Sygn. akt: KIO 815/16, KIO 821/16 i KIO 822/16

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2016 r. przez
A. wykonawcę **ERBUD spółka akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (sygn. akt KIO 815/16),**
B. wykonawcę **BUDIMEX spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt KIO 821/16),**
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI S.A., (3) Summa Turizm Yatirimciligi A.S., adres dla pełnomocnika: Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja (sygn. akt KIO 822/16),**

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

przy udziale:
A. wykonawcy **ERBUD spółka akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 821/16 po stronie zamawiającego oraz KIO 822/16 po stronie odwołującego,
B. wykonawcy **BUDIMEX spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 815/16 oraz KIO 822/16 po stronie zamawiającego,
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Warbud spółka akcyjna (pełnomocnik wykonawców), (2) Qumak spółka akcyjna, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** zgłaszających przystąpienie

do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 815/16, KIO 821/16 oraz KIO 822/16 po stronie odwołującego,
D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI S.A., (3) Summa Turizm Yatirimciligi A.S., adres dla pełnomocnika: Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 815/16, KIO 821/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania sygn. akt **KIO 815/16, KIO 821/16 i KIO 822/16;**
2. kosztami postępowania obciąża
   A. wykonawcę **ERBUD spółka akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (sygn. akt KIO 815/16),**
   B. wykonawcę **BUDIMEX spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt KIO 821/16),**
   C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI S.A., (3) Summa Turizm Yatirimciligi A.S., adres dla pełnomocnika: Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja (sygn. akt KIO 822/16),**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną łącznie przez
   A. wykonawcę **ERBUD spółka akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797**

Warszawa (sygn. akt KIO 815/16),

B. wykonawcę **BUDIMEX spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt KIO 821/16),**

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI S.A., (3) Summa Turizm Yatirimciligi A.S., adres dla pełnomocnika: Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja (sygn. akt KIO 822/16),**

tytułem wpisów od złożonych odwołań (każdy z odwołujących uiścił wpis w wysokości 20 000 złotych);

2.2. zasądza od

A. wykonawcy **ERBUD spółka akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (sygn. akt KIO 815/16),** kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

B. wykonawcy **BUDIMEX spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt KIO 821/16),** kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI S.A., (3) Summa Turizm Yatirimciligi A.S., adres dla pełnomocnika: Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja (sygn. akt KIO 822/16),** kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

na rzecz **Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, M. Skłodowskiej-Curie 3a, 80-210 Gdańsk,** tj. kwotę łącznie 10 800 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy 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 815/16, KIO 821/16, KIO 822/16

Uzasadnienie

I. Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa Centrum Medycyny Nieinwazyjnej etap I".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 23 lutego 2016 r., poz. 2016/S 037-059576 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 16 maja 2016 r. zostały wniesione odwołania przez:

A. wykonawcę ERBUD spółka akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa, dalej: Odwołujący albo Erbud (sygn. akt KIO 815/16),

B. wykonawcę BUDIMEX spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, dalej: Odwołujący albo Budimex (sygn. akt KIO 821/16),

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) INSO Sistemi

per le Infrastrutture Sociali S.p.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI S.A., (3) Summa Turizm Yatirimciligi A.S., adres dla pełnomocnika: Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja, dalej: Odwołujący albo Konsorcjum INSO (sygn. akt KIO 822/16).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniach i w odpowiedzi na odwołania wnosił o ich oddalenie.

Do postępowań odwoławczych skutecznie przystąpili:
- wykonawca ERBUD spółka akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 821/16 po stronie Zamawiającego oraz KIO 822/16 po stronie Odwołującego,
- wykonawca BUDIMEX spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 815/16 oraz KIO 822/16 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Warbud spółka akcyjna (pełnomocnik wykonawców), (2) Qumak spółka akcyjna, adres dla pełnomocnika:

ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 815/16, KIO 821/16 oraz KIO 822/16 po stronie Odwołującego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) NDI S.A., (3) Summa Turizm Yatirimciligi A.S., adres dla pełnomocnika: Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 815/16, KIO 821/16 po stronie Zamawiającego.

W sprawie sygn. akt KIO 815/16 Odwołujący w odwołaniu zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych), tj. sprawozdań finansowych za rok obrotowy 2013, 2014 i 2015, oraz wyjaśnień dotyczących wskaźników bieżącej płynności finansowej podanych w formularzu oferty (str. 4 oferty, pkt 5) i w rezultacie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia sprawozdań finansowych łącznie z opinią biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu za okres ostatnich 3 lat obrotowych, jeżeli wskutek wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 4 ustawy okazałoby się, że wykonawca BUDIMEX nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (zarzut Odwołujący uzasadniał rozbieżnością pomiędzy wysokością wskaźników bieżącej płynności finansowej podanej w formularzu ofertowym, a podaną w dokumentach finansowych - zdaniem Odwołującego, takich rozbieżności nie sposób zaakceptować ani pominąć. Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, ile faktycznie wynosi wskaźnik bieżącej płynności finansowej i w konsekwencji wyjaśnić te wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Jeżeli wskutek wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 4 ustawy okazałoby się natomiast, że wykonawca BUDIMEX nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż jego wskaźniki bieżącej płynności finansowej są takie, jak to wskazano w raportach z badania sprawozdania finansowego wykonawcy BUDIMEX za rok obrotowy 2013, 2014 i 2015, to Zamawiający powinien dokonać czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia sprawozdań finansowych łącznie z opinią biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu za okres ostatnich 3 lat obrotowych. Wreszcie, w razie braku skutecznego uzupełnienia przez wykonawcę BUDIMEX ww. dokumentów podmiotowych, Zamawiający winien, w ocenie Odwołującego, dokonać czynności wykluczenia wykonawcy BUDIMEX z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznać ofertę złożoną przez

