

Sygn. akt KIO 317/16
KIO 320/16
KIO 327/16
KIO 328/16

WYROK
z dnia 22 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Luiza Łamejko
Izabela Kuciak
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 marca 2016 r. przez wykonawcę: **Apla Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 207/225, 93-231 Łódź,**
- B. w dniu 4 marca 2016 r. przez wykonawcę: **Astaldi S.p.A Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy),**
- C. w dniu 4 marca 2016 r. przez wykonawcę: **IDS-BUD S.A, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa,**
- D. w dniu 4 marca 2016 r. przez wykonawcę: **„Climatic” Sp. z o.o. Sp. k. Reguły, ul. Żytnia 6, 05-816 Michałowice,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gdański Uniwersytet Medyczny, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3 A, 80-210 Gdańsk,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **IDS-BUD S.A, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 317/16, KIO 320/16, po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 320/16, KIO 328/16 po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy: **Maquet Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 328/16

1

po stronie odwołującego,

orzeka:

- 1. **A. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 317/16,**
- B. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 320/16,**
- C. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 327/16 i nakazuje zamawiającemu:**
 - 1) **dokonanie zmiany brzmienia pkt II.26 SIWZ, poprzez nadanie mu następującej treści: „Wszelkie zapisy zawarte w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, parametrach oraz w STWiOR wskazujące na typ, znaki towarowe lub pochodzenie przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z wyrazami lub równoważne. Nazwy własne są jedynie przykładowe - nie wskazują na konkretny wyrób lub konkretnego producenta. Wykonawca, oferując przedmiot równoważny do opisanego w specyfikacji, przedmiarach lub dokumentacji projektowej, jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów użytkowych, funkcjonalnych, gabarytowych i jakościowych oraz estetycznych, określonych przez Zamawiającego, jako parametry równoważności - odpowiednio w dokumentacji projektowej, specyfikacji bądź też w przedmiarach. Obowiązek udowodnienia, że oferowane wyroby są równoważne spoczywa na wykonawcy.”,**
 - 2) **jednoznaczne określenie w dokumentacji projektowej, specyfikacji, przedmiarach, STWiOR - parametrów równoważności odnoszących się**

do parametrów użytkowych, funkcjonalnych, gabarytowych i jakościowych oraz estetycznych - odpowiednio we wszystkich miejscach ww. dokumentacji, w których określenie przedmiotu zamówienia nastąpiło ze wskazaniem możliwości zaoferowania wyrobów lub materiałów lub rozwiązań równoważnych.

D. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 328/16,

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących się wykonawców: **Apla Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 207/225, 93-231 Łódź, Astaldi S.p.A Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy), „Climatic” Sp. z o.o. Sp. k. Reguły, ul. Żytnia 6, 05-816 Michałowice** oraz zamawiającego: **Gdański Uniwersytet Medyczny, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3 A, 80-210 Gdańsk, i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **80 000 zł 00 gr**

2

(słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących się, w tym:

- A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Apla Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 207/225, 93-231 Łódź,**
- B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Astaldi S.p.A Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy),**
- C. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa,**
- D. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„Climatic” Sp. z o.o. Sp. k. Reguły, ul. Żytnia 6, 05-816 Michałowice,**

- 2.2 zasądza kwotę **10 800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) od wykonawców: **Apla Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 207/225, 93-231 Łódź, Astaldi S.p.A Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy), „Climatic” Sp. z o.o. Sp. k. Reguły, ul. Żytnia 6, 05-816 Michałowice** na rzecz zamawiającego: **Gdański Uniwersytet Medyczny, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3 A, 80-210 Gdańsk,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym:

- A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Apla Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 207/225, 93-231 Łódź,**
- B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Astaldi S.p.A Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy),**
- C. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **„Climatic” Sp. z o.o. Sp. k. Reguły, ul. Żytnia 6, 05-816 Michałowice,**

- 2.3 zasądza kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gdański Uniwersytet Medyczny, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3 A, 80-210 Gdańsk** na rzecz wykonawcy: **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa,** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 317/16
 Sygn. akt KIO 320/16
 Sygn. akt KIO 327/16
 Sygn. akt KIO 328/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę Centrum Medycyny Nieinwazyjnej etap 1”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 lutego 2016 r. pod numerem 2016/S 037-059576. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została udostępniona przez Zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 23 lutego 2016 r. Zmiana SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznych i finansowych została ogłoszona w dniu 3 marca 2016 r. i zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

KIO 317/16

Wykonawca Apla Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie ukształtowania opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający obowiązujące przepisy prawa. Odwołanie odnosi się zarówno do pierwotnego brzmienia warunków udziału w postępowaniu podanego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, jak i do brzmienia warunków po zmianie SIWZ z dnia 3 marca 2016 r.

Odwołujący wyjaśnił, że jako podmiot zdolny do realizacji zamówienia, poprzez niezgodnie z przepisami prawa ukształtowanie przez Zamawiającego treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu spełniania warunków udziału, został pozbawiony możliwości złożenia ważnej oferty, a w konsekwencji potencjalnie zawarcia umowy. Wadliwe sformułowanie zapisów SIWZ narusza zasadę uczciwej konkurencji i uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom w pełni zdolnym do realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu ukształtowanie w SIWZ (wraz ze zmianą z dnia 3 marca 2016 r.) warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu ich spełniania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp) i zasady określone w art. 22 ust. 1, 4 i 5 Pzp. Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegających na:

1. naruszającym art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1, 4 i 5 Pzp ukształtowaniem warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, w następującym zakresie;
 - a) warunek i opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu,

w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określony w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1.4 lit. c) SIWZ, zobowiązujący wykonawcę do wykazania się: „wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach”;

- b) warunek i opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określony w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. d) SIWZ, o treści: „Wykonawca musi wykazać, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” w związku z zapisem zamieszczonym pod pkt d): „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania te musi spełniać przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum”,
- c) warunek i opis sposobu oceny spełniania warunku sformułowany w ramach zmiany SIWZ z dnia 3 marca 2016 r., w zakresie Rozdziału IV ust. 1 pkt 4) lit. c) SIWZ zobowiązujący wykonawcę do wykazania iż: „osiągnął łączne przychody netto nie

mniejsze niż 500 mln zł. w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” oraz wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności, finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach” w związku z zapisem zamieszczonym pod pkt c): „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone w pkt. 4) c) spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum”.

Odwolujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1, 4 i 5 Pzp, poprzez ukształtowanie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, niezwiązany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłowe zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania a tym samym - uniemożliwiający udział zamówienia, w postępowaniu podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści zaskarżonych zapisów zawartych:

- w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4) c) SIWZ, poprzez anulowanie dotychczasowej treści i nadanie mu brzmienia: „wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się

6

o zamówienie wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wskazanego warunku będzie wykazanie wymaganej płynności finansowej przez minimum jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (członków Konsorcjum)”,

- w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. d) SIWZ, poprzez anulowanie dotychczasowej treści i nadanie mu brzmienia: „Wykonawca musi wykazać, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 300 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” oraz nadanie brzmienia zapisowi zamieszczonemu pod lit. d): „**W** przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przychody netto poszczególnych wykonawców podlegają sumowaniu, co oznacza, iż wymagania określone w pkt 4) d) wykonawcy muszą spełniać łącznie.”

- w zmianie SIWZ z dnia 3 marca 2016 r., w zakresie Rozdziału IV ust. 1 pkt 4 lit. c) SIWZ, poprzez anulowanie jej treści, rozdzielenie warunku na dwa podpunkty i nadanie im następującego brzmienia:

- pkt IV ppkt 1. 4 lit. c) SIWZ - „wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wskazanego warunku będzie wykazanie wymaganej płynności finansowej przez minimum jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (członków Konsorcjum)”

- pkt IV ppkt 1. 4 lit. d) SIWZ - „Wykonawca musi wykazać, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 300 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” - nadanie następującego brzmienia zapisowi zamieszczonemu pod pkt d): „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przychody netto poszczególnych wykonawców podlegają sumowaniu, co oznacza, iż wymagania określone w pkt 4) d) wykonawcy muszą spełniać łącznie.”

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1. 4 i 5 Pzp, w zakresie ukształtowania w SIWZ ogłoszeniu o zamówieniu oraz zmianie SIWZ z dnia 3 marca 2016 r. warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu ich spełniania.

Odwolujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ograniczeniem dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają w pełni możliwość prawidłowego, należytego zrealizowania zamówienia.

7

Mimo, iż Zamawiający ma szerokie kompetencje dotyczące sposobu opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu, to zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Pierwsza z tych przesłanek oznacza, że taki opis powinien być dokonany z uwzględnieniem celu jakiego ma służyć, tj. wyłonienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, jak również powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1632/11). Proporcjonalność warunku, zgodnie z orzecznictwem KIO, oznacza natomiast bezpośrednie nawiązanie do zdolności wykonawcy do wykonania całego zakresu zamówienia (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 720/131). Nieproporcjonalność warunku zachodzi zatem w sytuacji, gdy zostanie zachwiana równowaga pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękami należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy w wyniku sformułowania nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Zgodnie z art. 22 ust. 5 Pzp, celem ww. warunków i sposobu dokonania oceny ich spełnienia jest zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia.

W ocenie Odwołującego wymagania określone w kwestionowanych opisach sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za nieuzasadnione i nieproporcjonalne. I tak:

1. Warunek i opis sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określony w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. c) SIWZ.

Warunek w obecnym brzmieniu: „Wykonawca musi wykazać się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach” jest sformułowany w sposób nieprecyzyjny i budzący wątpliwości interpretacyjne. Z treści warunku nie można bowiem wprost wyczytać, czy w przypadku konsorcjum wystarczające dla spełnienia tego warunku jest wykazanie wymaganej płynności finansowej przez minimum jednego z członków konsorcjum czy też wskazaną płynność zobowiązani są wykazać wszyscy członkowie konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, jedyne zgodne z ustawą jest rozumienie powyższego warunku, oznaczające, iż wystarczające dla potwierdzenia jego spełnienia jest wykazanie wymaganej płynności finansowej przez minimum jednego z członków Konsorcjum. Odmienne rozumienie warunku skutkowałoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji ustanowionej w art. 7 ust. 1 Pzp i ograniczyłoby dostęp do zamówienia wykonawcom w pełni będącym w stanie je wykonać.

2. Warunek i opis sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określony w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV

8

ppkt 1. 4 lit. d) SIWZ

Zgodnie z opisem sposobu oceny wskazanego warunku wykonawca musi wykazać, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim”. Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymaganie powyższe musi spełniać przynajmniej jeden uczestnik konsorcjum. Jest to niezgodne z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1, 4 i 5 Pzp. Ideą, jaka przyświecała ustawodawcy wprowadzającemu możliwość wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom działającym wspólnie, było rozszerzenie kręgu podmiotów i zwiększenie konkurencji w postępowaniu, poprzez możliwość kumulowania potencjałów kilku podmiotów. Odnosząc powyższe do omawianego warunku, w przypadku Konsorcjum wystarczające dla jego potwierdzenia powinno być wykazanie osiągnięcia wymaganych przychodów przez jednego, kilku lub wszystkich członków Konsorcjum łącznie. Potwierdza to m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 24.02.2015 r. (sygn. III SA/Kr 1992/14), w którym czytamy m.in. „Odnosząc się do drugiego zarzutu podkreślić należy, że IZ RPO prawidłowo wskazała, że zapis rozdziału X pkt 5 SIWZ, zgodnie z którym, aby Zamawiający uznał, że konsorcjum spełnia postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty wymienione w tym rozdziale musiały zostać złożone przez każdego z konsorcjantów jest sprzeczne z ideą konsorcjum, które jest tworzone w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 17 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 733/10), wyrok z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1432/10).

Omawiany opis sposobu oceny spełnienia warunku stoi w sprzeczności z art. 22 ust. 4 Pzp, który wymaga by opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nim związany. Adekwatność opisu do przedmiotu zamówienia musi polegać na dostosowaniu kryteriów oceny do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Nie można przy tym mylić adekwatności z tożsamością. Instrumentem zapobiegającym powyższej nieprawidłowości jest wymóg proporcjonalności opisu do przedmiotu zamówienia. Opis jest proporcjonalny jeśli może mu sprostać każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie powiązać dokonany opis z charakterem zamówienia i celami jakim będzie ono służyło. Zamawiający powinien wymagać od wykonawców jedynie tego, co faktycznie jest niezbędne do realizacji konkretnego zamówienia.

9

W przypadku niniejszego postępowania wymaganie, aby wykonawca wykazał, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych, nie jest ani proporcjonalny, ani związany z przedmiotem zamówienia. Szacunki wskazują, iż wartość zamówienia nie powinna przekroczyć 350 mln zł., a więc około 150-200 mln złotych rocznie, w związku z czym wymóg postawiony przez Zamawiającego należy uznać za znacząco wygórowany.

