliminowania ryzyka posłużenia się urządzeniami nieodpowiednimi przedstawił w kryterium oceny ofert wymóg adekwatny, odpowiadający przedmiotowi zamówienia.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 664/17, która dotyczyła odwołania Odwołującego wniesionego w innym postępowaniu, stwierdzono, co następuje: *Odwołać się należy także do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wielokrotnie podkreślano, iż w sytuacji, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, a za takie Izba uznała wymagania określone przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie. Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wysokich wymogów, które nawet prowadzi do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. Rozprawa wykazała, że w analizowanym stanie faktycznym zawężenie dostępnych metod odwadniania osadów nie ma na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom Zamawiającego.*

Zamawiający podważył również twierdzenie Odwołującego, że prasa firmy Bucher jest jedynym urządzeniem występującym na rynku, które odpowiada powyższym wymaganiom określonym przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert. Zamawiający wskazał, że dzięki dokonaniem rozpoznaniu rynku ustalił występowanie co najmniej czterech firm produkujących prasy tłokowe spełniające wymagania określone w SIWZ: 1) Bucher Unipektin A.G. 2) Dewatering (w tym zakresie na rozprawie przedstawiono dodatkowo dowód w postaci wydruku ze strony internetowej wraz z tłumaczeniem), 3) DehydriS, 4) HPX – Beijing Tong State Industrial Development Zone.

Zamawiający wykazał, że opis kryterium nie wskazuje na konkretne urządzenie bezpośrednio (nie wskazano nazwy producenta urządzenia) ani pośrednio (wymóg nie wprowadza konieczności użycia urządzeń oferowanych przez określonego producenta),

11

Sygn. akt KIO 1195/17

a zarzut wynika z niedostatecznej znajomości Odwołującego rynku producentów oferujących prasy tłokowe. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu nie została dowiedziona zarzucane naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Reasumując, podkreślić należy, że kwestionowane kryterium nie narusza żadnego z przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu ani nie eliminuje możliwości złożenia przez Odwołującego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 3. uzasadnienia odwołania}

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający 26 czerwca 2017 r. dokonał następującej zmiany opisu zakwestionowanego kryterium, nadając mu następujące brzmienie:

Oceniane będzie doświadczenie osoby desygnowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy przy realizacji zamówień podobnych tj. pełnienie przez okres co najmniej trzech miesięcy funkcji kierownika budowy lub kierownika robót instalacyjnych sanitarnych lub kierownika robót konstrukcyjnych przy realizacji (budowie, rozbudowie, przebudowie) mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków działającej w oparciu o nitryfikująco-denitryfikujący osad czynny, przeznaczoną do obsługi co najmniej 15000 RLM w okresie nie dłuższym niż 10 lat przed upływem terminu składania ofert, powyżej wymaganego minimum, określonego w pkt V ust. 1 pkt 3) lit a SIWZ.

Wobec całkowitej bierności procesowej (w tym dowodowej) Odwołującego, Izba nie znalazła podstaw, aby zakwestionować stanowisko Zamawiającego, że postawione przez niego kryterium wynika z jego uzasadnionych potrzeb, ma związek z jakością wykonania zamówienia i nie ogranicza konkurencji w postępowaniu,

Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo

cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Tym samym ustawodawca wprost przewidział możliwość zastosowania przez Zamawiającego kryterium odnoszącego się do kwalifikacji i doświadczenia członka zespołu realizującego zamówienie.

Co do możliwości zastrzeżenia tego rodzaju kryterium wątpliwości nie miała także Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z 24 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 67/17) uznała, że „Kierownik *Robót i Projektant stanowią kluczowy personel wykonawcy, mając*

12

Sygn. akt KIO 1195/17

istotne znaczenie i jego praca może warunkować powodzenie w realizacji tego zamówienia, (...). Zaś praca Kierownika Robót wydaje się nie do przecenienia, mając na uwadze jakość wykonania zamówienia (...)

Kluczowe dla ustalenia dopuszczalności posłużenia się przez Zamawiającego wskazanym kryterium jest ustalenie, czy uwzględnił wymogi ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że celem kryteriów oceny ofert jest uzyskanie oferty najkorzystniejszej, tj. uwzględniającej realizację zadania będącego przedmiotem postępowania w sposób jak najbardziej odpowiadający potrzebom zamawiającego. Nie może budzić wątpliwości, że w przypadku postępowania dotyczącego wykonania robót budowlanych o wysokim stopniu skomplikowania, doświadczenie kierownika budowy jako kluczowego członka zespołu, osoby odpowiedzialnej za całokształt prac związanych z prawidłową realizacją inwestycji, jest ściśle związane z realizacją zamówienia i sprzyja osiągnięciu należytego wykonania zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, który wybiórczo cytuje przepisy Prawa budowlanego, sprowadzając obowiązki kierownika budowy do organizacyjnych, w art. 22 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane znajdujemy obszerny katalog obowiązków, z których jedynie część polega na czynnościach związanych z organizacją robót budowlanych. Natomiast wiele obowiązków wymienionych w tym przepisie dotyczy ściśle konieczności weryfikowania wykonywanych prac pod względem merytorycznym, co w sposób oczywisty wykracza poza organizacyjny charakter zadań wskazany przez Odwołującego.

Zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu do podstawowych obowiązków kierownika budowy

należy:

- 1) protokolarne przejęcie od inwestora i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy wraz ze znajdującymi się na nim obiektami budowlanymi, urządzeniami technicznymi i stałymi punktami osnowy geodezyjnej oraz podlegającymi ochronie elementami środowiska przyrodniczego i kulturowego;
- 2) prowadzenie dokumentacji budowy;
- 3) zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu oraz zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy;
- 3a) koordynowanie realizacji zadań zapobiegających zagrożeniom bezpieczeństwa i ochrony zdrowia przy opracowywaniu technicznych lub organizacyjnych założeń planowanych robót budowlanych lub ich poszczególnych etapów, które mają być prowadzone jednocześnie lub

13

Sygn. akt KIO 1195/17

kolejno, b) przy planowaniu czasu wymaganego do zakończenia robót budowlanych lub ich poszczególnych etapów;

3b) koordynowanie działań zapewniających przestrzeganie podczas wykonywania robót budowlanych zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zawartych w przepisach, o których mowa w art. 21a ust. 3, oraz w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;

3c) wprowadzanie niezbędnych zmian w informacji, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt lb,

oraz w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, wynikających z postępu wykonywanych robót budowlanych;

3d) podejmowanie niezbędnych działań uniemożliwiających wstęp na budowę osobom nieupoważnionym;

3e) zapewnienie przy wykonywaniu robót budowlanych stosowania wyrobów, zgodnie z art. 10;

4) wstrzymanie robót budowlanych w przypadku stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia oraz bezzwłoczne zawiadomienie o tym właściwego organu;

5) zawiadomienie inwestora o wpisie do dziennika budowy dotyczącym wstrzymania robót budowlanych z powodu wykonywania ich niezgodnie z projektem;

6) realizacja zaleceń wpisanych do dziennika budowy;

7) zgłaszanie inwestorowi do sprawdzenia lub odbioru wykonanych robót ulegających zakryciu bądź zanikających oraz zapewnienie dokonania wymaganych przepisami lub ustalonych w umowie prób i sprawdzeń instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych przed zgłoszeniem obiektu budowlanego do odbioru;

8) przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu budowlanego;

9) zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, a także przekazanie inwestorowi oświadczenia, o którym mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2. Ponadto zgodnie z art. 23 ww. ustawy kierownik budowy ma prawo: 1) występować do inwestora o zmiany w rozwiązaniach projektowych, jeżeli są one uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpieczeństwa realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowy; 2) ustosunkowania się w dzienniku budowy do zaleceń w nim zawartych.

Nie kwestionując organizacyjnego charakteru części z wymienionych obowiązków, należy podkreślić, że nie ich ilość lecz istotność materii, której dotyczą, determinuje określenie znaczącego wpływu na realizację zamówienia. Oznaczone powyżej czynności ściśle odnoszą się do materii podlegającej merytorycznej analizie. Materia ta dotyczy okoliczności występujących w każdym zamówieniu na wykonanie robót budowlanych (m. in. prowadzenie dokumentacji budowy, przygotowanie dokumentacji powykonawczej, ocena

Sygn. akt KIO 1195/17

robót pod względem ich zgodności z projektem), jak też okoliczności, których wystąpienie wiąże się z niezwłocznym podjęciem odpowiednich środków w celu zapewnienia ciągłości wykonywanych prac (np. wstrzymanie robót budowlanych w przypadku stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia, dostrzeżenie wykonywania robót budowlanych niezgodnie z projektem, występowanie o zmiany w rozwiązaniach projektowych). Jedynie osoba, która posiada odpowiednio dużą wiedzę i doświadczenie uzyskane na podobnych inwestycjach, może dostrzec konieczność podjęcia pewnych działań oraz wdrożyć adekwatne rozwiązania.

Należy podkreślić, że również wymienione przez Odwołującego obowiązki o ściśle organizacyjnym charakterze niewątpliwie odnoszą się do kwestii merytorycznych, mających związek z doświadczeniem kierownika budowy. Odpowiedzialność za wprowadzanie niezbędnych zmian w informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1b Prawa budowlanego, oraz w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, wynikających z postępu wykonywanych robót budowlanych czy też koordynowanie realizacji zadań zapobiegających zagrożeniom bezpieczeństwa i ochrony zdrowia przy opracowywaniu technicznych lub organizacyjnych założeń planowanych robót nie są czynnościami wyłącznie technicznymi. Ich należyte wykonanie jest związane z posiadaniem doświadczeniem i wiedzą zdobytą podczas pełnienia funkcji kierownika budowy w innych inwestycjach o analogicznym charakterze. Znajomość specyfiki wykonywanych prac, korzystanie z gromadzonego na przestrzeni lat zasobu wiedzy umożliwia dostrzeżenie ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia, co pozwala na szybkie spostrzeżenie konieczności odpowiedniego zareagowania w określonych sytuacjach. Wiedza merytoryczna osoby pełniącej funkcję kierownika budowy, odpowiedzialnej w sposób kompleksowy za całokształt wykonanych prac, determinuje należyte wykonanie robót budowlanych nie tylko w zakresie ściśle odnoszącym się do zadań merytorycznych, lecz warunkuje również realizację inwestycji na odpowiednim poziomie jakości również w zakresie czynności organizacyjnych wskazanych w odwołaniu.