wykonawcę BUDIMEX za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy);

b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez

czynności wezwania Konsorcjum INSO do uzupełnienia wskazanych zaniechanie w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału (tzw. z dokumentów w postępowaniu dokumentów podmiotowych), pomimo że podmiotowych złożonych wraz z ofertą nie wynika, iż Konsorcjum INSO spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. Konsorcjum INSO nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak sformułowany zarzut Odwołujący uzasadniał następująco:

Konsorcjum INSO w wykazie robót budowlanych (str. 1721-1722 oferty) wskazało trzy roboty budowlane, tj.:

a) w pozycji 1 - „Zaprojektowanie, budowa i zarządzanie. Szpital w Vimercate",
b) w pozycji 2 - „Budowa. Ośrodek Radioterapii przy Szpitalu Santa Maria Aila Gruccia",
c) w pozycji 3 - „Modernizacja i rozbudowa. Krajowy szpital kliniczny nr 1 i prof S.W. Oczapowskiego".

Robota opisana w pozycji 1 spełnia wymagania opisane w Rozdziale IV. pkt 1. ppkt 2) lit. a) i b), robota opisana w pozycji 2 spełnia wyłącznie wymagania opisane w Rozdziale IV. pkt 1. ppkt 2) lit. b), natomiast robota opisana w pozycji 3 nie spełnia w ocenie Odwołującego żadnego z wymagań SIWZ. Innymi słowy, gdyby nie robota wskazana w pozycji 1, to konsorcjum INSO nie spełniałoby warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wywodził, że Konsorcjum INSO podało w wykazie robót budowlanych, że data wykonania (zakończenia) roboty wskazanej w pozycji 1 to „07.V.2011". Tym samym w świetle informacji podanych w wykazie ww. robota mieści się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Jednak zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami na temat budowy Szpitala w Vimercate jego budowa zakończyła się w 2009 r. a Szpital w Vimeracte działa w nowo wybudowanym budynku od 2010 r. Pośrednio potwierdza to również zaświadczenie załączone do wykazu robót budowlanych (str. 1723-1728 oferty), w którym wskazano, że w dniu 07 maja 2011 nie nastąpiło zakończenie (wykonanie) robót budowlanych, tylko podpisanie Protokołu Obioru, a dokładnie, że: „wymienione powyżej prace (tj. zaprojektowanie, budowa Nowego Szpitala w Vimercate oraz jego zarządzenie - przyp. Odwołujący) zostały rozpoczęte w dniu 30/11/2006 i odebrane z pozytywnym Protokołem Odbioru w dniu 07/05/2011". Skoro budowa Nowego Szpitala w Vimercate, czyli wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu w myśl art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane, zakończyła się w 2009 r., to w żaden sposób nie mieści się ona w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, który to termin został wyznaczony na 22 kwietnia 2016 r. Tymczasem Zamawiający wymagał od wykonawców

legitymowania się budowami zrealizowanymi wyłącznie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a nie wcześniej.

Podsumowując, skoro dwie pozostałe roboty budowlane wskazane w wykazie robót budowlanych nie spełniają, zdaniem Odwołującego, wymagań określonych w SIWZ, to uznać należy, że Konsorcjum INSO nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu. W rezultacie Zamawiający winien wezwać Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - załącznik nr 7 do SIWZ. Wreszcie, w razie braku skutecznego uzupełnienia przez Konsorcjum INSO ww. dokumentów podmiotowych, Zamawiający winien dokonać czynności wykluczenia Konsorcjum INSO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznać ofertę złożoną przez Konsorcjum INSO za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Ponadto Odwołujący podnosił, że z informacji podanych w formularzu oferty (str. 21-22 oferty, pkt 5 i 6) w przypadku Konsorcjum INSO warunek dotyczący przychodów netto oraz wskaźnika bieżącej płynności finansowej jest spełniony jednocześnie jedynie przez wykonawcę Summa Turizm Yatirimciligi A.S., 27 Aralik Sokak, No: 3, Cankaya 06105 Ankara, Turcja (dalej *„Summa"),* gdyż dwaj pozostali wykonawcy mają albo zbyt niskie łączne przychody netto, albo zbyt niski wskaźnik bieżącej płynności finansowej. Trzeba jednak podkreślić, że w przypadku wykonawcy Summa do oferty nie załączono sprawozdań finansowych dotyczących tego wykonawcy, tylko skonsolidowane sprawozdania finansowe

dla Grupy Summa, czyli grupy kapitałowej w skład której wchodzi wykonawca Summa. Tymczasem członkiem Konsorcjum INSO nie jest cała Grupa Summa, tylko jedna konkretna spółka z Grupy Summa i to tej spółki powinny dotyczyć sprawozdania finansowe, tak aby można było potwierdzić, czy informacje podane przez Konsorcjum INSO w formularz oferty są prawidłowe i czy faktycznie wykonawca Summa spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej. Podkreślić trzeba, że w sprawozdaniu niezależnego audytora na dzień 31 grudnia 2014 r. (str. 1814 oferty, pkt 6) wskazano, iż: *„skonsolidowane sprawozdanie finansowe odzwierciedla pod każdym istotnym względem skonsolidowaną pozycję finansową Grupy Summa na dzień 31 grudnia 2014 r. oraz jej skonsolidowane wyniki finansowe i skonsolidowane przepływy pieniężne za rok kończący się tego dnia zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej".* Analogiczne stanowisko zawiera sprawozdanie niezależnego audytora na dzień 31 grudnia 2013 r. (str. 1819 oferty, pkt 6) oraz sprawozdanie niezależnego audytora na dzień 31 grudnia

2012 r. (str. 1824 oferty, pkt 6). Co więcej, w sprawozdaniu niezależnego audytora na dzień 31 grudnia 2012 r. (str. 1824 oferty, pkt 7) wyjaśniono, że „skonsolidowane *sprawozdanie finansowe jest sporządzone w sposób podobny do skonsolidowanego sprawozdania, w którym sprawozdania finansowe połączonych podmiotów są połączone poprzez zsumowanie poszczególnych pozycji aktywów, pasywów, kapitału własnego, przychodów oraz kosztów, przy czym pozycje pomiędzy grupą znoszą się".* W świetle powyższego nie ma w ocenie Odwołującego żadnych wątpliwości, że skonsolidowane sprawozdania finansowe Grupy Summa załączone do oferty Konsorcjum INSO nic nie mówią na temat sytuacji ekonomicznej wykonawcy Summa, w szczególności nie podają wielkości jego aktywów, pasywów, kapitału własnego, przychodów oraz kosztów. Tym samym nie sposób uznać, że skonsolidowane sprawozdania finansowe Grupy Summa załączone do oferty Konsorcjum INSO potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W rezultacie Zamawiający winien wezwać Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia sprawozdań finansowych łącznie z opinią biegłego rewidenta za okres ostatnich 3 lat obrotowych. Wreszcie, w razie braku skutecznego uzupełnienia przez Konsorcjum INSO ww. dokumentów podmiotowych, Zamawiający winien dokonać czynności wykluczenia Konsorcjum INSO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznać ofertę złożoną przez Konsorcjum INSO za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Nadto Odwołujący podnosił, że polisa ubezpieczeniowa NDI S.A. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż opiewa na zbyt niską sumę gwarancyjną, tj. na 80 mln złotych. Z kolei zaświadczenia dotyczące INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. łącznie potwierdzają spełnianie warunku co do sumy gwarancyjnej, jednak w żaden sposób nie potwierdzają, że wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W ww. zaświadczeniach ograniczono się do wskazania, że ochrona ubezpieczeniowa obejmuje ubezpieczenie OC (od Odpowiedzialności Cywilnej wobec osób trzecich) i ubezpieczenie pracodawcy (od Odpowiedzialności Cywilnej Pracodawcy). Z załączonych zaświadczeń w żaden sposób nie można się dowiedzieć, czy ubezpieczenie OC (od odpowiedzialności cywilnej wobec osób trzecich) jest w zakresie prowadzonej działalności i czy ubezpieczona działalność jest związana z przedmiotem zamówienia. Tym samym nie sposób uznać, że załączone zaświadczenia to wymagane w SIWZ inne dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W rezultacie Zamawiający winien wezwać Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wreszcie, w razie braku skutecznego

uzupełnienia przez Konsorcjum INSO ww. dokumentów podmiotowych, Zamawiający winien dokonać czynności wykluczenia Konsorcjum INSO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznać ofertę złożoną przez Konsorcjum INSO za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Co do prawidłowości zaświadczeń z rejestrów karnych złożonych wraz z ofertą Konsorcjum INSO, Odwołujący wskazywał, że w skład Konsorcjum INSO wchodzi wykonawca Summa z siedzibą w Turcji, zatem stosownie do przytoczonych powyżej postanowień SIWZ zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy winien on przedstawić dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, a jeżeli takich dokumentów się tam nie wydaje - dokument zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, lub przed notariuszem.

Do oferty Konsorcjum INSO załączono pismo podpisane przez pana D. G. O., adwokata, praktykującego na stałe w Ankarze w Turcji (str. 2009 oferty). W ww. piśmie stwierdza się, że: „zgodnie z naszymi rejestrami spółek, nie istnieje Rejestr Karny; który potwierdzałby że spółka nie jest skazana za jakiekolwiek działania czy akty kryminalne. Z powyższego wynika, że w Turcji nie wydaje się dokumentów potwierdzających, iż nie orzeczono wobec spółki zakazu ubiegania się o zamówienie. W takim jednak wypadku wykonawca Summa powinien przedstawić dokument zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, lub przed notariuszem. Tymczasem takiego oświadczenia do oferty Konsorcjum INSO nie załączono. Podkreślić trzeba, że za takie oświadczenie nie może zostać uznane pismo podpisane przez pana D. G. O., adwokata, gdyż po pierwsze nie stanowi ono oświadczenia złożonego przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, ani przed notariuszem, po drugie nie określono w nim osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy, po trzecie wreszcie pana D. G. O. nie jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy Summa, w szczególności nie jest członkiem zarządu wykonawcy Summa. W rezultacie Zamawiający winien wezwać Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu lub dokumentów dotyczących wykonawcy Summa, wystawionych w kraju, w którym ma on siedzibę, potwierdzających, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o

zamówienie, a jeżeli takich dokumentów się tam nie wydaje - dokumentu zawierającego oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożonego przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, lub przed notariuszem. Wreszcie, w razie braku skutecznego uzupełnienia przez Konsorcjum INSO ww. dokumentów podmiotowych, Zamawiający winien dokonać czynności wykluczenia Konsorcjum INSO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznać ofertę złożoną przez Konsorcjum INSO za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy;

c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych), pomimo że wykonawca BUDIMEX nie złożył wraz z ofertą wszystkich wymaganych w SIWZ dokumentów przedmiotowych,

d) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych), pomimo że Konsorcjum INSO nie złożyło wraz z ofertą wszystkich wymaganych w SIWZ dokumentów przedmiotowych.

Zarzuty odnoszące się do dokumentów przedmiotowych Odwołujący uzasadniał następująco:

W złożonych ofertach wykonawcy konkurencyjni zaoferowali oprogramowanie diagnostyczne syngo.via produkcji Siemens AG z siedzibą w Monachium, Niemcy (str. 1690 oferty wykonawcy BUDIMEX, str. 726 oferty Konsorcjum INSO), automatyczny duplikator płyt

CD/DVD - EPSON PP100II produkcji SEIKO EPSON CORPORATION z siedzibą w Japonii (str. 1690 oferty wykonawcy BUDIMEX, str. 726 oferty Konsorcjum INSO) oraz zasilacz awaryjny UPS Smart-UPS 1500VA firmy APC (str. 445 oferty wykonawcy BUDIMEX, str. 73 oferty Konsorcjum INSO). Ponieważ oprogramowanie i urządzenia bez wątpienia stanowią przedmiot zamówienia, to stosownie do postanowień SIWZ należało załączyć do oferty kopię certyfikatu potwierdzającego, że producent posiada system zarządzania jakością. Tymczasem ani wykonawca BUDIMEX, ani Konsorcjum INSO nie załączyli do swoich ofert wymaganej kopii certyfikatu dla wymienionych wyżej urządzeń i oprogramowania.
W rezultacie Zamawiający, zdaniem Odwołującego, winien wezwać zarówno wykonawcę BUDIMEX jak i Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust, 3 ustawy do uzupełnienia wymaganej kopii certyfikatu. Wreszcie, w razie braku skutecznego uzupełnienia przez wykonawcę BUDIMEX lub przez Konsorcjum INSO ww. dokumentu przedmiotowego, Zamawiający

---

winien dokonać czynności odrzucenia odpowiednio oferty wykonawcy BUDIMEX lub oferty Konsorcjum INSO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.
e) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:
a) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
b) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę BUDIMEX oraz oferty złożonej przez Konsorcjum INSO,
c) dokonał czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych), tj. sprawozdań finansowych za rok obrotowy 2013, 2014 i 2015, oraz wyjaśnień dotyczących wskaźników bieżącej płynności finansowej podanych w formularzu oferty (str. 4 oferty, pkt 5) i jeżeli wskutek wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 4 ustawy okazałoby się, że wykonawca BUDIMEX nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dokonał czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia sprawozdań finansowych łącznie z opinią biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu za okres ostatnich 3 lat obrotowych,
d) dokonał czynności wezwania Konsorcjum INSO do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych),
e) dokonał czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających wymagań określonych przez zamawiającego spełnianie przez oferowane dostawy
(tzw. dokumentów przedmiotowych),
f) dokonał czynności wezwania Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających wymagań określonych przez zamawiającego spełnianie przez oferowane dostawy
(tzw. dokumentów przedmiotowych),
g) w razie braku skutecznego uzupełnienia przez wykonawcę BUDIMEX wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych) - dokonał czynności wykluczenia wykonawcy BUDIMEX z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznał ofertę złożoną przez wykonawcę BUDIMEX za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy,

---

h) w razie braku skutecznego uzupełnienia przez Konsorcjum INSO wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych) - dokonał czynności wykluczenia Konsorcjum INSO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznał ofertę

złożoną przez wykonawcę BUDIMEX za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy,
i) w razie braku skutecznego uzupełnienia przez wykonawcę BUDIMEX wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych) - dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,
j) w razie braku skutecznego uzupełnienia przez Konsorcjum INSO wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych) - dokonał czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INSO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W sprawie sygn. akt KIO 821/16 Odwołujący w odwołaniu zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia niezgodnych ze Specyfikacją ofert wykonawców: Konsorcjum INSO, Konsorcjum WARBUD oraz wykonawcy ERBUD (oferty tych wykonawców zostały sklasyfikowane na gorszych pozycjach w rankingu ofert, niż oferta Odwołującego, która została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą);
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ERBUD z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
3. art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych poprzez uwzględnienie przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę ERBUD S.A. zasobów podmiotu trzeciego - Kamil Kamiński Ochrona Radiologiczna w postaci wiedzy i doświadczenia, pomimo braku wykazania realności przekazania potencjału, w szczególności braku udziału ww. podmiotu w realizacji zamówienia;
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INSO z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału ekonomicznego i finansowego;
5. art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Konsorcjum INSO, Konsorcjum WARBUD oraz wykonawcy ERBUD do uzupełnienia oferty o dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych i przedmiotowych

szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WARBUD z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
7. art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Konsorcjum INSO oraz wykonawcy ERBUD do wyjaśnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w uzasadnieniu Odwołania (zarzut ewentualny);
8. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu;
2. nakazanie odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum INSO, wykonawcy ERBUD i Konsorcjum WARBUD;
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców: Konsorcjum INSO oraz wykonawcy ERBUD jako niespełniających warunków udziału w Postępowaniu,
4. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawców: Konsorcjum INSO, wykonawcy ERBUD do uzupełnienia oferty o dokumenty wskazane w treści uzasadnienia odwołania,
5. ponowny wybór oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu uwzględniający ww. żądania Odwołującego, tj. odrzucenie ofert wskazanych powyżej

wykonawców.

W sprawie sygn. akt KIO 822/16 Odwołujący w odwołaniu zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, której treść nie odpowiada treści Rozdziału IV ust, 1 pkt 4) lit. c) SIWZ oraz treści Rozdziału V ust. 1 pkt 6) SIWZ (zdaniem Odwołującego, oferta Budimex powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, ze względu na „sposób wyliczenia oraz przedstawienia wskaźnika bieżącej płynności finansowej w treści oferty Budimex"),

2. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust 2 pkt. 4) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex, pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie uznania oferty Budimex za odrzuconą, co Odwołujący uzasadniał następująco:
Odwołujący powoływał się na treść odpowiedzi na pytanie nr 8 zadane wobec treści SIWZ, iż Zamawiający wyraźnie wymagał, by przekazane dokumenty w wiarygodny sposób potwierdzały wymagania SIWZ.
Budimex, wbrew wymaganiom Zamawiającego, nie przekazał żadnych dokumentów, które w wiarygodny sposób potwierdziłyby spełnienie przez niego wymagań SWIZ - do czego był niewątpliwie zobowiązany. Ze sprawozdań przedstawionych przez Budimex wynika, że ten podmiot nie spełnia wymagań udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. c) SIWZ, gdyż obliczony według wzoru Zamawiającego wskaźnik bieżącej płynności finansowej Budimex za lata obrotowe 2014 oraz 2015 jest niższy od wymaganej wartości 1,40. Z załączonych przez Budimex do oferty sprawozdań finansowych sporządzonych metodą MSSF i zbadanych zgodnie z ustawą o rachunkowości wynika, że w roku 2014 w/w wskaźnik wyniósł 0,834, a za rok 2015 w/w wskaźnik płynności wyniósł 0,852.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, który nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu". Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający nie ma możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani poprzez zliberalizowanie wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, ani przez interpretowanie tych regulacji odmiennie niż wynika to z ich treści. Skoro zatem dokumenty przedłożone przez Budimex nie potwierdzają, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. c) SIWZ, to Zamawiający powinien tegoż wykonawcę wykluczyć z postępowania. Dopasowywanie przez Zamawiającego wymagań na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących Zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. uchwala Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 33/14).
Niezależnie od okoliczności, że oferta Budimex została złożona z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący podkreślał, że Budimex nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, tj. posiadania wskaźnika bieżącej płynności finansowej za ostatnie trzy lata obrotowe na poziomie co najmniej 1,40. Taki wskaźnik Budimex uzyskał jedynie za rok obrotowy 2013, co oznacza, że Budimex, jako podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu powinien zostać wykluczony z Przetargu na etapie badania i oceny ofert przez Zamawiającego.
Jednocześnie, zgodnie z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Skoro w niniejszym postępowaniu Budimex

powinien zostać wykluczony, to złożona przez niego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Natomiast zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Budimex oraz uznania oferty Budimex za odrzuconą stanowi nie tylko naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, ale także naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż wybranie przez Zamawiającego oferty wykonawcy niespełniającego wymagań SIWZ, jako najkorzystniejszej, stanowi rażące naruszenie zasad równego traktowania wykonawców oraz zasad uczciwej konkurencji;
3. art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy (tj. Budimex) wybranemu przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych,
4. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty Budimex, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:
1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;
b) przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert, i:
i. odrzucenia oferty Budimex;
ii. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
Ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności, w razie nie nakazania odrzucenia oferty Budimex. podtrzymując pozostałe wnioski. Odwołujący wnosi o:
1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Przetargu;
b) przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert, i:
i. wykluczenia Budimex;
ii. uznania oferty Budimex za odrzuconą;
iii. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

---

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołania na rozprawie.