Ponadto, odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców Zamawiający postawił w SIWZ aż cztery wymogi. Oprócz dwóch omówionych w odwołaniu warunków, Zamawiający wymaga, aby wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę OC z sumą gwarancyjną nie mniejszą niż 100 mln. zł oraz informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych i/lub zdolność kredytową na kwotę co najmniej 200 mln zł. Już na podstawie tych dwóch współczynników Zamawiający jest w stanie w pełni zweryfikować zdolność finansową wykonawcy do realizacji zamówienia. Dodatkowe wymaganie przychodu netto o tak zawyżonej wartości oraz płynności finansowej na tak wysokim poziomie nie jest uzasadnione żadną realną potrzebą związaną z realizacją zamówienia, ani jego wartością. Przy płatnościach częściowych, jakie założył w projekcie umowy Zamawiający są to wymagania nadmierne i w sposób nieuzasadniony ograniczające uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia podmiotom w pełni zdolnym do jego realizacji.

Odwołujący wniósł o obniżenie ww. wymagań tak, aby dla potwierdzenia warunku wystarczające było, by wykonawca (a w przypadku wykonawców występujących wspólnie wszyscy wykonawcy tworzący konsorcjum łącznie) wykazał, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 300 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim”.

3. Warunek i opis sposobu oceny warunku sformułowany w ramach zmiany SIWZ dokonanej w dniu 3 marca 2016 r., w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4 lit. c) SIWZ zobowiązujący wykonawcę do wykazania, iż: „osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” oraz wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności, finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach” w związku z zapisem zamieszczonym pod pkt c): „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone w pkt. 4) c) spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum”.

Odwołujący podkreślił, że wątpliwości co do zgodności z przepisami prawa opisanych

10

w SIWZ warunków pogłębiły się w wyniku dokonanej przez Zamawiającego w dniu 3 marca 2016 r. zmiany SIWZ. Warunki te, jako wzbudzające wątpliwości interpretacyjne, stały się przedmiotem pytań wykonawców. W ramach odpowiedzi, Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, która nie zadośćuczyniła wnioskowi wykonawców. Warunek w brzmieniu po zmianie, w sposób jeszcze bardziej dotkliwy narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz ogranicza

dostęp do zamówienia. W przypadku wykonawców występujących wspólnie, przynajmniej jeden z nich musi samodzielnie wykazać, iż posiada zarówno łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych, jak i wskaźnik bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większy bądź równy 1,40 w ostatnich 3 latach. Takie sformułowanie warunku stoi w sprzeczności z ideą wspólnego występowania wykonawców, tworzenie konsorcjum praktycznie traci swój cel i sens. Zamawiający dokonując powyższej zmiany stoi w sprzeczności nie tylko z art. 7 ale również art. 22 ust. 1, 4 i 5 Pzp. Warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do wskaźnika bieżącej płynności finansowej wystarczającym jest jeśli minimum jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykaże jego spełnienie. Natomiast w przypadku wymogu posiadania określonego przychodu netto, przychód ten powinien podlegać sumowaniu i odnosić się łącznie do wszystkich wykonawców występujących wspólnie.

Wymaganie, aby wykonawca wykazał że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł. w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych nie jest ani proporcjonalne, ani związane z przedmiotem zamówienia i powinno zostać obniżone do wartości 300 mln zł. Uzasadnia to zarówno wartość przedmiotu zamówienia, jak i sposób dokonywania płatności określony w SIWZ.

Wykonawca IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 317/16 po stronie odwołującego,

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, a następnie pismem z dnia 17 marca 2016 r. cofnął swoje przystąpienie do ww. sprawy o sygn. akt KIO 317/16.

KIO 320/16

Odwołujący Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na naruszenie zasady konkurencyjności i przejrzystości, mających zastosowanie w prawie zamówień publicznych oraz wynikających z tych zasad przepisów dotyczących sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnoszących się do sporządzania opisu 11

przedmiotu zamówienia, opisu sposobu obliczenia ceny oferty. Zdaniem Odwołującego, postanowienia SIWZ zostały sformułowane w sposób niepełny, często niezrozumiały, a niekiedy wręcz wadliwy i sprzeczny ze sobą, uniemożliwiając złożenie prawidłowych i konkurencyjnych ofert. W zakresie modyfikacji wymagań SIWZ z dnia 3 marca 2016 r., w zakresie dokumentów dla spełnienia warunków udziału odnoszących się do warunku zdolności ekonomiczno-finansowej, zmienione wymagania stanowią naruszenie ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w sposób uniemożliwiający ubieganie się o zamówienie przez Odwołującego.

Powyższe powoduje, że interes prawny Odwołującego został naruszony, poprzez brak możliwości ubiegania się o zamówienie i w konsekwencji uzyskania tego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że działania Zamawiającego naruszają przepisy art. 7 ust 1 Pzp, art 22 ust 1 pkt 5 Pzp, art 25 ust 1 Pzp, art 29 ust 1 i 2 Pzp, art 31 ust. 1 Pzp, art. 33 ust 1 pkt 1 Pzp, art 36 ust 1 pkt 6,10,12 Pzp i wniósł o nakazanie zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w odwołaniu.

I. Wymaganie dotyczące sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej dla wykazania spełnienia warunków Zamawiający wymaga wykazania się:

- wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach oraz
- osiągnięciem łącznych przychodów netto nie mniejszych niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”.

Zamawiający wymagał w SIWZ - Rozdział V ust 1 pkt 6) - złożenia wraz z ofertą dokumentów oraz informacji takich jak:

- „sprawozdanie finansowe łącznie z opinią biegłego rewidenta o ile podlega ono badaniu

zgodnie z przepisami o rachunkowości. W przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej oraz przychody netto należy wpisać w formularz oferty załącznik nr 1 do SIWZ". -

Zamawiający, udzielając wyjaśnień na pytanie wykonawcy z dnia 3 marca 2016 r. dotyczące powyższych dokumentów dokonał zmiany SIWZ w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4) SIWZ, żądając w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku przedłożenia

12

sprawozdań finansowych łącznie z opinią biegłego rewidenta o ile podlega ono badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości „[...] za lata 2013, 2014 i 2015. Z uwagi na uzyskanie opinii biegłego rewidenta odnośnie sprawozdania za 2015 r. do dnia 30.06.2016 r. dokumentem spełniającym wymagania, określone w pkt 4 c) będzie sprawozdanie finansowe za 2015 rok bez opinii biegłego rewidenta.” Powyższe zostało potwierdzone w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 8 do treści SIWZ.

Zmodyfikowane wymaganie oznacza brak możliwości ubiegania się o zamówienie Odwołującego (i innych wykonawców), pomimo że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wymaganie jest niezgodne z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231), zgodnie z którym Zamawiający ma prawo wymagać „sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres”.

Zamawiający, poprzez wymóg dołączenia sprawozdania za konkretne lata kalendarzowe, w tym 2015 r., powoduje ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom, dla których obowiązki dotyczące sprawozdawczości mają inne czasookresy niż we wskazanych w SIWZ po zmianie datach. W tym właśnie celu ustawodawca w ww. rozporządzeniu nie zrównał lat obrotowych z kalendarzowymi.

W tej sytuacji zmiana powoduje brak możliwości złożenia przez Odwołującego sprawozdania za rok 2015 - bowiem dla niego obowiązek sprawozdawczy (bez badania przez biegłego) za ostatni rok obrotowy to dzień 30.04.2016 r. Ostatni rok obrotowy objęty obowiązkiem sprawozdawczym i dostępnością sprawozdania to na dzień składania ofert (aktualnie po zmianie z 3.03.2016 r. -1.04.2016 r.) rok 2014. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w aktualnym brzmieniu, SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna w zakresie warunku udziału w postępowaniu (3 lata obrotowe) z dokumentem w postaci sprawozdania (za lata 2013,2014, 2015).

Odwołujący wniósł o usunięcie modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanego powyżej wymagania dotyczącego obowiązku dostarczenia sprawozdań wraz z badaniem sprawozdania za określone lata, bowiem powyższe nie uwzględnia indywidualnego dla każdego z wykonawców obowiązku w zakresie sprawozdawczości oraz narusza ww. przepis rozporządzenia.

13

II. Żądanie Zamawiającego zawarte w SIWZ dotyczące obowiązku sporządzenia oraz złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych.

Zamawiający wymaga złożenia przez wykonawców ubiegających się o zamówienie kosztorysów ofertowych, wskazując w pkt 24 SIWZ, z treści którego wynika, że na etapie złożenia oferty i oceny ofert nie będzie w żaden sposób brany pod uwagę kosztorys ofertowy, bowiem będzie on miał jedynie charakter pomocniczy przy rozliczaniu i ocenie stopnia zaawansowania robót. Powyższe potwierdza przyjęty sposób rozliczenia robót na etapie realizacji zamówienia opisany we wzorze umowy zawartym w SIWZ.

Zatem, Zamawiający nie przewiduje procesu badania treści kosztorysów w kontekście zgodności z SIWZ, a w konsekwencji odrzucania oferty w sytuacji gdyby treść kosztorysów okazała się niezgodna z SIWZ. Zamawiający nie przekazuje bowiem w SIWZ precyzyjnych

przedmiarów odpowiadających dokumentacji projektowej, stwierdzając, że również i one pełnią wyłącznie rolę pomocniczą dla wykonawców do sporządzenia kosztorysów ofertowych. Zamawiający wskazał w pkt 24, że wykonawca ma prawo dopisywać pozycje, zmieniać obmiary, podstawy wyceny w składanych kosztorysach.

W tych okolicznościach - na etapie składania ofert kosztorysy nie są dokumentami niezbędnymi dla oceny ofert i jako takie są zbędne, skoro nie pełnią żadnej funkcji w procesie oceny i porównania ofert.

Zamawiający przewidział wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym, co wprost potwierdza brzmienie § 12 Wzoru umowy. W zakresie etapowania płatności, umowa przewiduje w § 13, że rozliczenie wynagrodzenia następować będzie na podstawie faktur VAT wystawianych w cyklach miesięcznych, za roboty prawidłowo wykonane, według procentowego zaawansowania robót i zgodnie z Harmonogramem, wg stanu na dzień sporządzenia Protokołu Zaawansowania Robót, którego dotyczy lub Protokołu Odbioru Końcowego Robót Budowlanych.

Żądanie sporządzenia i załączenia do oferty kosztorysów ofertowych stanowi zatem wymaganie, które narusza zasadę proporcjonalności uznaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jako jedną z zasad ogólnych prawa europejskiego. Stwierdzenie, czy dane działanie zamawiającego jest zgodne z zasadą proporcjonalności wymaga przede wszystkim odpowiedzenia na pytanie o cel danego działania oraz czy dane działanie doprowadzi do osiągnięcia założonego celu, a ponadto, czy takie działanie jest konieczne, tj. czy założonego celu nie można osiągnąć innymi środkami, które mogłyby być mniej uciążliwe dla danej osoby. Odwołujący przywołał orzeczenie TS w sprawie C-3/88, w której Trybunał uznał za nieuprawnione wprowadzanie środków bardziej restrykcyjnych, gdy istnieją mniej restrykcyjne środki dla osiągnięcia zamierzonego celu.

Zdaniem Odwołującego, nie ma logicznego uzasadnienia dla żądania sporządzenia

14

kosztorysów już na etapie składania ofert, skoro będą one wykorzystywane (i to też w minimalnym stopniu) dopiero na etapie rozliczeń z zamawiającym.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia obowiązku sporządzenia kosztorysów ofertowych i złożenia w ofertach i poprzestanie na konieczności złożenia wraz z ofertą wypełnionej tabeli kosztów według załączonego do SIWZ wzoru - załącznika nr 6 do SIWZ, co powinno ułatwić i wydatnie skrócić proces przygotowania oferty, a przede wszystkim oszczędzić niepotrzebnych problemów w procesie oceny i porównania ofert. Zamawiający, o ile uznaje kosztorys za niezbędny, może wymagać złożenia tego dokumentu na etapie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy bądź też już po zawarciu umowy.

III. Wymagania SIWZ dotyczące wyposażenia obiektu w wyroby medyczne.

Zgodnie z SIWZ, zasadniczy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie na zasadzie generalnego wykonawstwa, kompleksowej realizacji budynków B, C, D wchodzących w skład obiektu Centrum Medycyny Nieinwazyjnej [CMN] wraz z budową trzech łączników naziemnych do istniejących budynków, infrastrukturą techniczną, sieciami, przyłączami, zagospodarowaniem terenu, z wyłączeniem części robót „stanu zero” oraz wykonanie robót rozbiórkowych. Komponentem zamówienia jest również dostawa, montaż, instalacja i uruchomienie wymagające wbudowania i stałych podłączeń sprzętu medycznego.

Zgodnie z SIWZ, realizacja przedmiotu zamówienia [w tym dostawy sprzętu] ma nastąpić w ciągu 25 miesięcy od przekazania placu budowy. Zamawiający dodatkowo premiuje w kryterium oceny ofert o wadze 5% skrócenie terminu wykonania o maksymalnie 2 miesiące.

Wzór umowy - Załącznik nr 9 do SIWZ § 3 ust 2 lit f-g) określa wymagania odnośnie rocznika produkcji oferowanych urządzeń w następujący sposób:

f) „wszelkie urządzenia dostarczone w ramach umowy będą fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2017 i będą składać się z fabrycznie nowych podzespołów, jak również będą odpowiadać właściwym normom obowiązującym na terenie Polski i będą zgodne z umową, bez jakichkolwiek wad,

g) Sprzęt i Systemy Sterujące będą fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2018 i będą składać się z fabrycznie nowych podzespołów, jak również będą odpowiadać właściwym normom obowiązującym na terenie Polski i będą zgodne z umową, bez jakichkolwiek wad.”

Jak wynika z treści Załącznika nr 5 do SIWZ - Opis wymaganych parametrów

technicznych i szkoleń - wymagany rok produkcji poszczególnych urządzeń to rok 2018.

Z powyższego wynika że wykonawca składając ofertę musi zaoferować zidentyfikowane co do tożsamości urządzenie określonego producenta oraz o określonym

15

modelu/typie. Tym samym należy zaoferować konkretny model urządzenia o konkretnych parametrach technicznych (granicznych jak i podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert), które faktycznie zostanie wyprodukowane w roku 2018.

Jak wynika z wiedzy Odwołującego, wyroby medyczne stanowiące przedmiot zamówienia charakteryzują się szczególną wrażliwością na zmiany technologiczne. Żaden z producentów nie jest w stanie podać modelu/typu urządzeń o konkretnych parametrach technicznych katalogowo wg 2016 r., które będą wyprodukowane w roku 2018.

W konsekwencji, żaden z wykonawców nie jest w stanie zaoferować produktu, który aktualnie nie znajduje się w ofercie producenta, co oznacza, że nie jest również w stanie podać modelu oferowanego produktu danego producenta, który będzie produkowany za 2 lata.

Odwołujący wniósł o usunięcie wymagania dotyczącego rocznika produkcji urządzeń dla wszystkich urządzeń i zastąpieniu tego wymagania, poprzez dopuszczenie podania rocznika produkcji zgodnego z rocznikiem składania ofert, tj. 2016. Powyższe umożliwi dodatkowo Zamawiającemu realną ocenę rzetelności parametrów technicznych podanych w treści Załącznika nr 5 i odniesienie ich do istniejących na dzień składania ofert urządzeń na podstawie załączonych do oferty materiałów informacyjnych. Wzór umowy przewiduje możliwość aneksowania jej w przypadkach wymienionych w § 33.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w przypadku większości urządzeń (Załącznik nr 5) występuje konieczność załączenia do oferty „firmowych materiałów informacyjnych z parametrami technicznymi oferowanego przedmiotu zamówienia”, co jest obiektywnie niemożliwe skoro urządzenia mają być wyprodukowane w 2018 r.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na brak precyzji powyższego wymagania, które nie wskazuje na źródło ich pochodzenia [np. producenta bądź autoryzowanego krajowego dystrybutora], co może skutkować składaniem materiałów informacyjnych tworzonych przez samych wykonawców (nie będących producentami wyrobów) na potrzeby postępowania, co będzie powodowało, że cel żądania tych dokumentów jakim jest uzyskanie wiarygodnych informacji producenta o rzeczywistych parametrach oferowanych urządzeń, nie zostanie osiągnięty.

Ponadto, wobec rozbudowanego kształtu wymagań dotyczących poszczególnych urządzeń materiały informacyjne producentów nie odzwierciedlają każdej z cech wyspecyfikowanych w tabelach. W tej sytuacji konieczne byłoby dopuszczenie, w zakresie cech niepotwierdzonych wprost w materiałach informacyjnych bądź też w przypadku gdy rozwiązanie oferowane będzie rozwiązaniem dedykowanym o cechach odmiennych niż objęte standardowych, katalogiem producenta, oświadczenia producenta urządzenia lub jego autoryzowanego przedstawiciela. Oświadczenie takie w zakresie autoryzacji danych oraz

16

pewności informacji ma taki sam walor dowodowy jak materiał informacyjny producenta.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie zmiany SIWZ, poprzez określenie pochodzenia materiałów informacyjnych, doprecyzowanie zakresu informacji, jakie mają być potwierdzone w materiałach oraz o dopuszczenie możliwości złożenia uzupełniającego oświadczenia producenta lub autoryzowanego dystrybutora oferowanych wyrobów na zgodność cech oferowanego przedmiotu zamówienia.

Wykonawcy: IDS-BUD S.A., z siedzibą w Warszawie i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 320/16, po stronie odwołującego.

KIO 327/16

Wykonawca: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego:

I. art. 22 ust. 4 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 23 Pzp, poprzez określenie

warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowych i ekonomicznych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, w zakresie spełnienia warunku odnoszącego się do łącznych przychodów netto w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, nie zaś do średniej przychodów netto osiągniętej w ostatnich 3 latach obrotowych oraz poprzez wprowadzenie zmiany do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 3 marca 2016 r., która prowadzi do tego, że warunek w zakresie łącznych przychodów netto oraz warunek związany ze wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej musi zostać spełniony przez tego samego członka konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

II. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

III. art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji, a w konsekwencji zmiany SIWZ z dnia 3 marca 2016 r. jeszcze bardziej zaostrza wymagania w porównaniu z pierwotną treścią SIWZ;

IV. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez niejasne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, tj. nieokreślenie parametrów minimalnych, które muszą spełniać rozwiązania równoważne 17

w stosunku do przewidzianych projektem oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów; V. art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, tj. poprzez opisanie w dokumentacji projektowej wymogów pozostających w wewnętrznej sprzeczności, co wskazuje na istotne błędy w ww. dokumentacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji postanowienia zawartego w rozdziale IV ust. 1 pkt 4 lit.c, poprzez jego rozdzielenie i zmianę na postanowienie o treści:

„lit. c) osiągnął średni przychód netto nie mniejszy niż 500 mln zł w okresie ostatnich 3 (trzech) lat obrotowych;

lit. d) wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większego bądź równego 1,2 w ostatnich 3 latach.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone pkt 4 c) spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone pkt 4 d) spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum w danym roku obrotowym.”

2. nadanie w pkt 26 SIWZ następującego brzmienia:

„Wszelkie zapisy zawarte w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, parametrach oraz STWiOR wskazujące na typ, znaki towarowe lub pochodzenie przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z wyrazami lub równoważne. Nazwy własne są przykładowe i nie wskazują na konkretny wyrób lub konkretnego producenta. Wykonawca oferując przedmiot równoważny do opisanego w specyfikacji czy w przedmiarach jest zobowiązany wykazać zachowanie równoważności co do parametrów, wskazanych jako parametry równoważności i określonych szczegółowo w dokumentacji projektowej, specyfikacji bądź też w przedmiarach. Wykonawca, każdorazowo przed zastosowaniem rozwiązania równoważnego, zobowiązany jest do udowodnienia, że wskazane rozwiązanie jest równoważne w stosunku do określonego przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej, specyfikacji bądź przedmiarze.”

3. wszędzie tam, gdzie w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, parametrach bądź STWiOR dopuszczone zostało rozwiązanie równoważne, o szczegółowe określenie funkcji bądź parametrów, co do których wykonawca zobowiązany jest wykazać równoważność, z zastrzeżeniem, iż określenie to nie może wskazywać na pozorną bądź iluzoryczność dopuszczenia rozwiązania równoważnego - co w szczególności oznacza, iż Zamawiający uprawniony jest do wskazania i określenia tylko tych parametrów, które związane są z funkcjonalnością oraz użytecznością danego rozwiązania; oraz do wskazania

dokonania tych szczegółowego sposobu przez Zamawiającego oceny spełniania parametrów;

4. wprowadzenie zmian w dokumentacji projektowej, które usuną wewnętrzną sprzeczność poszczególnych zapisów dokumentacji projektowej.

Odwołujący wyjaśnił, że zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia i tym samym posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Ukształtowanie powołanych powyżej postanowień SIWZ w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp powoduje, iż Odwołujący oraz inni potencjalni wykonawcy nie będą w stanie sporządzić oferty w sposób rzetelny, porównywalny, odpowiadający rzeczywistym potrzebom Zamawiającego oraz w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję. Zastrzeżone przez Zamawiającego wymogi prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców oraz są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

I. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ opisał w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej wymogi, które naruszają przepisy ustawy Pzp. Wymogi te odnosiły się do konieczności wykazania się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach oraz osiągnięcia łącznego przychodu netto nie mniejszego niż 500 000 000 PLN w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w przypadku wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie wymagania określone w zakresie osiągnięcia łącznych przychodów spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik konsorcjum.

Na skutek pytań wykonawców do treści SIWZ Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w dniu 3 marca 2016 r. i jeszcze bardziej zaostrzył ww. nieproporcjonalne wymogi. W zakresie wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający oczekuje, aby wykonawca osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycje: „Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi” oraz wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,4 w ostatnich 3 latach. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania wskazane powyżej musi spełniać przynajmniej jeden (ten sam) uczestnik konsorcjum. Zamawiający nie uzasadnił konieczności dokonania zmiany, która prowadzi jeszcze bardziej do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

Co do wymaganego wskaźnika bieżącej płynności finansowej, Odwołujący podniósł, że winien on być określony na poziomie 1,2. Wskaźnik ten obrazuje zdolność wykonawcy do regulowania zobowiązań posiadanymi środkami obrotowymi. Stanowi on stosunek majątku

19

obrotowego firmy do wysokości bieżących zobowiązań krótkoterminowych. Wartość wzorcowa tego wskaźnika - jak wynika z piśmiennictwa - powinna się mieścić w granicach od 1,2 do 2,0 (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2629/12). Jeżeli wartość aktywów obrotowych jest w górnej części tego przedziału na poziomie 2, oznacza to, że spółka jest płynna i nie ma problemów ze spłatą bieżących zobowiązań. W przypadku, gdy wskaźnik jest poniżej 1, oznacza to, że spółka ma kłopoty z utrzymaniem płynności finansowej, czyli, że może mieć problemy z regulowaniem bieżących zobowiązań.

Projekt umowy do niniejszego zamówienia, w tym w szczególności postanowienie § 13 ust. 1 i 2 przewiduje, że rozliczenie wynagrodzenia z tytułu realizacji robót budowlanych między stronami następować będzie na podstawie faktur VAT wystawionych w cyklach miesięcznych, za roboty prawidłowo wykonane, według procentowego zaawansowania robót i zgodnie z harmonogramem, wg stanu na dzień sporządzenia Protokołu Zaawansowania Robót, którego dotyczy lub Protokołu Odbioru Końcowego Robót Budowlanych. Okres rozliczeniowy strony ustalają od pierwszego do ostatniego dnia miesiąca kalendarzowego. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego, zastrzeżenie wysokości wskaźnika na poziomie 1,4 jest w żaden sposób nieuzasadnione.

W ocenie Odwołującego, również warunek w postaci osiągnięcia łącznych przychodów netto nie mniejszych niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych stanowi nadmierne i nieuzasadnione wymaganie. Odwołujący zauważył, że powszechnie zamawiający wymagają wykazania średnich przychodów netto w okresie ostatnich 3 lat obrotowych. Zdaniem Odwołującego, to na Zamawiającym ciąży ciężar udowodnienia,

dlatego zaostrzył w tym zakresie warunek.

Nieuzasadnione niedopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, przez stawianie nadmiernych wymogów stanowi naruszenie art. 22 ust. 4, a także art. 7 ust. 1 Pzp, jako przejaw ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Jeśli bowiem zamawiający różnicuje sytuacją wykonawców - dostęp do zamówienia w oparciu o kryterium spełniania warunku udziału, który jest zbędny dla zapewnienia należytej realizacji zamówienia - dyskryminuje tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytej realizacji zamówienia, a nie spełniają zbędnego warunku udziału (vide wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scri przeciwko Comune di Milano (C - 376/08), Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse S/A przeciwko Institute Nacionai de Gestion Sanitaria (C - 234/03).

20

II. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie równoważności.

W zakresie dopuszczalności i wymagań stawianych materiałom, urządzeniom lub rozwiązaniom równoważnym Zamawiający ograniczył się wyłącznie do ogólnikowego postanowienia zawartego w pkt II.26 SIWZ. Jednocześnie, w dokumentacji stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ, Zamawiający zawarł bardzo szczegółowe rozwiązania i wymagania w zakresie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, które albo wskazują wprost konkretny wyrób lub konkretnego producenta albo też przyjęte w dokumentacji rozwiązania - pomimo braku wyraźnego wskazania znaku towarowego - pozwalają na identyfikację w sposób jednoznaczny konkretnego wyrobu lub producenta. Analiza tej dokumentacji, biorąc pod uwagę stopień szczegółowości opisu, wskazuje, iż oceniając łącznie wszystkie znajdujące się tam właściwości w wielu elementach przedmiotu zamówienia, nie jest możliwe zastosowanie produktu innego niż wyraźnie lub pośrednio wskazany, który spełniałby całość detalicznie określonych wymagań. Jednocześnie, w dokumentacji, w której takie rozwiązania lub wymagania są zawarte, nie określono w sposób wyraźny i jednoznaczny parametrów równoważności, na podstawie których będzie można w sposób zobiektywizowany dokonać porównania produktów pod kątem równoważności.

Odwołujący podał jako przykład - opis modułowych osłon radiologicznych. Wskazał, iż jednym z elementów dokumentacji jest „Projekt wykonawczy modułowych osłon radiologicznych, pracowni akceleratorów, HDR oraz pom. dekontaminacji ścieków radioaktywnych”. Dokumentacja ta oznaczona jest znakiem handlowym „Veritas Medical Solutions” i przewidziane tam rozwiązania są charakterystyczne wyłącznie dla tego producenta. Dokument ten zawiera szereg detali, takich jak wielkość bloczków, ich gęstość, etc., jednocześnie nie zawiera wskazania, które z parametrów cechujących rozwiązania „Veritas Medical Solutions” stanowiąc będą kryteria służące do oceny równoważności alternatywnych rozwiązań.

Z uwagi na szczegółowość i indywidualność opisanych rozwiązań nie sposób uznać, iż wszystkie parametry dające się odczytać z projektu wykonawczego muszą być spełnione przez rozwiązanie równoważne, bowiem prowadziłoby to do wniosku, iż dopuszczenie równoważności jest w tym przypadku czysto iluzoryczne. Rozwiązania oferowane przez różnych producentów, zapewniając zachowanie kluczowych parametrów funkcjonalnych, którymi przy osłonach radiologicznych jest ochrona przed promieniowaniem, znacząco różnią się w szczegółach.

W innej części dokumentacji, tj. „Opisie do projektu wykonawczego - architektura tom II.I część 1.1” zawarto stwierdzenia: „System obejmuje wykonanie ścian, stropów, drzwi, przepustów z systemowych bloczków osłonowych np. Veritas lub równoważnych wraz z podkonstrukcją stalową i ew. dodatkowymi osłonami z płyt stalowych/ołowiowych.

21

Rozwiązania szczegółowe wg Projektu wykonawczego modułowych osłon radiologicznych pracowni akceleratorów, HDR oraz POM dekontaminacji ścieków radioaktywnych” TOM II.I CZ.1.6. Poniżej zawarto „Wykaz elementów składowych osłon radiologicznych pomieszczeń terapeutycznych dla trzech akceleratorów wysokoenergetycznych oraz jednego aparatu do brachyterapii” pod którym zamieszczono tabelę, która określa kilkanaście parametrów, jednak nie wskazuje, iż to te parametry będą brane pod uwagę przy ocenie równoważności. Co

więcej, niektóre z tych parametrów są charakterystyczne wyłącznie dla produktów Veritas Medical Solutions, a pozostają bez wpływu na parametry funkcjonalne, użytkowe lub jakościowe osłon radiologicznych. Również zatem z tego względu nie można ich uznać za kryteria oceny równoważności, bowiem prowadziłoby to do uznania, że równoważność w zakresie systemu osłon radiologicznych została zapewniona tylko pozornie.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że parametry wskazane w poz. 7 i 9 ww. wykazu nie są spełnione przez rozwiązania opisane w innej części dokumentacji przetargowej, tj. w „Projekcie wykonawczym modułowych osłon radiologicznych, pracowni akceleratorów, HDR oraz pom. dekontaminacji ścieków radioaktywnych”. Przewidziane tam rozwiązania „Veritas Medical Solutions” nie zapewniają oczekiwanej zgodnie z poz. 7 niezależności konstrukcji osłon od pozostałej części budynku ani nie umożliwiają przewidzianej w poz. 9 dowolnej konfiguracji układu osłon. Wskazuje to na naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, a pomiędzy poszczególnymi elementami dokumentacji przetargowej istnieją zasadnicze niezgodności.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, a następnie pismem z dnia 17 marca 2016 r. cofnął swoje przystąpienie do sprawy o sygn. akt KIO 327/16.

KIO 328/16

Wykonawca „Climatic 7” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach wniósł odwołanie wobec opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego zabudowy systemowej sal operacyjnych, sal przygotowania pacjenta, pokoi wybudzeń, sal porodowych - oraz związanej z zabudową - stolarki drzwiowej, tj. zapisów Załącznika nr 5 do SIWZ pozycja 22A i 22B.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 25, 29 ust. 1-3, art. 30 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, jak również umożliwiający złożenie oferty wyłącznie przy zastosowaniu rozwiązań jednego producenta, tj. Hospital Technik. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zabudowy systemowej oraz stolarki w sposób wskazany w odwołaniu. Modyfikacja powinna

22

dotyczyć konsekwentnie wszystkich dokumentów zawierających opis kwestionowanych rozwiązań, co najmniej załącznika nr 5 poz. 22A-22C.

Odwołujący wyjaśnił, że na skutek nieprawidłowości w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie będzie mógł złożyć oferty przez co może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia.

A Odwołujący podniósł zarzut, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zabudowy systemowej (poz. 22A i poz. 22B Załącznika nr 5) w sposób wskazujący na jedno rozwiązanie techniczne oferowane przez Hospital Technik należący do HT Group GmbH, doprowadzając do ograniczenia konkurencji. Wymagania Zamawiającego opisane poniżej, jak również żądanie przedłożenia wymienionych poniżej dokumentów pozostają w sprzeczności z rozwiązaniami przyjętymi w dokumentacji projektowej i stanowią jedynie „sztuczny” element opisu przedmiotu zamówienia, służący wyeliminowaniu innych rozwiązań występujących na rynku.

Odwołujący wskazał na następujące wymagania:

I. Zgodnie z poz. 2 tabeli znajdującej się w załączniku nr 5 dla poz. 22A, Zamawiający wymóg, aby lakierowana powierzchnia paneli systemowych wykazywała postawił właściwości antybakteryjne. Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu jest obowiązek przedłożenia „raportu z badań lub certyfikatu lub zaświadczenia zgodnego z DIN EN ISO 9001/14001 lub równoważną - wydanego przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkkS) lub notyfikowaną jednostkę”.

Odwołujący podniósł, iż normy DIN EN ISO 9001/14001 dotyczą systemów zarządzania jakością wg EN ISO 9001 oraz Zarządzania Środowiskowego wg EN ISO 14001. Zatem, wykazanie się dysponowaniem raportem/certyfikatem/zaświadczeniem o zgodności z DIN EN ISO 9001/14001 w żaden sposób nie potwierdzi spełnienia wymagania antybakteryjności przez oferowany panel. Tym samym, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał doboru dokumentu, który potwierdzać miałby określoną właściwość produktu, co stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp bowiem wymieniony powyżej dokument nie jest niezbędny do przeprowadzenia procedury badania oferty pod kątem

zgodności z postawionymi wymaganiami.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o usunięcie zapisu dotyczącego konieczności przedstawienia raportu z badań, certyfikatu lub zaświadczenia o zgodności z ww. normą.

Jednocześnie nie kwestionując prawa Zamawiającego do wymagania posiadania przez zabudowę panelową określonej cechy Odwołujący zaproponował, by przy jednoczesnym braku polskich i europejskich norm w tym zakresie, Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia dokumentu/ów wystawionych przez podmioty niezależne od

23

producenta, potwierdzających możliwość stosowania zabudowy panelowej w salach operacyjnych i zabiegowych jednostek służby zdrowia. W ocenie Odwołującego, powyższe będzie wystarczającym do zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

II. Zgodnie z poz. 6 tabeli załącznika nr 5 dla poz. 22A, Zamawiający postawił wymóg, by panele systemowe wykonane z włókna cementowego pokrytego HPL posiadały odporność na grzyby. Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu jest obowiązek przedłożenia „raportu z badań paneli lub certyfikatu lub zaświadczenia zgodnego z normą DIN EN ISO 9001/14001 lub równoważną - wydanego przez akredytowaną PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAKkS) lub notyfikowaną jednostkę”.

Odwołujący wskazał j.w., iż normy DIN EN ISO 9001/14001 dotyczą systemów zarządzania jakością wg EN ISO 9001 oraz Zarządzania Środowiskowego wg EN ISO 14001 więc wykazanie się dysponowaniem raportem/certyfikatem/zaświadczeniem o zgodności z DIN EN ISO 9001/14001 nie potwierdzi spełnienia wymagania antygrzybiczne paneli. Tym samym, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał doboru dokumentu, który potwierdzać miałby określoną właściwość produktu, co stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem wymieniony powyżej dokument nie jest niezbędny do przeprowadzenia procedury badania oferty co do zgodności z postawionymi wymaganiami.

Odwołujący wniósł o usunięcie wymogu przedstawienia raportu z badań, certyfikatu lub zaświadczenia o zgodności z ww. normą.

Odwołujący zaproponował, by przy jednoczesnym braku polskich i europejskich norm w tym zakresie, Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia dokumentu/ów wystawionych przez jednostki notyfikowane potwierdzających możliwość stosowania zabudowy panelowej w salach operacyjnych i zabiegowych jednostek służby zdrowia, jako właściwego punktu odniesienia.

III. Zgodnie z poz. 9 tabeli załącznika nr 5 dla poz. 22A, Zamawiający postawił wymóg, aby drzwi hermetyczne przesuwne systemowe posiadały właściwości gazoszczelności (określonej na poziomie $3,3 \text{ m}^2 \pm 5\%$ w stosunku do powierzchni drzwi), szczelności na wyciek (określonej na poziomie max. 900 l/h lub mniejszym przy nadciśnieniu/parciu $+50 \text{ Pa}$) lub wykazania zamiennie właściwości przepuszczalności powietrza (określonej na poziomie $0,9 \text{ m}^3/\text{h}$ lub mniejszej przy nadciśnieniu /parciu $+50 \text{ Pa}$). Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu jest obowiązek przedłożenia „raportu z badań lub certyfikatu lub zaświadczenia potwierdzającego spełnienie parametru drzwi wydane przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAKkS) lub notyfikowaną jednostkę oraz raportu lub sprawozdania z przeprowadzonych badań”.

Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia ww. zapisu jako nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia i niespójnego z pozostałymi wymaganiami. Odwołujący wyjaśnił,

24

że zgodnie z dokumentacją projektową, parametrem pracy dla drzwi wg dokumentacji projektowej branży sanitarnej jest nadciśnienie $+15 \text{ Pa}$, przy którym strata na nieszczelności w pomieszczeniu wynosić ma $450 \text{ m}^3/\text{h}$ (vide dokumentacja projektowa instalacji wentylacji mechanicznej). Wymóg jednostkowy postawiony odnośnie drzwi został ustalony na poziomie $0,9 \text{ m}^3/\text{h}$, a więc na poziomie o 450 razy wyższym niż dla całego pomieszczenia. Dodatkowo, zastosowanie drzwi o opisanych parametrach, przy założeniach projektowych zawartych w dokumentacji, pociągnie za sobą konieczność przeprojektowania instalacji wentylacji. Odwołujący zwrócił uwagę, iż drzwi opisane w poz. 9 stosuje się w pomieszczeniach, dla których ustalony został dużo wyższy poziom szczelności niż ma to miejsce w tym postępowaniu. Powyższe świadczy o tym, iż celem wprowadzenia wymogu jest wyłącznie ograniczenie kręgu możliwych do zaoferowania produktów.

Odwołujący wniósł o modyfikację ww. opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dobranie parametrów szczelności drzwi umożliwiających zachowanie parametrów pracy układów wentylacji oraz przeprowadzenie dekontaminacji gazowej. Na potwierdzenie parametrów szczelności wykonawca zobowiązany będzie przedstawić dokument wystawiony przez jednostkę notyfikowaną zaświadczący o powyższym.

IV. Zgodnie z poz. 11 tabeli załącznika nr 5 dla poz. 22A, Zamawiający wymaga zaferowania drzwi przesuwanych systemowych o współczynniku izolacji akustycznej R_w min 38 dB lub więcej. Na potwierdzenie spełnienia ww. wymogu należy przedstawić wraz z ofertą raport z badań lub certyfikat lub zaświadczenie potwierdzające spełnienie parametru izolacji akustycznej, zgodne z normą EN ISO 717-1 lub równoważną, wydany przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkkS) lub notyfikowaną jednostkę.

Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia tego zapisu i opisanie wymogu w zakresie izolacji akustycznej, zgodnego z normami właściwymi dla stosowania w salach operacyjnych. Odwołujący wskazał, iż norma EN ISO 717-1 nie statuuje jakichkolwiek wymogów izolacji akustycznej wobec drzwi, a jedynie opisuje metody dokonywania pomiarów. Prawidłowym punktem odniesienia dla opisywanego parametru jest norma PN-B-02151-3:2015-10 Akustyka budowlana -- Ochrona przed hałasem w budynkach -- Część 3: Wymagania dotyczące izolacyjności akustycznej przegród w budynkach i elementów budowlanych. Pozostałe drzwi opisane w dokumentacji projektowej zakładają izolację akustyczną na poziomie nieprzekraczającym 32 dB, tym samym brak jest uzasadnienia dla tak wygórowanego wskaźnika w odniesieniu do jednego rodzaju drzwi. Odwołujący podkreślił, że parametr izolacji akustycznej w tym przypadku został dobrany celowo pod konkretne jednostkowe rozwiązanie występujące na rynku, celem ograniczenia konkurencji.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy nie tylko postawił wymóg dotyczący parametru, ale również w sposób nieprawidłowy dobrał dokument, który

25

miałby zaświadczyć o spełnieniu postawionego wymogu.

V. Zgodnie z poz. 14 tabeli znajdującej się w załączniku nr 5 dla poz. 22A, Zamawiający wymaga, aby ścianka obustronnie obłożona panelami z włókna cementowego posiadała współczynnik izolacji akustycznej na poziomie R_w p min 42 dB lub więcej. Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu jest obowiązek przedłożenia „raportu z badań lub certyfikatu lub zaświadczenia wydanego przez akredytowaną lub notyfikowaną jednostkę”.

Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia ww. zapisu w całości i opisanie wymogu w zakresie izolacji akustycznej, zgodnego z normami właściwymi dla stosowania w salach operacyjnych.

Odwołujący podkreślił, iż opisane tak rozwiązanie wskazuje na konkretne rozwiązanie techniczne, dla którego dany podmiot uzyskał żądany przez Zamawiającego dokument. Na gruncie obowiązującego prawa nie ma obowiązku przeprowadzania badań pod kątem izolacji akustycznej, tym samym żądanie złożenia takiego dokumentu służy wyłącznie eliminacji konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, sposób doboru wyposażenia w tym przypadku został dokonany z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, bowiem opisano rozwiązania wskazujące na jeden system zabudowy pomimo, iż na rynku występują inne systemy, gwarantujące poszanowanie interesów Zamawiającego. Zamawiający wskazuje wprost na Hospital Technik, jako spełniający określone wymagania. Okoliczność, iż dopuszczono rozwiązanie równoważne jest pozorną czynnością, bowiem dobór parametrów uniemożliwia zaferowanie innego produktu.

Ponadto, Zamawiający wymaga złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie opisanych w nieprawidłowy sposób parametrów, których posiadanie w celu wprowadzania produktów do obrotu na gruncie obowiązującego prawa nie jest bezwzględnie wymagane, a ponadto nie w każdym przypadku dokumentują one spełnienie parametru, który mają potwierdzać. Powyższe świadczy o tym, że dobór tych dokumentów został dokonany z naruszeniem art. 25 ust. 1 Pzp

B. Zarzut, iż wymóg poz. 15 załącznika nr 5 dla poz. 22A, dotyczący konieczności załączenia autoryzacji producenta zabudowy systemowej i drzwi - jest wymogiem nieuprawnionym i ograniczającym konkurencję.

Odwołujący podniósł, że partnerem Zamawiającego w realizacji zamówienia jest wykonawca składający ofertę, i to względem niego Zamawiający uprawniony będzie kierować określone żądania, m.in. w zakresie serwisu. Postawiony wymóg ogranicza krąg

potencjalnych wykonawców wyłącznie do producentów zabudowy lub ich upoważnionych przedstawicieli, co pozostaje w sprzeczności z definicją wykonawcy zawartą w art. 2 Pzp. Wobec ww. zapisu, złożenie oferty przez podmiot zdolny do wykonania zamówienia

26

Zamawiający uzależnił od woli podmiotu trzeciego, będącego producentem zabudowy i drzwi, co jest nieuprawnione.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o wykreślenie tego zapisu.

Odwołujący wskazał, że na rynku polskim istnieje dwóch wiodących producentów, którzy w ciągu roku w Polsce realizują około 30 sal operacyjnych w technologii panelowej każdy, co daje około 75% rynku. Specyfikacje techniczne zostały opracowane w sposób ograniczający, wręcz uniemożliwiający realizację zamówienia przez polskich producentów.

Wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Maquet Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 328/16 po stronie odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 328/16. Wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że nie ograniczył wykonawcom możliwości dostawy elementów zabudowy systemowej tylko do jednego producenta i nie wymaga, aby wszystkie elementy tej zabudowy były wyprodukowane przez ten sam podmiot. W treści załącznika 5 dla poz. 22a wykonawca musi wskazać dokładny opis oferowanego parametru i/lub oferowanego rozwiązania oraz producenta dla każdej pozycji tabeli. Gdyby Zamawiający wymagał wykonania zabudowy w oparciu o elementy pochodzące od jednego producenta to mógł taki wymóg ustanowić, a ponadto mógłby żądać jednego dokumentu potwierdzającego wszystkie parametry dla zabudowy, jako całości, czego nie uczynił.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących poz. 2 i 6 załącznika 5 poz. 22a, Zamawiający wskazał, że wymóg, dotyczący złożenia dokumentów potwierdzających właściwości lakierowanej powierzchni paneli systemowych i paneli systemowych z włókna cementowego pokrytego HPL posiadających odporność na grzyby, został sformułowany zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane. Podkreślił, że nie było zamiarem Zamawiającego weryfikowanie, czy zabudowa może być stosowana w salach operacyjnych i zabiegowych lecz odporność antybakteryjna powierzchni paneli oraz odporność na grzyby paneli systemowych z włókna cementowego pokrytego HPL. Wskazując normę ISO 9001/14001 Zamawiający miał na uwadze procedurę badania przez jednostki certyfikujące. Wykonawca błędnie w tym zakresie zinterpretował ten zapis. Ponieważ nie jest jednak niezbędne odwoływanie się do tej normy, Zamawiający w dniu 18 marca 2016 r. zmodyfikował treść opisu ww. pozycji przez wykreślenie powołanych norm.

W zakresie zarzutu dotyczącego poz. 9 załącznika 5 poz. 22a, Zamawiający wyjaśnił,

27

że ma zamiar wykorzystać w salach operacyjnych metodę dezynfekcji gazowym nadtlentem wodoru, który jest środkiem biobójczym, a tym samym mocno szkodliwym. Parametry szczelności drzwi są związane z tą metodą dezynfekcji. Proces wentylacji ma być sterowany z sali operacyjnej, co wynika z konieczności jej wyłączenia podczas procesu dekontaminacji (załącznik 5 poz. 21A i 21B). Zasadność żądania Zamawiającego potwierdził składając oświadczenie dystrybutora urządzeń do dekontaminacji gazowej oraz opinię specjalisty mgr inż. L. Ślesickiego projektanta i kierownika robót budowlanych bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji sanitarnych oraz gazowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego poz. 11 i 14 załącznika 5 poz. 22a, Zamawiający wskazał, że norma EN ISO 717-1 została podana, jako obowiązująca przy wykonywaniu badania przez jednostkę certyfikującą. Zamawiający wyjaśnił, że izolacja akustyczna sal operacyjnych jest niezbędna ze względu na szczególne warunki pracy wymagające koncentracji, a także ze względu na pracujące na salach urządzenia rejestrujące dźwięk. Blok operacyjny będzie posiadał zintegrowany system sterowania salami operacyjnymi (załącznik 5 poz. 20) w tym rejestracji dźwięku z mikrofonu bezprzewodowego i nagłośnienia Sali w celu prowadzenia m.in. konsultacji w trakcie trwania zabiegu. Konieczne jest zatem stworzenie warunków izolacji akustycznej poszczególnych sal bloku operacyjnego. Ustalając

wymogi Zamawiający miał na uwadze standardy określone w normie PN-B-02151-3:2015-10 (tablica nr 5 ww. normy). Wskaźnik izolacji akustycznej został ustalony przez Zamawiającego na poziomie dużo niższym niż wskazany w ww. normie. W pkt. VII.3 ww. tabeli wskazano normy dla ścian i drzwi między zespołami pomieszczeń operacyjnych w szpitalu a pozostałymi pomieszczeniami w szpitalu, tj. powyżej 55 dB dla ścian bez drzwi oraz części pełnej ściany z drzwiami oraz powyżej 35 dB dla drzwi do zespołu pomieszczeń z korytarza. W związku z powyższym nie sposób uznać, że żądanie współczynnika izolacji akustycznej dla ścianki z paneli na poziomie 42 dB i dla drzwi na poziomie 38 dB jest nadmierny dla pomieszczeń, w których dźwięk i obraz będzie rejestrowany i transmitowany do innych pomieszczeń i obiektów. W innych pomieszczeniach, poza salami operacyjnymi dla drzwi jest wymagany wskaźnik na poziomie 32 dB.

Co do wymogu zawartego w poz. 15 załącznika 5 dla poz. 22a, dotyczącego załączenia autoryzacji producenta zabudowy systemowej i drzwi, Zamawiający wyjaśnił, że specjalistyczne produkty i urządzenia wymagają profesjonalnego serwisu, który zapewniają podmioty współpracujące bezpośrednio z producentem. Według ustaleń Zamawiającego uzyskanie autoryzacji producenta na serwis dostarczonego elementu zabudowy nie jest trudne. Jest bowiem możliwe korzystanie przez dostawcę z usług serwisowych świadczonych przez autoryzowanych partnerów serwisowych danego producenta. Krąg wykonawców w powyższym zakresie nie może być ograniczony wyłącznie 28

do podmiotów działających na terytorium Polski.

Zamawiający wyjaśnił także, że według jego ustaleń, rozwiązania opisane w przedmiotowym postępowaniu może złożyć wielu wykonawców działających na terenie UE, w oparciu o dostępne technologie. Zamawiający ma prawo do realizacji celu, jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia, korzystając z nowoczesnych technologii, które nie zawsze muszą być dostępne na krajowym rynku. Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, że opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego obiektywnie ogranicza konkurencję.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Nie zasługują na uwzględnienie odwołania wniesione przez wykonawców: Apla Sp. z o.o., Astaldi S.p.A., „Climatic” Sp. z o.o. Sp.k.

Na uwzględnienie zasługuje odwołanie wniesione przez wykonawcę IDS-BUD S.A. z uwagi na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego braku wskazania w SIWZ parametrów oceny równoważności oferowanych produktów i rozwiązań w stosunku do opisanych w SIWZ.

Izba stwierdziła, że wszyscy odwołujący się wykonawcy wykazali spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, legitymujących ich do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego, spełniających warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, zgłoszonych przez wykonawców:

- IDS-BUD S.A. – w sprawie o sygn. akt KIO 317/16, KIO 320/16, po stronie odwołującego,
- Mostostal Warszawa S.A. - w sprawie o sygn. akt KIO 320/16, KIO 328/16, po stronie odwołującego,
- Maquet Polska Sp. z o.o. – w sprawie o sygn. akt KIO 328/16, po stronie odwołującego.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w tych odwołaniach.

Zarzuty dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców oraz opisu sposobu oceny spełniania tych warunków.

KIO 317/16 Apla Sp. z o.o.,

Izba nie stwierdziła naruszenia zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp) i zasad określonych w art. 22 ust. 1, ust. 4 i ust. 5 Pzp, w związku z ukształtowaniem opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonego:

- w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. c) SIWZ, zobowiązującego wykonawcę do wykazania się: „wskaźnikiem bieżącej płynności, finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach”;

- w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. d) SIWZ, o treści: „Wykonawca musi wykazać, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” w związku z zapisem zamieszczonym pod pkt d): „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania te musi spełniać przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum”;

- w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4 lit. c) SIWZ (po zmianie z 3 marca 2016 r.) zobowiązującego do wykazania iż: „osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł. w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” oraz wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności, finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach” w związku z zapisem zamieszczonym pod pkt c): „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone w pkt. 4) c) spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum”;

w sposób naruszający uczciwą konkurencję, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłowe zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a co za tym idzie – w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 i 5 Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz

30

proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz musi prowadzić do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Opis ten nie może utrudniać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nadmierne podmiotowe wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Adekwatność opisu do przedmiotu zamówienia musi polegać na dostosowaniu kryteriów oceny do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Wymóg proporcjonalności nakazuje ustalenie w jakim stosunku poziom warunku udziału musi pozostawać wobec przedmiotu zamówienia, aby zapewnić prawidłowy wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z ograniczeniem dostępu do zamówienia wykonawców, którzy posiadają w pełni możliwość prawidłowego, należytego zrealizowania zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunku nie narusza wskazanych przepisów ustawy Pzp. Nieproporcjonalność warunku udziału w postępowaniu zachodzi wówczas, gdy warunek zostanie ustalony w sposób nadmierny lub niewystarczający w stosunku do konieczności zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, uwzględniając stopień skomplikowania, specyfikę, charakter, zakres i wartość przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 5 Pzp, celem opisu warunków i opisu sposobu dokonania oceny ich spełnienia jest zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. Zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Każdy z rodzajów warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp dotyczy innego obszaru potencjału wykonawcy, który może być badany i oceniany w odniesieniu do konkretnych warunków realizacji danego przedmiotu zamówienia.

Warunek i opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej dotyczy oceny możliwości udźwignięcia przez wykonawcę realizacji zamówienia pod względem ekonomicznym i finansowym.

W ocenie Izby, warunek określony w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. c) SIWZ, iż: „Wykonawca musi wykazać się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach" został sformułowany w sposób jasny i niebudzący wątpliwości Interpretacyjnych. Brzmienie tego warunku wskazuje, że w przypadku wykonawcy, a tym samym wykonawców występujących wspólnie, wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wskazanego warunku jest wykazanie wymaganej płynności finansowej przez minimum jednego z członków konsorcjum. Powyższe wynika z art. 23 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców ubiegających się wspólnie

31

o zamówienie. Nie chodzi tu o wykazanie spełnienia tego warunku przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna. Jak wynika z dalszej treści odwołania, Odwołujący prawidłowo w konkluzji zinterpretował treść tego warunku, zatem jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie należało uznać za nieuprawnione.

W przypadku opisu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie określonym w art. 22 ust. 1 Pzp. wystarczającym jest jeśli jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykaże spełnienie określonego warunku, powyższe oznacza, że warunek spełnia w całości konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odmienne rozumienie sposobu oceny spełniania warunków udziału skutkowałoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji ustanowionej w art. 7 ust. 1 Pzp i ograniczyłoby dostęp do zamówienia wykonawcom w pełni będącym w stanie je wykonać, działającym w ramach konsorcjum.

Warunek i opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, określony w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. d) SIWZ, polegający na tym, że wykonawca musi wykazać, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat", pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim", a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania powyższe musi spełniać przynajmniej jeden uczestnik konsorcjum - nie są niezgodne z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1, 4 i 5 Pzp.

Oczywistym jest, że celem wprowadzenia w ustawie Pzp możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przez podmioty działające wspólnie, łączące swój potencjał, jest zwiększenie dostępu do zamówień publicznych dla większej liczby podmiotów, które samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a tym samym - zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Co nie oznacza, iż w przypadku warunku dotyczącego osiąganych przez wykonawcę przychodów – w odniesieniu do konsorcjum za wystarczające należy uznać wykazanie osiągnięcia wymaganych przychodów przez kilku lub wszystkich członków konsorcjum łącznie, a zatem uwzględniając rozdzielenie wymaganej wielkości przychodów na kilka podmiotów, z których żaden nie spełnia samodzielnie tego warunku. W tym przypadku należy bowiem stwierdzić, że potencjał ekonomiczny i finansowy konsorcjum nigdy nie będzie równy potencjałowi wykonawcy, który samodzielnie dany warunek spełnia.

Należy zauważyć, że przywołany w odwołaniu wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 24.02.2015 r. (sygn. III SA/Kr 1992/14), odnosi się do innego stanu faktycznego. Łączenie potencjału w ramach konsorcjum nie oznacza wprost możliwości rozdzielenia spełniania określonego warunku pomiędzy uczestników konsorcjum

32

wówczas gdy warunek ma sens gdy jest spełniony w pełnym zakresie przez jeden podmiot, gdyż w innym przypadku zmienia się całkowicie jego znaczenie i waga dla weryfikacji zdolności wykonawcy (konsorcjum) do wykonania zamówienia.

Co do zasady, w przypadku warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 Pzp. konieczność ich spełniania odnosi się do konsorcjum jako całości, nie zaś do jego poszczególnych członków, jednak łączenie potencjału kilku podmiotów nie oznacza możliwości arytmetycznego rozdzielenia wprost każdego wymagania na kilka podmiotów. O ile jest możliwe wykazanie kilku odrębnych zamówień o określonej wartości wykonanych przez kilku uczestników konsorcjum, to jednak nie jest możliwe wykazanie realizacji zamówienia o określonej wartości, poprzez wykazanie kilku zamówień o mniejszej wartości

zrealizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum. Takie „łączenie potencjału” członków konsorcjum narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wypacza cel, który powinien być osiągnięty poprzez postawiony warunek. Podobnie należy oceniać warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ocena potencjału ekonomicznego i finansowego konsorcjum, które wykazało przychód o określonej wysokości łącznie osiągnięty przez kilka podmiotów nie jest równoznaczna z oceną podmiotu, który wykazał taki przychód samodzielnie. Obie sytuacje ekonomiczne nie mogą być utożsamiane.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca musi wykazać, że osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych. Według szacunku Odwołującego, wartość zamówienia nie powinna przekroczyć 350 mln zł (około 150-200 mln zł rocznie). Porównując wysokość wymaganego przychodu rocznego do wartości zamówienia Odwołujący uznał, że warunek należy uznać za znacząco wygórowany. Izba nie podzieliła tego stanowiska. Biorąc pod uwagę regulacje wynikające z Dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. należy uznać, że ustalona przez zamawiającego wartość wymaganego przychodu nie wykracza poza zakres zalecany, jako dwukrotność wartości przedmiotu zamówienia.

Fakt, iż Zamawiający postawił odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców dodatkowe wymogi, tj. posiadania i przedłożenia opłaconej polisy OC z sumą gwarancyjną nie mniejszą niż 100 mln. zł oraz informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych i/lub zdolność kredytową na kwotę co najmniej 200 mln zł, nie ma żadnego bezpośredniego wpływu na możliwość postawienia warunku dotyczącego przychodów lub też wymaganej wysokości rocznych przychodów wykonawcy. Każdy z ww. warunków jest warunkiem odrębnym i odnoszącym się do innego obszaru aktywności przedsiębiorcy, możliwej do oceny w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki te mogą być

33

w związku z tym ustalane przez Zamawiającego łącznie i całkowicie niezależnie od siebie.

Odnośnie warunku i opisu sposobu oceny spełniania warunku sformułowanego po zmianie SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 3 marca 2016 r., w zakresie postanowienia Rozdziału IV ust. 1 pkt 4 lit. c) SIWZ zobowiązującego wykonawcę do wykazania iż: „osiągnął łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat”, pozycje: „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” oraz wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności, finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach” w związku z zapisem zamieszczonym pod lit. c): „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone w pkt. 4) c) spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum”, Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Jak wynika z brzmienia ustalonego warunku, w przypadku wykonawców występujących wspólnie, przynajmniej jeden z nich musi samodzielnie wykazać, iż posiada zarówno łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł. w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych, jak i wskaźnik bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większy bądź równy 1,40 w ostatnich 3 latach. Łączne wykazanie obu wymagań przez jednego wykonawcę jest logiczne i uzasadnione, gdyż warunek musi pozwalać na wyłonienie wykonawcy (lub konsorcjum) który posiada odpowiednią płynność finansową przy przychodach na określonym poziomie. Możliwość rozdzielnego wykazania obu warunków przez dwa różne podmioty uczestniczące w konsorcjum spowodowałaby wypaczenie oceny tego warunku w odniesieniu do konsorcjum, co obniżyłoby znacznie wymagania, a tym samym mogłoby doprowadzić do wyboru wykonawcy, który nie podoła realizacji zamówienia. Podkreślić należy, że sam odwołujący na rozprawie wskazywał, że utrzymanie bieżącej płynności finansowej przy wyższych przychodach nie może być porównywane z utrzymaniem takiej samej płynności przy przychodach znacznie niższych.

KIO 320/16 Astaldi S.p.A.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z brzmieniem SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej przez zmianą z dnia 3 marca 2016 r. Zamawiający wymagał wykazania się:

- wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach oraz
- osiągnięciem łącznych przychodów netto nie mniejszych niż 500 mln zł w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycje: „Przychód

34

netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”.

Jednocześnie w Rozdziale V ust 1 pkt 6) SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. „sprawozdanie finansowe łącznie z opinią biegłego rewidenta o ile podlega ono badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości. W przypadku Wykonawców

do sprawozdania - dokumenty niezobowiązanych sporządzania finansowego inne określające obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej oraz przychody netto należy wpisać w formularz oferty - załącznik nr 1 do SIWZ”.

Zamawiający, dnia 3 marca 2016 r. dokonał zmiany SIWZ (Rozdział IV ust. 1 pkt 4). Zamawiający wymagał, załączenia sprawozdań finansowych za lata 2013, 2014 i 2015. Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na uzyskanie opinii biegłego rewidenta odnośnie sprawozdania za 2015 r. do dnia 30.06.2016 r. dokumentem spełniającym wymagania, określone w pkt 4 lit. c) będzie sprawozdanie finansowe za 2015 rok bez opinii biegłego rewidenta.

Na pytanie nr 8 Zamawiający wyjaśnił, iż „Należy załączyć sprawozdania za lata 2013, 2014 i 2015. Z uwagi jednak na uzyskanie opinii biegłego rewidenta odnośnie sprawozdania za 2015 r. do dnia 30.06.2016 r. dokumentem spełniającym wymagania SIWZ będzie sprawozdanie finansowe za 2015 rok bez opinii biegłego. Przekazane dokumenty muszą w wiarygodny sposób potwierdzić wymagania SIWZ.”

Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art 22 ust 1 pkt 5 Pzp, art 25 ust 1 Pzp, poprzez wymóg dołączenia sprawozdania za konkretne lata kalendarzowe, w tym 2015 r., który spowodował ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom, dla których obowiązki dotyczące sprawozdawczości mają inne czasookresy niż we wskazanych w SIWZ po zmianie datach.

Uwzględnienie w tym przypadku zarzutu nie skutkuje jednak uwzględnieniem odwołania, gdyż w świetle art. 192 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie zmiany SIWZ w zakresie wynikającym z uwzględnienia zarzutu przed przeprowadzeniem rozprawy, Zamawiający usunął tym samym możliwość wpływu tego błędnego postanowienia na wynik postępowania. Wpływ stwierdzonego naruszenia przepisu art 22 ust 1 pkt 5 Pzp, art 25 ust 1 Pzp, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, jest badany przez Izbę każdorazowo na moment rozpoznawania odwołania. W tym przypadku ewentualne negatywne skutki ww. naruszenia przepisów ustawy Pzp nie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania.

35

KIO 327/16 IDS-BUD S.A.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 23 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, w zakresie spełnienia warunku odnoszącego się do łącznych przychodów netto w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych oraz poprzez wprowadzenie zmiany do SIWZ z dnia 3 marca 2016 r., która prowadzi do tego, że warunek w zakresie łącznych przychodów netto oraz warunek związany ze wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej musi zostać spełniony przez tego samego członka konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wymogi w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej dotyczą konieczności wykazania się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach oraz osiągnięcia łącznego przychodu netto nie mniejszego niż 500 000 000 PLN w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w przypadku wykonawców, którzy

wspólnie ubiegają się o zamówienie wymagania określone w zakresie osiągnięcia łącznych przychodów spełniać musi przynajmniej jeden uczestnik Konsorcjum.

Po zmianie treści SIWZ w dniu 3 marca 2016 r. Zamawiający wymaga, aby w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania wskazane powyżej muszą być spełnione przynajmniej przez jednego uczestnika konsorcjum.

Co do wymaganego wskaźnika bieżącej płynności finansowej, Izba ustaliła, że został on określony w dolnej granicy zakresu tego wskaźnika wskazanego przez Odwołującego jako optymalny tj. od 1,2 do 2,0. Jest to zatem poziom, który można uznać za średni, a nie wygórowany. Poziom tego wskaźnika nie może zatem utrudniać w sposób nadmierny dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu, którzy posiadają stabilną sytuację finansową, a tym samym mogą zapewnić prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Fakt, iż zgodnie z projektem umowy (§ 13 ust. 1 i 2), rozliczenie wynagrodzenia z tytułu realizacji robót budowlanych następować będzie na podstawie faktur VAT wystawionych w cyklach miesięcznych, za roboty prawidłowo wykonane, według procentowego zaawansowania robót i zgodnie z harmonogramem, wg stanu na dzień sporządzenia Protokołu Zaawansowania Robót, którego dotyczy lub Protokoły Odbioru Końcowego Robót Budowlanych, w ocenie Izby nie wpływa na sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy w taki sposób, aby zapewnić bieżącą płynność finansową w całym okresie realizacji umowy. Nie można bowiem wykluczyć wpływu na płynność finansową innych zobowiązań wykonawcy z tytułu pozostałej aktywności wykonawcy niezwiązanej

36

z przedmiotem tego zamówienia.

Ponadto należy zauważyć, że warunki udziału w postępowaniu muszą być oceniane w kontekście danego zamówienia, a zatem powoływanie się przez Odwołującego na wymagania określone w innych postępowaniach dotyczące średnich przychodów itp. nie mogą być wprost przenoszone na grunt przedmiotowego postępowania. Fakt, że w innych postępowaniach zamawiający w sposób odmienny kształtują warunki udziału w postępowaniu nie dowodzi tego, że takie same warunki spełnią właściwą im rolę w innym postępowaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów zawartych w poszczególnych odwołaniach Izba zważyła, jak poniżej.

KIO 320/16 Astaldi S.p.A.

Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust 1 Pzp, art 29 ust 1 i 2 Pzp, art 31 ust. 1 Pzp, art. 33 ust 1 pkt 1 Pzp, art 36 ust 1 pkt 6,10,12 Pzp w następującym zakresie:

Zarzut dotyczący wymagania sporządzenia przez wykonawców oraz złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych.

W SIWZ pkt VI Opis sposobu przygotowania ofert, ppkt 3, Zamawiający określił dokumenty, które powinna zawierać oferta, w tym m.in. pod lit. b) wskazał na „wypełnioną tabelę kosztów według załączonego do SIWZ wzoru – załącznik nr 6 do SIWZ” oraz pod lit. d) – „wycenione kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe netto i brutto sporządzone w układzie elementów maksymalnie zbliżonym do przekazanych przez Zamawiającego przedmiarów”.

W pkt II. 24 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Dla ułatwienia wyliczenia ceny oferty i sporządzenia kosztorysów ofertowych Zamawiający przekazuje przedmiary robót (załącznik nr 5 do SIWZ), które stanowią tylko materiał pomocniczy i nie są podstawą do ustalenia wysokości wynagrodzenia w związku z przyjęciem wynagrodzenia ryczałtowego. Kosztorysy będą materiałem pomocniczym przy rozliczaniu i ocenie stopnia zaawansowania robót, a także przy rozliczaniu robót zaniechanych i zamiennych. Wykonawca ma prawo dopisywać pozycje, zmieniać obmiary, podstawy wyceny. Zamawiający zaleca, aby kosztorysy załączane do oferty (nie podlegające jednak ocenie) wykonane były w układzie maksymalnie zbliżonym do przekazanych przedmiarów”.

37

przyjętych rozwiązań technicznych systemów i urządzeń) pomiędzy projektem wykonawczym wraz z wytycznymi do projektowania, a przedmiarami decydują zapisy projektu wykonawczego wraz z wytycznymi."

Powyższe postanowienia SIWZ wskazują jednoznacznie na pomocniczy i informacyjny charakter wymaganego kosztorysu ofertowego. Stanowisko Odwołującego potwierdza w odwołaniu ten fakt, gdy Odwołujący wskazuje wprost, że „będzie on miał jedynie charakter pomocniczy przy rozliczaniu i ocenie stopnia zaawansowania robót.” Odwołujący stwierdził także, że „Powyższe potwierdza przyjęty sposób rozliczenia robót na etapie realizacji zamówienia opisany we wzorze umowy zawartym w SIWZ.”

Brzmienie postanowienia w pkt 24 wskazuje jednoznacznie, że kosztorysy załączane do oferty nie będą podlegały ocenie. Co do zasady, Zamawiający pozostawił wykonawcom pewien zakres swobody przy opracowywaniu kosztorysu, wskazując na pomocniczy jedynie charakter przekazanych wykonawcom przedmiarów.

Z powyższych regulacji nie sposób jednak wywodzić, że na etapie składania ofert kosztorys jest dokumentem zbędnym, gdyż nie pełni żadnej funkcji w procesie oceny i porównania ofert. Nawet bowiem w przypadku wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym, co w przedmiotowym postępowaniu potwierdza treść § 12 Wzoru umowy, kosztorys ofertowy może mieć ważne znaczenie przy rozliczaniu robót w sytuacjach przewidzianych we Wzorze umowy, m.in. w § 7 ust. 17, § 5 ust. 2, § 34, § 29, § 12 ust. 6 Zamawiający przewidział możliwość posiłkowania się informacjami wynikającymi z kosztorysu ofertowego przy realizacji ww. postanowień. Ponadto, załączone do oferty kosztorysy ofertowe stanowią dla Zamawiającego istotną informację o sposobie kalkulacji ceny oferty, co może mieć ważne znaczenie na etapie badania i oceny ofert.

Wymaganie złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego nie narusza zasady proporcjonalności w zakresie ustalania i stosowania kryteriów kwalifikacji i wyboru oferty, co podnosił Odwołujący. Cel informacyjny kosztorysu ofertowego w zakresie kalkulacji ceny nie może być wypełniony przez inny dokument, gdyż żaden wymagany w postępowaniu nie zawiera informacji np. o cenach jednostkowych dla szczegółowych elementów przedmiotu zamówienia. Wymagany kosztorys ofertowy w formie uproszczonej nie stanowi w tym wypadku środka restrykcyjnego, biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, lecz zawiera informacje istotne przy ocenie oferty oraz przy realizacji zamówienia. Zatem chociaż kosztorys ofertowy, jako taki, nie będzie podlegał ocenie, to jednak informacje w nim zawarte będą miały istotne znaczenie w prowadzonym postępowaniu.

Zarzut dotyczący wymagań SIWZ odnośnie zaoferowania wyposażenia obiektu w wyroby medyczne z datą produkcji w 2018 r.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w pkt II SIWZ, zamówienie obejmuje wykonanie na zasadzie generalnego wykonawstwa, kompleksowej realizacji budynków B, C, D wchodzących w skład obiektu Centrum Medycyny Nieinwazyjnej [CMN] wraz z budową trzech łączników naziemnych do istniejących budynków, infrastrukturą techniczną, sieciami, przyłączami, zagospodarowaniem terenu, z wyłączeniem części robót „stanu zero” oraz wykonanie robót rozbiórkowych. Część przedmiotu zamówienia stanowi również dostawa, montaż, instalacja i uruchomienie wymagającego wbudowania i stałych podłączeń sprzętu medycznego. Dostawy sprzętu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia mają nastąpić w ciągu 25 miesięcy (od przekazania placu budowy) realizacji zamówienia.

Według Wzoru umowy - Załącznik nr 9 do SIWZ w § 3 ust 2 lit f-gj określono wymagania odnośnie rocznika produkcji oferowanych urządzeń. Urządzenia dostarczone w ramach umowy mają być fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2017 i będą składać się z fabrycznie nowych podzespołów oraz będą odpowiadać właściwym normom obowiązującym na terenie Polski i zgodne z umową, bez jakichkolwiek wad. Podobnie - Sprzęt i Systemy Sterujące mają być fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2018.

Opis wymaganych parametrów technicznych i szkoleń wynika z treści Załącznika nr 5 do SIWZ – w którym wskazano - jako wymagany rok produkcji poszczególnych urządzeń - rok 2018.

Postanowienia w powyższym zakresie zdaniem Izby nie budzą wątpliwości

interpretacyjnych. Oczywiście jest, że oferta może obejmować urządzenia dostępne w chwili obecnej na rynku, spełniające wszystkie wymagania techniczne określone w SIWZ, których parametry i właściwości techniczne znajdują potwierdzenie w firmowych materiałach informacyjnych i specyfikacjach technicznych tych urządzeń. Jednocześnie, w związku z zaplanowanym okresem realizacji zamówienia, słuszne jest założenie Zamawiającego, iż wykonawca musi zapewnić w ofercie, że wymagany sprzęt medyczny zostanie wyprodukowany w 2017 lub 2018 r. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, składając ofertę, musi zaferować zidentyfikowane co do tożsamości urządzenia, określonego producenta oraz o określonym modelu/typie, które zostaną wyprodukowane w 2018 r., a w związku z tym parametry tych urządzeń nie są możliwe aktualnie do ustalenia, gdyż takie urządzenia nie znajdują się w ofercie producentów.

Jak wskazywał sam Odwołujący, Wzór umowy w § 33 przewiduje możliwość aneksowania umowy w wymienionych tam przypadkach, tj. m.in. - gdy sprzęt został

39

wycofany z rynku lub zaprzestano jego produkcji, a zaproponowany przez wykonawcę w jego miejsce produkt posiada nie gorsze cechy, parametry i funkcjonalności niż produkt będący przedmiotem oferty, w zakresie parametrów cech, funkcjonalności wymaganych w SIWZ, oraz w zakresie pozostałych parametrów, taka zmiana produktu stanowiącego przedmiot oferty będzie dopuszczalna, - gdy na rynku pojawił się nowy model sprzętu, który będzie posiadać nie gorsze cechy, parametry, funkcjonalności niż sprzęt, w zakresie parametrów cech, funkcjonalności wymaganych w SIWZ, oraz w zakresie pozostałych parametrów”.

W świetle tego postanowienia jasne jest wymaganie zaferowania urządzeń spełniających wymagania SIWZ i dostępnych aktualnie na rynku, które zostaną dostarczone z datą produkcji w 2017 i 2018 r. Zgodnie z pkt VI.3.lit. c) SIWZ, oferta musi zawierać wypełnione przez wykonawcę parametry techniczne sprzętu medycznego stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia – załącznik nr 5 do SIWZ. Wymagane „firmowe materiały informacyjne” (karty katalogowe, specyfikacje techniczne itp.) odnośnie oferowanego sprzętu muszą pochodzić z oficjalnych źródeł – bezpośrednio lub pośrednio - od producenta, co jest zrozumiałe i nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Jak wynika z postanowień SIWZ, informacje pochodzące od samego wykonawcy powinny znaleźć się w załączniku nr 5 na potwierdzenie parametrów technicznych oferowanych urządzeń i ich powielanie w ofercie w innej postaci nie może mieć jakiegokolwiek dalszego znaczenia, w szczególności nie może zastępować firmowych materiałów informacyjnych. Ponadto, jest oczywiste, że materiały informacyjne producentów nie odzwierciedlają każdej z cech wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w tabelach załącznika nr 5. Oczywiście w takich sytuacjach jest to, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, dopuszczalne jest przedstawienie oświadczenia producenta, potwierdzającego spełnienie określonych wymagań.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 7 ust 1 Pzp, art 29 ust 1 i 2 Pzp, w omówionym powyżej zakresie. Zarzuty naruszenia art 31 ust. 1 Pzp, art. 33 ust 1 pkt 1 Pzp, art 36 ust 1 pkt 6,10,12 Pzp zostały podniesione bez przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, wobec czego podlegały oddaleniu jako nieuzasadnione.

KIO 327/16 IDS-BUD S.A.,

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie równoważności

Izba stwierdziła naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez niejasne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu

40

zamówienia, tj. nieokreślenie parametrów minimalnych, które muszą spełniać rozwiązania równoważne w stosunku do przewidzianych projektem oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów, co prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

W pkt II.26 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie odnoszące się do dopuszczalności zaferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do wymagań stawianych materiałom, urządzeniom lub rozwiązaniom określonych w SIWZ o następującej treści:

„Wszelkie zapisy zawarte w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, parametrach oraz w STWiOR wskazujące na typ, znaki towarowe lub pochodzenie przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z wyrazami równoważne. Nazwy własne są przykładowe, określają klasę produktu i służą ustaleniu standardu - nie wskazują na konkretny wyrób lub konkretnego producenta. Wykonawca oferując przedmiot równoważny do opisanego w specyfikacji, czy przedmiarach jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów użytkowych, funkcjonalnych, gabarytowych jakościowych, a w stosunku do części materiałów w zakresie estetyki, które muszą być na poziomie nie niższym od parametrów wskazanych przez Zamawiającego. Ciężar udowodnienia, że oferowane artykuły są równoważne w stosunku do wymagań określonych przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę.”

W tabelach parametrów technicznych stanowiących załącznik nr 5 do SIWZ, Zamawiający zawarł bardzo szczegółowe rozwiązania i wymagania techniczne co do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, które wskazują konkretny wyrób lub konkretnego producenta lub też pomimo braku wskazania znaku towarowego, poprzez wskazane parametry identyfikują konkretny wyrób lub producenta. Zamawiający w tym zakresie nie zaprzeczał twierdzeniom Odwołującego. Zamawiający nie określił w dokumentacji przetargowej w sposób jednoznaczny parametrów równoważności, w oparciu o które wykonawca będzie mógł wykazać, że zaoferowane wyroby równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Nie można również przyjąć, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych wiąże się z koniecznością wykazania zgodności co do wszystkich szczegółowych parametrów danego elementu przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dopuszczenie rozwiązań równoważnych należałoby uznać jedynie za pozorne.

W zakresie przykładowego Opisu modułowych osłon radiologicznych - „Projekt wykonawczy modułowych osłon radiologicznych, pracowni akceleratorów, HDR oraz pom. dekontaminacji ścieków radioaktywnych” Zamawiający nie przeczył, iż został on oznaczony znakiem handlowym „Veritas Medical Solutions”. Jak wykazał Odwołujący, opisane w nim

41

rozwiązania są charakterystyczne wyłącznie dla tego producenta, przy czym Zamawiający nie podał, które z parametrów będą stanowić kryteria służące do oceny równoważności ewentualnych alternatywnych rozwiązań. Zamawiający nie wskazał również żadnego miejsca w SIWZ lub dokumentacji technicznej, w którym odpowiednie parametry do oceny równoważności w powyższym zakresie zostały określone. Jedynym zatem postanowieniem regulującym kwestie równoważności jest pkt II.26 SIWZ, o charakterze generalnym, który nie pozwala na określenie parametrów równoważności w zakresie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, wobec których Zamawiający dopuścił co do zasady rozwiązania równoważne. W odniesieniu do „Wykazu elementów składowych osłon radiologicznych pomieszczeń terapeutycznych dla trzech akceleratorów wysokoenergetycznych oraz jednego aparatu do brachyterapii”, pod którym zamieszczono tabelę z parametrami, należy stwierdzić, że Zamawiający, wbrew swojemu twierdzeniu, że tabela ta zawiera parametry do oceny równoważności opisanych elementów, nie był w stanie wskazać, że taka informacja została wprost zawarta w jakimś miejscu SIWZ. Wykonawcy nie mają zatem podstaw do przyjęcia, że parametry zawarte w tej tabeli stanowią parametry do oceny równoważności.

Wobec powyższego, Izba uznała za konieczne uwzględnienie powyższego zarzutu i nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej o parametry do oceny równoważności w odniesieniu do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, które zostały opisane przez wskazanie znaków towarowych, producenta lub poprzez wskazanie konkretnych parametrów charakterystycznych wyłącznie dla jednego producenta.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, tj. poprzez opisanie w dokumentacji projektowej wymogów, pozostających w wewnętrznej sprzeczności.

Zarzut powyższy nie potwierdził się. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego w odwołaniu, iż parametry wskazane w poz. 7 i 9 „Wykazu elementów składowych osłon radiologicznych pomieszczeń terapeutycznych dla trzech akceleratorów wysokoenergetycznych oraz jednego aparatu do brachyterapii” nie są spełnione przez rozwiązania „Veritas Medical Solutions” opisane w innej części dokumentacji przetargowej, tj. w „Projekcie wykonawczym modułowych osłon radiologicznych, pracowni akceleratorów,

HDR oraz pom. dekontaminacji ścieków radioaktywnych". Powyższe okoliczności nie zostały przez Odwołującego udowodnione. Wykonawca nie przedstawił dowodów na potwierdzenie postawionej tezy, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, a pomiędzy poszczególnymi elementami dokumentacji przetargowej istnieją zasadnicze niezgodności. Dodatkowo Izba wskazuje, że zarzut powyższy został rozszerzony przez Odwołującego na rozprawie i w tym zakresie nie podlegał rozpoznaniu, tj. w zakresie wykraczającym poza

42

konkretne uzasadnienie faktyczne zarzutu przedstawione w odwołaniu.

KIO 328/16 „Climatic⁷ Sp. z o.o. Sp.k.

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zabudowy systemowej sal operacyjnych, sal przygotowania pacjenta, pokoi wybudzeń, sal porodowych - oraz związanej z zabudową - stolarki drzwiowej, tj. zapisów Załącznika nr 5 do SIWZ pozycja 22A i 22B.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 25, 29 ust. 1-3, art. 30 Pzp w powyższym zakresie, tj. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego oraz umożliwiający złożenie oferty wyłącznie przy zastosowaniu rozwiązań jednego producenta, tj. Hospital Technik.

W odniesieniu do poz. 2 i 6 tabeli znajdującej się w załączniku nr 5 dla poz. 22a, Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące obowiązku przedłożenia w ofercie „raportu z badań lub certyfikatu lub zaświadczenia zgodnego z DIN EN ISO 9001/14001 lub równoważną - wydanego przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkKS) lub notyfikowaną jednostkę”, wskazując, że normy DIN EN ISO 9001/14001 dotyczą systemów zarządzania jakością wg EN ISO 9001 oraz Zarządzania Środowiskowego wg EN ISO 14001 a zatem nie mają żadnego związku z możliwością potwierdzenia spełnienia wymagania co do antybakteryjności lub odporności na grzyby przez oferowane panele, a tym samym, Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał doboru dokumentu, który miałby potwierdzać określoną właściwość produktu, co stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Powyższe zarzuty zostały uwzględnione przez Zamawiającego w części, poprzez zmianę treści SIWZ w ww. pozycjach – Zamawiający wykreślił z treści opisu pozycji 2 i 6 tabeli zapis wskazujący na kwestionowaną przez Odwołującego normę. Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, że zarzuty zostały oparte na błędnej interpretacji ww. postanowień. Tym nie mniej, dokonana przez Zamawiającego zmiana treści SIWZ faktycznie stanowi o uwzględnieniu zarzutów w danym zakresie.

W świetle art. 192 ust. 2 Pzp, uwzględnienie zarzutów i zmiana treści kwestionowanych postanowień do czasu wydania przez Izbę orzeczenia, przesądza o braku wpływu stwierdzonego naruszenia przepisu ustawy Pzp na wynik postępowania. W tym zakresie Izba ocenia stwierdzone naruszenie na moment rozpoznawania odwołania. Wobec dokonanej zmiany treści SIWZ przez Zamawiającego w zakresie omawianych zarzutów, a tym samym zniwelowania skutków tych postanowień w postaci wpływu na wynik postępowania, odwołanie nie podlegało uwzględnieniu.

43

W odniesieniu do poz. 9 tabeli załącznika nr 5 dla poz.22a, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, iż wymogi, aby drzwi hermetyczne przesuwne systemowe posiadały właściwości gazoszczelności (określonej na poziomie 3,3 m²+/- 5% w stosunku do powierzchni drzwi), szczelności na wyciek (określonej na poziomie max. 900 l/h lub mniejszym przy nadciśnieniu/parciu +50 Pa) lub wykazania zamiennie właściwości przepuszczalności powietrza (określonej na poziomie 0,9 m³/h lub mniejszej przy nadciśnieniu /parciu +50 Pa) oraz obowiązek przedłożenia z badań lub certyfikatu „raportu lub zaświadczenia potwierdzającego spełnienie parametru drzwi wydane przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkKS) lub notyfikowaną jednostkę oraz raportu lub sprawozdania z przeprowadzonych badań - były nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i niespójne z pozostałymi wymaganiami, a w konsekwencji, że celem wprowadzenia tych wymogów jest wyłącznie ograniczenie kręgu możliwych do zaoferowania produktów. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że wymagane parametry szczelności drzwi są związane z przyjętą w projekcie metodą dezynfekcji w salach operacyjnych, tj. metodą

dezynfekcji gazowym nadtlakiem wodoru, który jest środkiem biobójczym, a tym samym mocno szkodliwym. Proces wentylacji ma być sterowany z sali operacyjnej, co wynika z konieczności jej wyłączenia podczas procesu dekontaminacji (załącznik 5 poz. 21A i 21B). Zasadność wymagania Zamawiający potwierdził składając oświadczenie dystrybutora urządzeń do dekontaminacji gazowej oraz opinię specjalisty mgr inż. L. Ślesickiego projektanta i kierownika robót budowlanych bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji sanitarnych oraz gazowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymogu opisanego w poz. 11 tabeli załącznika nr 5 dla poz. 22A, tj. zaoferowania drzwi przesuwanych systemowych o współczynniku izolacji akustycznej R_w min 38 dB lub więcej oraz przedstawienia wraz z ofertą raportu z badań lub certyfikatu lub zaświadczenia potwierdzającego spełnienie parametru izolacji akustycznej, zgodne z normą EN ISO 717-1 lub równoważną, wydany przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAKS) lub notyfikowaną jednostkę, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, iż parametr izolacji akustycznej w tym przypadku został dobrany celowo pod konkretne jednostkowe rozwiązanie występujące na rynku, wyłącznie dla ograniczenia konkurencji. Zamawiający wyjaśnił celowość i uzasadnienie do postawienia kwestionowanego wymogu i żądania dokumentu potwierdzającego spełnienie wskazanych wymagań. Podane przez Zamawiającego uzasadnienie odnosi się także do wymagania określonego w poz. 14 tabeli w załączniku nr 5 dla poz. 22A, w odniesieniu do ścianki obustronnie obłożonej panelami z włókna cementowego o współczynniku izolacji akustycznej na poziomie R_w p min 42 dB lub więcej i przedłożenia „raportu z badań lub certyfikatu lub zaświadczenia wydanego przez akredytowaną lub notyfikowaną jednostkę”.

44

W szczególności Zamawiający wyjaśnił, że norma EN ISO 717-1 została podana, jako obowiązująca przy wykonywaniu badania przez jednostkę certyfikującą, natomiast izolacja akustyczna sal operacyjnych jest niezbędna ze względu na szczególne warunki pracy wymagające koncentracji, a także ze względu na pracujące na salach urządzenia rejestrujące dźwięk. Blok operacyjny będzie posiadał zintegrowany system sterowania salami operacyjnymi, co wynika z treści załącznika nr 5 poz. 20, w tym rejestracji dźwięku z mikrofonu bezprzewodowego i nagłośnienia sali w celu prowadzenia m.in. konsultacji w trakcie trwania zabiegu. Konieczne jest zatem stworzenie warunków izolacji akustycznej poszczególnych sal bloku operacyjnego. Wskaźnik izolacji akustycznej został ustalony przez Zamawiającego na poziomie dużo niższym niż wskazany w normie PN-B-02151-3:2015-10. W pkt. VII.3 ww. tabeli wskazano normy dla ścian i drzwi między zespołami pomieszczeń operacyjnych w szpitalu a pozostałymi pomieszczeniami w szpitalu, tj. powyżej 55 dB dla ścian bez drzwi oraz części pełnej ściany z drzwiami oraz powyżej 35 dB dla drzwi do zespołu pomieszczeń z korytarza. W związku z powyższym nie sposób uznać, że żądanie współczynnika izolacji akustycznej dla ścianki z paneli na poziomie 42 dB i dla drzwi na poziomie 38 dB jest nadmierny dla pomieszczeń, w których dźwięk i obraz będzie rejestrowany i transmitowany do innych pomieszczeń i obiektów. W innych pomieszczeniach, poza salami operacyjnymi dla drzwi jest wymagany wskaźnik na poziomie 32 dB.

W tych okolicznościach brak przeprowadzenia dowodu przez Odwołującego na okoliczność, że opisane rozwiązanie techniczne mają na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji, skutkowało nieuwzględnieniem zarzutu. Fakt, że wymaganie takie służy wyłącznie eliminacji konkurencji podlega wykazaniu przez stronę, która podnosi taki zarzut, a zatem w tym przypadku ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, stosownie do art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c.

Należy także podkreślić, że choć obowiązujące przepisy prawa nie nakładają na wykonawców obowiązku przeprowadzania badań pod kątem izolacji akustycznej, to nie wyklucza to uprawnień Zamawiającego do żądania złożenia dokumentu potwierdzającego wykonanie takich badań w konkretnym przypadku. Wymóg przedłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnienie określonych parametrów nie narusza art. 25 ust. 1 Pzp, który uprawnia zamawiającego do żądania dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia (roboty budowlane, dostawy, usługi) spełniają wymagania zamawiającego.

Zarzut dotyczący poz. 15 załącznika nr 22a, w zakresie konieczności załączenia autoryzacji producenta zabudowy systemowej i drzwi.

Przedmiot zamówienia w zakresie zabudowy systemowej i drzwi w przedmiotowym

postępowaniu posiada charakter specjalistyczny, a zatem zgodzić się należy z że serwis wyrobów wiedzy Zamawiającym, takich wymaga specjalistycznej i profesjonalizmu, który niewątpliwie zapewnia serwis autoryzowany producenta. Uprawnienie do korzystania z tego serwisu jest w tym przypadku obiektywnie uzasadnione ze względu również na specyfikę przedmiotu zamówienia. Nie sposób zatem uznać, że wymaganie w tym zakresie ma na celu ograniczenie lub eliminację konkurencji. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że postawiony wymóg ogranicza krąg potencjalnych wykonawców wyłącznie do producentów zabudowy lub ich upoważnionych przedstawicieli. Jak słusznie zauważył Zamawiający, na potrzeby tego zamówienia wykonawca może skorzystać z dostępnych placówek autoryzowanego serwisu producenta. Sam wykonawca nie musi ubiegać się u producenta zabudowy systemowej lub drzwi o uzyskanie wymaganej autoryzacji w zakresie serwisu, a tym samym wymóg ten nie wpływa w żaden sposób na ograniczenie możliwości wykonawcy co do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto, odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, iż producenci zabudowy systemowej sal operacyjnych działający na rynku polskim nie mają możliwości realizacji tego zamówienia należy wskazać, że również w tym zakresie Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu na poparcie powyższej tezy.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a także zważywszy, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 320/16 oraz KIO 328/16 nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....
.....