Ograniczenie zakresu obowiązków kierownika budowy jedynie do sfery organizacyjnej stanowi zbyt daleko idące uproszczenie roli tej osoby w procesie realizacji inwestycji, gdyż jest to osoba kluczowa dla prawidłowej realizacji całego zamówienia, skoro zgodnie z ustawą Prawo budowlane jest on odpowiedzialny za prawidłowe pod względem technicznym wykonanie zamówienia i osiągnięcie pożądanego rezultatu. Stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym istotniejsze z punktu widzenia zapewnienia odpowiedniego poziomu jakości jest przyznawanie punktów w kryteriach odnoszących się do doświadczenia kierowników robót branżowych, którzy ponoszą odpowiedzialność nie za całość, lecz za fragment realizowanych prac będących jedynie częścią całej inwestycji, nie zasługuje

15

Sygn. akt KIO 1195/17

na uwzględnienie. Zakres odpowiedzialności kierownika budowy w porównaniu z odpowiedzialnością kierowników robót branżowych jest zdecydowanie większy, w związku z czym nie można uznać iż realizacja mniejszego zakresu prac i konsekwencje wynikające z ewentualnie zaistniałych nieprawidłowości będą miały istotniejsze znaczenie niż odpowiedzialność za całość robót budowlanych, które w tym zamówieniu stanowią przedsięwzięcie złożone i wielozadaniowe pod względem wykonania. Poza tym za zupełnie arbitralną należałoby uznać decyzję Zamawiającego, który przyznawałby punkty za doświadczenie kierownika jednej z wielu robót branżowych.

Odnosząc się wprost do treści kryterium zwrócić należy uwagę, że Zamawiający dopuścił bardzo szeroko doświadczenie, które będzie podlegało punktacji, gdyż będzie przyznawał punkty zarówno za doświadczenie osoby zdobyte przy pełnieniu funkcji kierownika budowy, jak i kierownika robót instalacyjnych sanitarnych lub kierownika robót konstrukcyjnych. Ponadto punktacji będzie podlegało doświadczenie zdobyte tak przy budowie, rozbudowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków. Nie można zatem tu mówić o jakimkolwiek ograniczeniu konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego osoba, która przez ostatnie 10 lat była na wielu tego rodzaju realizacjach, które były wykonywane przez różnych wykonawców, na zlecenie różnych zamawiających i w różnych warunkach ma wiedzę, w jaki sposób unikać pułapek lub trudności, z którymi tam się spotkała,

Zamawiający pierwotnie uznał, że dla oceny nie ma znaczenia, jak długo dana osoba będzie realizowała funkcje kierownika budowy lub kierownika robót, a istotna jest liczba realizacji objęta doświadczeniem, ich potencjalna różnorodność. Na wniosek Odwołującego, który tak postawionemu wymogowi zarzucił nieprecyzyjność, Zamawiający wprowadził zmianę, wymagając co najmniej 3-miesięcznego doświadczenia. Minimalny okres pełnienia funkcji kierownika budowy, z jednej strony ograniczy możliwość wykazania doświadczenia osób, których obecność i odpowiedzialność miała charakter incydentalny w realizacji całej inwestycji (trwała np. kilka dni), z drugiej strony nie stanowi wymagania nadmiernego, nie ograniczając tym samym konkurencji w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że nie zostały postawione żadne warunki dodatkowe odnoszące się do wartości czy rozmiaru robót, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazał, że będzie punktował doświadczenie zdobyte przy pełnieniu funkcji przy realizacji mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków działającej w oparciu o nityfikująco-denitryfikujący osad czynny, przeznaczoną do obsługi co najmniej 15000 RLM. Natomiast postawienie dalszych wymogów w zakresie rozmiaru robót, czasu ich trwania i wartości, mogłoby prowadzić do ograniczenia konkurencji, a jest zbędne z punktu widzenia celu, jakie

16

Sygn. akt KIO 1195/17

postawione kryterium miało pełnić.

Reasumując, Zamawiający był uprawniony do posłużenia się kryterium doświadczenia kierownika budowy w tym postępowaniu, a jego wprowadzenie nie stanowi o naruszeniu przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy

pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy, z ograniczeniem ich wysokości do kwoty wskazanej w § 3 pkt 2 lit. b powyższego rozporządzenia.

Przewodniczący: