

Sygn. akt: KIO 276/16

POSTANOWIENIE
z dnia 09 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **w dniu 09 marca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 lutego 2016 r.** przez wykonawcę **ERBUD S. A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Stanisława Staszica 16 20-081 Lublin**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ERBUD S. A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*opracowanie projektu wykonawczego oraz wykonanie kompleksowo robót budowlanych związanych z zespołem budynków przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach - Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 „Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie”* - Nr sprawy: EO/TT 2721/V/16, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 036 -057434 z 20.02.2016 r., przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Stanisława Staszica 16 20-081 Lublin zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 22.02.2016 r. Zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 26.02.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ERBUD S. A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa zwana dalej: „*ERBUD S. A.*” albo „*Odwołującym*” wniosło odwołanie na w/w czynność z 22.02.2016 r. oraz postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.02.2016 r. (e-mailem). Inaczej mówiąc wnosił odwołanie od:

1) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania przez Zamawiającego czynności udostępnienia specyfikacji, istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w terminie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2) postanowień SIWZ w zakresie:

a) wskazanego w Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ warunku posiadania wiedzy i doświadczenia polegającego na konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej (roboty budowlana odpowiadająca zakresowi zawartemu w dokumentacji technicznej) o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a także sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku,

b) wskazanego w Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ warunku posiadania wiedzy

i doświadczenia polegającego na konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczony do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a także sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku,

c) wskazanego w Części V pkt 1 ppkt 1.4. SIWZ warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej polegającego na spełnieniu wymogu posiadania wskazanych tam wskaźników finansowych, a także sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku,

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie udostępnił specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, uzyskał w dniu 17 lutego 2016 r., tj. w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu we wskazanym Dzienniku Urzędowym. SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego została natomiast udostępniona dopiero w dniu 22 lutego 2016 r. W tym dniu (22 lutego 2016 r.) Odwołujący powziął wiedzę o postanowieniach SIWZ kwestionowanych w niniejszym odwołaniu. Wobec powyższego niniejsze, odwołanie zostało wniesione w terminie. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, a odpowiednio także zaskarżonym postanowieniom SIWZ i w konsekwencji Zamawiającemu zarzuca się:

1) w odniesieniu do zaniechania czynności udostępnienia SIWZ na stronie internetowej w terminie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

a) naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez udostępnienie SIWZ na stronie internetowej w terminie późniejszym od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2) w odniesieniu do postawionego w Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ warunku posiadania wiedzy i doświadczenia polegającego na konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej (roboty budowlanej odpowiadającej zakresowi zawartemu w dokumentacji technicznej) o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a także sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów

potwierdzających spełnienie ww. warunku:

a) naruszenie art. 22 ust. 4 Pzp i 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez ustanowienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób niejasny i budzący wątpliwości, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3) w odniesieniu do postawionego w Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ warunku posiadania wiedzy i doświadczenia polegającego na konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczony do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a także sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku:

a) naruszenie art. 22 ust. 4 Pzp i art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykluczający wykonawców zdolnych do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

b) naruszenie art. 22 ust. 4 Pzp i 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez ustanowienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób niejasny i budzący wątpliwości, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

4) w odniesieniu do postawionego w Części V pkt 1 ppkt 1.4. SIWZ warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej, naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 22 ust. 4 i ust. 5 Pzp przez określenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie mający jedynie na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia i wskazujący na możliwość spełnienia tego warunku udziału przez

nieuzasadnienie wąski krąg wykonawców, podczas gdy warunki realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wynikającym z ogłoszenia spełnia więcej wykonawców, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;;

Mając na uwadze powyższe wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i:

1) nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. co najmniej o 5 dni;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ ustanawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz opisującego sposób dokonania oceny spełniania tych warunków poprzez:

a) doprecyzowanie zawartego w Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ wymogu konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej (robota budowlana odpowiadająca zakresowi zawartemu w dokumentacji technicznej) o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, poprzez wskazanie, jak należy rozumieć pojęcie „*robota budowlana odpowiadająca zakresowi zawartemu w dokumentacji technicznej*”, a w konsekwencji także odpowiednie doprecyzowanie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku;

b) zmianę zawartego w Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ wymogu konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczony do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, poprzez usunięcie wymagania, że wartość wybudowanego bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonego do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych powinna być nie niższa niż 20.000.000.00 zł brutto, a w konsekwencji także odpowiednie dostosowanie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku, a w sytuacji, gdy w zamierzeniu Zamawiającego wskazana wartość 20.000.000.00 zł brutto miała stanowić wartość jednej roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonego do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ poprzez

doprecyzowanie wskazanego wymogu przez wskazanie, że wartość 20.000.000.00 zł brutto stanowi wartość jednej roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonego do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych, a nie stanowi wartości samego tylko bunkra oraz odpowiednie doprecyzowanie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku

c) zmianę zawartego w Części V pkt 1 ppkt 1.4. SIWZ wymogu poprzez nakazanie Zamawiającemu usunięcie wskazanego warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, ewentualnie poprzez ustalenie tego warunku w sposób odpowiedni do przedmiotu zamówienia i mający jedynie na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a w konsekwencji także odpowiednie dostosowanie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku oraz postanowień Części VI SIWZ w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku

d) dokonanie odpowiedniej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu tak, aby ogłoszenie o zamówieniu odpowiadało w/w żądaniom modyfikacji SIWZ (tj. by ogłoszenie o zamówieniu było spójne z treścią zmodyfikowanego SIWZ).

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający w niniejszej sprawie naruszył przepis art. 42 ust. 1 Pzp. W przedmiotowej sprawie ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało bowiem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2016 r., a dopiero w dniu 22 lutego 2016 r. Zamawiający udostępnił SIWZ na stronie internetowej. Takie postępowanie Zamawiającego pozostaje w całkowitej sprzeczności ze wskazaną regulacją z art. 42 ust. 1 Pzp. Wynika to z tego, że „Przepis art. 42 ust. 1 określa terminy, w których specyfikacja musi zostać udostępniona na stronie internetowej.” (tak m.in. J. Pieróg w PZP Komentarz 2015). Opisane powyżej uchybienie Zamawiającego ma daleko idące praktyczne konsekwencje. Przede wszystkim wskazane uchybienie w zakresie obowiązku udostępnienia SIWZ utrudnia, o ile nawet nie uniemożliwia, wykonawcom chcącym ubiegać się o udzielenie zamówienia niezwłoczne przystąpienie do sporządzania ofert. Jest to tym bardziej istotne, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie skomplikowanych robót i prac. Tak właśnie jest w niniejszej sprawie, gdzie przedmiot zamówienia obejmuje m.in. wykonanie specjalistycznego i skomplikowanego bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym. Niezależnie od tego złożenie oferty wymaga też przeprowadzenia konsultacji z ewentualnymi dostawcami i podwykonawcami celem uzgodnienia zasad i warunków ewentualnej współpracy z nimi przez wykonawcę w przypadku uzyskania przez niego zamówienia. W takiej sytuacji dla wykonawcy zamierzającego złożyć ofertę i ubiegać się o udzielenie zamówienia istotny

i zarazem kluczowy jest każdy dzień terminu przewidzianego na złożenie oferty. Uchybienie Zamawiającego dot. zasad udostępnienia SIWZ w praktyce ogranicza możliwości wykonawcy zamierzającego złożyć ofertę. W powyższych okolicznościach zasadnym jest przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej o taką liczbę dni, o jaką Zamawiający opóźnił się z wykonaniem obowiązku udostępnienia SIWZ na stronie internetowej w stosunku do obowiązujących przepisów. Jako że w przedmiotowej sprawie było to 5 dni, zasadnym jest zatem przedłużenie terminu składania ofert co najmniej o taką liczbę dni.

Kolejnym istotnym uchybieniem Zamawiającego jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie wymagań stawianych wykonawcom w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wątpliwości interpretacyjne budzi w szczególności zawarty w Części V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ wymóg konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej (roboty budowlana odpowiadająca zakresowi zawartemu w dokumentacji technicznej) o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Zamawiający nigdzie bowiem jednoznacznie nie definiuje, jak należy rozumieć pojęcie „*roboty budowlana odpowiadająca zakresowi zawartemu w dokumentacji technicznej*”. Pojęcie to można rozumieć i definiować różnie, a co więcej, można je również interpretować w ten sposób, że celem spełnienia tego wymogu niezbędnym jest wykonanie roboty budowlanej o dokładnie takim samym zakresie (tj. zakresie identycznym pod względem rodzajowym i ilościowym), jaki wynika z dokumentacji technicznej postępowania przetargowego. Taka wykładnia wskazanego warunku oznaczałaby ze strony Zamawiającego dodatkowo to, że Zamawiający warunek wiedzy i doświadczenia sformułował w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w istocie wykluczający wykonawców zdolnych do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że do tego, aby mieć wiedzę i doświadczenie pozwalające prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie, nie jest niezbędnym wykonanie robót o zakresie identycznym pod względem ilościowym do robót niezbędnych do wykonania w niniejszej sprawie. Zamawiający, określając sposób dokonywania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, powinien kierować się przede wszystkim stopniem zaawansowania technologicznego i zakresem rzeczowym robót, albowiem to te czynniki mają decydujące znaczenie dla oceny czy dany wykonawca jest zdolny wykonać przedmiotowe zamówienia. Na wskazaną okoliczność zwróciła również KIO m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 03 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2683/11) wskazując, że *„Z punktu widzenia spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia za rodzajowo odpowiadające należy uznać roboty budowlane, które obejmują nie tylko identyczne ale również zbliżone pod względem trudności i charakteru czynności faktyczne lub czynności o większym stopniu skomplikowania niż czynności składające się na przedmiot zamówienia.*

Jeżeli wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku roboty budowlane, niezależnie czy były one realizowane w ramach budowy, odbudowy, nadbudowy lub przebudowy obiektu budowlanego, obejmują przedmiotowo zbliżony lub tożsamy zakres czynności należy uznać je za odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Charakter czynności składających się na roboty budowlane, a nie charakter i nazwa zadania inwestycyjnego winny wskazywać, czy posiadane przez wykonawcę doświadczenie gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższa zasada determinuje bowiem sposób oceny spełnienia warunku na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.". W uzasadnieniu uchwały z dnia 11 marca 2014 r. (sygn. akt: KIO/KU 18/14) KIO wskazała natomiast, że „(...) dokonany przez Zamawiającego opis warunków udziału może ograniczać udział w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy nie spełniając wymaganych warunków podmiotowych nie dają rękojmi należytej realizacji zamówienia publicznego (...). Użyte przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia.".

Podkreślił przy tym, że zamawiający ma obowiązek warunki udziału w postępowaniu ustalić w sposób jasny i precyzyjny. Na ten obowiązek zamawiającego KIO wielokrotnie zwracała uwagę w wydawanych przez nią orzeczeniach. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 879/13) KIO jednoznacznie wskazała, że "Właściwe sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) - ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełnienia przeprowadzić na zasadzie spełnia - nie spełnia". W uzasadnieniu wyroku z dnia 09 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 400/12) KIO wskazała jednoznacznie, że SIWZ wraz z załącznikami „[...] to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem.". Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 286/11) wskazała, że „Ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak

i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada "spełnia - nie spełnia")."