Przystępując do rozstrzygnięcia odwołania, w pierwszej kolejności Izba z urzędu bada, czy Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a mianowicie, czy ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Izba, analizując pod tym kątem odwołanie sygn. akt KIO 821/16, stwierdziła, że Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, wynikającej z przywołanego wyżej przepisu. Oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący – co nie budziło żadnych wątpliwości – w odwołaniu kwestionował oferty sklasyfikowane na dalszych pozycjach w rankingu ofert, niż jego własna oferta. W takiej sytuacji w klasyfikacji ofert trudno dopatrzeć się jakiejkolwiek szkody, którą mógłby ponieść Odwołujący. Izba za szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, nie uznaje możliwości wniesienia odwołania przez innych wykonawców w postępowaniu, dlatego dążenie do ich eliminacji w takim celu nie jest uprawnioną przesłanką do stwierdzenia posiadania legitymacji do wniesienia odwołania.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że Izba uwzględnia odwołanie tylko wówczas, jeżeli ma to wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Skoro oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (wynik postępowania), odwołanie, w którym Odwołujący podnosi zarzuty przeciwko pozostałym wykonawcom mogłoby być uwzględnione tylko wówczas, gdyby Odwołujący skutecznie zakwestionował również własną ofertę.

Reasumując, Izba oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 821/16, ponieważ Odwołujący nie posiada legitymacji o wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień

publicznych.

W sprawach sygn. akt KIO 815/16 i KIO 822/16 Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferty sklasyfikowane wyżej w rankingu ofert zostałyby odrzucone lub wykonawcy, którzy je

złożyli, zostaliby wykluczeni z postępowania – wówczas Odwołujący mieliby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron oraz Przystępujących do postępowań odwoławczych w sprawach sygn. akt KIO 815/16 i KIO 822/16, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie mogą zostać uwzględnione.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wskaźnika bieżącej płynności finansowej podanego w ofercie Budimexu (zarzut podniesiony w odwołaniach sygn. akt KIO 815/16 i KIO 822/16, ze wskazaniem na odmienną podstawę faktyczną), Izba ustaliła, co następuje:

Warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie wskaźnika bieżącej płynności finansowej na odpowiednim poziomie. Zamawiający w SIWZ określił wzór, na podstawie którego trzeba obliczyć przedmiotowy wskaźnik. Wysokość wskaźnika należało wpisać do oferty w formularzu ofertowym. Niezależnie od powyższego, do oferty należało dołączyć sprawozdanie finansowe łącznie z opinią biegłego rewidenta, o ile podlega ono badaniu zgodnie z przypisami o rachunkowości (Rozdział V ust. 1 pkt 6) SIWZ; odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy)

Wobec postanowień SIWZ zadano pytanie nr 33 o następującej treści: „Oferent jako spółka giełdowa sporządza swoje sprawozdania finansowe zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej (MSSF), których wymogi prezentacji danych finansowych różnią się istotnie od zasad obowiązujących w Polsce, określonych w Ustawie o rachunkowości. Z uwagi na różnice w prezentacji poszczególnych składników aktywów i pasywów. Z uwagi na różnice w ich nazewnictwie w sprawozdaniach finansowych sporządzonych według MSSF i Ustawy, koniecznym jest doprowadzenie poszczególnych elementów składowych kalkulacji wskaźników płynności do porównywalności, tak aby podmioty, sporządzające sprawozdania finansowego zgodnie z MSSF były oceniane według tych samych kryteriów, co podmioty sporządzające sprawozdania finansowego zgodnie z Ustawą. Mając na uwadze powyższy fakt, zwracamy się z pytaniem: Czy zamawiający potwierdza, że zaakceptuje kalkulacje wskaźników płynności w oparciu o dane finansowe, pochodzące ze zbadanego sprawozdania finansowego sporządzonego zgodnie Z MSSF, przekształcone do prezentacji zgodnej z formatem bilansu określonym w załączniku nr 1 Ustawy o rachunkowości”. Zamawiający na tak sformułowane pytanie odpowiedział twierdząco.

W postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą złożono składowi orzekającemu opinie biegłych rewidentów: opinię przedłożoną przez Erbud jako Odwołującego w sprawie

sygn. akt KIO 815/16 (biegły w konkluzji opinii podkreślał, że Budimex nie przedłożył dodatkowo dokumentów, które w wiarygodny i weryfikowalny sposób potwierdzałyby spełnienie wymogów SIWZ, i wskazywał, że należy odrzucić ofertę Budimex jako niezgodną z SIWZ w zakresie wskaźnika bieżącej płynności finansowej) oraz opinię załączoną przez Zamawiającego do odpowiedzi na wszystkie trzy odwołania (biegły analizował poprawność wyliczonych wskaźników i stwierdził, że dane podane przez Budimex w oparciu o MSSF nie różnią się w sposób istotny od wskaźników wyliczonych w oparciu o polską ustawę o rachunkowości). Przystępujący Budimex złożył informację pochodzącą od Deloitte Polska sp. z o.o. sp.k., z którym współpracuje (wyjaśniono metodologię przekładu wybranych – koniecznych do obliczenia wskaźnika zgodnie ze wzorem podanym przez Zamawiającego w SIWZ - danych wynikających ze sprawozdania finansowego, sporządzonego zgodnie

z MSSF, a polską ustawą o rachunkowości), oraz informację niezależnego biegłego rewidenta Moore Stephens.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania i dokumenty złożone na rozprawie, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego zaniechania wykluczenia wykonawcy Budimex z postępowania z powodu wskazanego przez niego w ofercie wskaźnika bieżącej płynności finansowej, a to z następujących powodów:

Izba rozpatruje odwołania wyłącznie w granicach postawionych nich zarzutów (art.192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych).

Zarzut odwołania składa się z podstawy faktycznej i prawnej. O ile podstawę prawną można wywieść z opisanej w sposób kompletny podstawy faktycznej, to samo przytoczenie przepisu, na którym opiera się podnoszony zarzut, bez dokładnego przytoczenia okoliczności, implikujących pożądane przez Odwołującego skutki, może być niewystarczające dla rozpatrzenia zarzutu (bądź rozpatrzenia go w sposób prowadzący do osiągnięcia pożądanych przez odwołującego skutków). W konsekwencji to zakreślona w odwołaniu podstawa faktyczna zarzutu stanowi granice rozpatrywania odwołania. I tak, w odwołaniu sygn. akt KIO 815/16 Odwołujący wskazywał na rozbieżność pomiędzy wskaźnikami podanymi w ofercie Budimexu, a wskaźnikami wynikającymi z załączonego do niej sprawozdania finansowego i wnosił o wezwanie przez Zamawiającego do wyjaśnienia tej rozbieżności.

Rozpatrując tak sformułowany zarzut, Izba stwierdziła, że SIWZ zakładała taką rozbieżność – gdyby można było przenieść do formularza ofertowego wprost wskaźniki ze sprawozdania finansowego, nie byłby potrzebny żaden wzór, który Zamawiający podał w SIWZ. Zamawiający założył, że metodologia sporządzania sprawozdań finansowych może się różnić u różnych wykonawców, dlatego podał sposób obliczenia wskaźnika dla oceny

ofert jednakowy dla wszystkich wykonawców. W konsekwencji sama rozbieżność, na którą się powoływał Odwołujący w odwołaniu sygn. akt KIO 815/16 nie mogła uzasadniać uwzględnienia przez Izbę zarzutu. W ocenie składu orzekającego nie zaistniała konieczność wezwania wykonawcy Budimex do wyjaśnienia tej kwestii bądź do uzupełnienia dokumentów.

Z kolei w odwołaniu sygn. akt KIO 822/16 Odwołujący kwestionował prawidłowość podania wskaźnika bieżącej płynności finansowej w ofercie Budimexu. Jak argumentował w odwołaniu i na rozprawie, oczekiwał przedstawienia przez Budimex wraz z ofertą kompletnego, zgodnego z polską ustawą o rachunkowości, sprawozdania finansowego, w którym dane ze sprawozdania finansowego sporządzanego zgodnie z MSSF zostałyby przełożone na informacje odpowiadające polskiej ustawie. Zdaniem Odwołującego, tylko takie działanie umożliwiłoby porównywalność podanego przez Budimex wskaźnika bieżącej płynności finansowej z wskaźnikami podanymi w innych ofertach.

Skład orzekający nie zaakceptował wywodów Odwołującego z następujących przyczyn: zakres dokumentów, których może żądać Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia, został enumeratywnie określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r., poz. 231). W ocenie Izby Zamawiający nie wykroczył poza przepisy rozporządzenia. Takiej okoliczności – że Zamawiając zażądał dodatkowego, nieprzewidzianego dokumentu, nie wywodzić przepisami rozporządzenia można z odpowiedzi twierdzącej na przytoczone wyżej pytanie nr 33. Jeżeli Zamawiający chciałby zmienić listę wymaganych dokumentów, składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, musiałby uczynić to w sposób wyraźny i jednoznaczny, a dla skuteczności takiej zmiany musiałby zmodyfikować ogłoszenie o zamówieniu. Zamawiający takiej zmiany nie dokonał, a jedynie potwierdził, że ,,zaakceptuje kalkulacje wskaźników płynności w oparciu o dane finansowe, pochodzące ze zbadanego sprawozdania finansowego sporządzonego zgodnie Z MSSF, przekształcone do prezentacji zgodnej z formatem bilansu określonym w załączniku nr 1 Ustawy o rachunkowości". Dlatego Izba nie mogła uznać opinii biegłego rewidenta złożonej przez Erbud za przekonującą (abstrahując od wątpliwości proceduralnych, czy można brać ją pod uwagę – skoro wykraczała poza podstawę faktyczną odwołania Erbud): biegły nie miał podstawy do stwierdzenia, że należało przedstawić

dodatkowe dokumenty, i że oferta powinna być odrzucona jako niezgodna ze SIWZ.

Izba za wiarygodną uznała opinię biegłego rewidenta złożoną przez Zamawiającego oraz wyjaśnienia Deloitte, złożone przez Budimex na rozprawie. W cenie Izby oba te dokumenty korespondują ze sobą i wynika z nich, że wskaźnik bieżącej płynności finansowej, podany w formularzu ofertowym przez Budimex, został wyliczony na podstawie

danych, pochodzących ,,ze zbadanego sprawozdania finansowego sporządzonego zgodnie z MSSF, przekształconych do prezentacji zgodnej z formatem bilansu określonym w załączniku nr 1 Ustawy o rachunkowości", stosownie do odpowiedzi na pytanie nr 33. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się podstaw do wykluczenia wykonawcy Budimex z postępowania ze względu na niespełnienie warunku wykazania się odpowiednim wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej, ani konieczności prowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie.

Trzeba podkreślić, że ewentualne niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wskaźnika bieżącej płynności finansowej na odpowiednim poziomie skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a nie odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z SIWZ, o co wnosił Odwołujący w odwołaniu sygn. akt KIO 822/16. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych następuje wyłącznie wówczas, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, przy czym przez ,,treść oferty" rozumie się ofertę w sensie ścisłym, a więc – w pewnym uproszczeniu – zakres oferowanego świadczenia powinien odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. W zakresie ,,treści oferty" nie mieści się zatem ewentualne niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odwołaniu sygn. akt KIO 815/16 podnoszono również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Budimex z powodu braku dokumentów przedmiotowych (certyfikatów potwierdzających, że producent posiada system zarządzania jakością). Badając zasadność zarzutu, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z VI.3.h SIWZ, do oferty należało załączyć kopię certyfikatu potwierdzającego u przedmiotu dokumentowany system zarządzania jakością producenta zamówienia na zgodność z normami międzynarodowymi, dla urządzeń wskazanych w głównym opisie zamówienia. UPS był elementem wyposażenia akceleratora, a oprogramowanie diagnostyczne i automatyczny duplikator – gammakamery.

W złożonych ofertach Budimex i Konsorcjum INSO zaoferowali oprogramowanie diagnostyczne syngo.via produkcji Siemens AG z siedzibą w Monachium, Niemcy (str. 1690 oferty wykonawcy BUDIMEX, str. 726 oferty Konsorcjum INSO), automatyczny duplikator płyt CD/DVD - EPSON PP100II produkcji SEIKO EPSON CORPORATION z siedzibą w Japonii (str. 1690 oferty wykonawcy BUDIMEX, str. 726 oferty Konsorcjum INSO) oraz zasilacz awaryjny UPS Smart-UPS 1500VA firmy APC (str. 445 oferty wykonawcy BUDIMEX, str. 73 oferty Konsorcjum INSO). Zdaniem Odwołującego, ponieważ oprogramowanie i urządzenia bez wątpienia stanowią przedmiot zamówienia, to stosownie do postanowień SIWZ należało załączyć do oferty kopię certyfikatu potwierdzającego, że producent posiada system zarządzania jakością, jednak ani wykonawca BUDIMEX, ani Konsorcjum INSO nie załączyli do swoich ofert wymaganej kopii certyfikatu dla wymienionych wyżej urządzeń

i oprogramowania. Równocześnie Odwołujący nie kwestionował dokumentów przedmiotowych złożonych dla urządzeń głównych – akceleratora i gammakamery.

Zdaniem wezwać zarówno wykonawcę Odwołującego, Zamawiający winien BUDIMEX jak i Konsorcjum INSO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wymaganej kopii certyfikatu, a w razie braku skutecznego uzupełnienia przez wykonawcę BUDIMEX lub przez Konsorcjum INSO ww. dokumentu przedmiotowego, Zamawiający winien dokonać czynności odrzucenia odpowiednio oferty wykonawcy BUDIMEX lub oferty Konsorcjum INSO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Oceniając tak postawiony zarzut, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie ma racji. Dokumentów przedmiotowych dla urządzeń głównych – akceleratora i gammakamery Odwołujący nie kwestionował, a nie było podstawy, aby żądać tych dokumentów dla

elementów wyposażenia. Niezależnie od powyższego, Budimex z ostrożności procesowej, na rozprawie złożył dokumenty postulowane przez Odwołującego.
W konsekwencji Izba oddaliła zarzut dotyczący certyfikatów.

Odnośnie pozostałych zarzutów odwołania sygn. akt KIO 815/15, odnoszących się do Konsorcjum INSO (spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia zawodowego, rachunkowość spółki tureckiej, polisa ubezpieczeniowa i zaświadczenia względnie oświadczenia dotyczące karalności), to nawet gdyby były zasadne, odwołania nie można byłoby uwzględnić, ponieważ nie miałoby to wpływu na wynik postępowania (ofertą najkorzystniejszą pozostaje oferta złożona przez Budimex). Niezależnie od powyższego, w ocenie składu orzekającego Odwołujący nie przedłożył dowodów, które potwierdzałyby konieczność wezwania Konsorcjum INSO do uzupełnienia dokumentów.

Reasumując, Izba stwierdziła, że w sprawach sygn. akt KIO 815/16 i KIO 822/16 nie doszło do wskazywanych w odwołaniach naruszeń, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

……