Odnosząc powyższe rozważania oraz powołane orzecznictwo do wskazanego powyżej warunku wiedzy i doświadczenia sformułowanego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stwierdzić należy, że warunek sformułowany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie dość, że jest niejednoznaczny i nieprecyzyjny w swej treści co prowadzić może do różnej jego wykładni i interpretacji, to dodatkowo może być rozumiany i interpretowany w sposób pozwalający go uznać jako nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w istocie wykluczający wykonawców zdolnych do należytego wykonania udzielanego zamówienia. To zaś oznacza, że wskazany warunek narusza przepisy art. 22 ust. 4 Pzp i 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji i przepis art. 7 ust. 1 Pzp w sposób wskazany, jak w zarzutach na wstępie niniejszego pisma i zasadnym jest jego właściwa modyfikacja zgodnie z wnioskami zawartymi na wstępie niniejszego pisma.

Przedstawione powyżej rozważania i orzecznictwo zachowują swoją aktualność i zastosowanie również w odniesieniu do sporządzonego przez Zamawiającego wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegającego na konieczności wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonego do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych o wartości nie niższej niż 20.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Sposób sformułowania przez Zamawiającego wskazanego wymogu prowadzi do wniosku, że Zamawiający może oczekiwać tego, iż potencjalny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazać się będzie musiał tym, że wykonywał robotę budowlaną, w ramach której wybudował bunkier z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, który to bunkier miał wartość nie niższą niż 20.000.000,00 zł brutto. Wymóg postawiony przez Zamawiającego na poziomie tak wysokiej kwoty jest całkowicie wygórowany i oderwany od rzeczywistości oraz sensu i przeznaczenia regulacji zawartych w art. 22 Pzp. Podkreślić należy, że wskazane regulacje mają zapewnić, aby przedmiot zamówienia był realizowany przez podmiot mający m.in. niezbędną ku temu wiedzę i doświadczenie. Wskazane regulacje z art. 22 Pzp nie powinny natomiast służyć zamawiającym do faworyzowania konkretnych wykonawców czy instrumentalnego eliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy w rzeczywistości posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie.

Kontynuując wskazał, że wymóg, aby wskazany wykonany bunkier miał wartość nie niższą niż 20.000.000,00 zł brutto, jest też całkowicie nieuzasadniony w okolicznościach

faktycznych niniejszej sprawy. Odwołującemu znane są postępowania przetargowe, gdzie w ramach przedmiotu zamówienia również był wykonywany bunkier wskazanego rodzaju i wartość tych zamówień była ponad 2 razy niższa, niż kwota 20.000.000,00 zł brutto wskazana przez Zamawiającego w niniejszej sprawie.

W sytuacji, gdyby okazało się, że zamieszczając w SIWZ wskazany zapis dot. wiedzy i doświadczenia Zamawiający miał w istocie na myśli to, że robota budowlana obejmująca swoim zakresem wykonanie wskazanego bunkra powinna mieć wartość nie niższą niż 20.000.000,00 zł brutto, to wskazać należy że sposób sformułowania przez Zamawiającego wskazanego zapisu nie oddaje takiego zamiaru Zamawiającego. Wskazany zapis jest w swej treści niejednoznaczny, można go różnie rozumieć i, co jest kluczowe, można na jego podstawie wyciągnąć różne i całkowicie rozbieżne wnioski. To zaś na gruncie przepisów Pzp nie powinno mieć miejsca (aktualne w tej kwestii pozostaje również orzecznictwo powołane we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia).

Jak wynika z treści SIWZ oraz ogłoszenia, w ocenie Zamawiającego, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, a udzielenie Informacji w tej kwestii pozwoli Zamawiającemu na dokonanie oceny, czy kondycja finansowa danego wykonawcy pozwoli mu na udział w przedsięwzięciu wymagającym zaangażowania środków finansowych. W tym celu zgodnie z pkt III.2) ppkt 1.4 ogłoszenia wykonawca musi wykazać, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia m.in. poprzez wykazanie, iż na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych wskaźnik płynności bieżącej, będący stosunkiem posiadanych aktywów obrotowych do sumy bieżących zobowiązań znajduje się na poziomie nie mniejszym niż 1,1; że na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych wskaźnik zadłużenia ogólnego będący stosunkiem zobowiązań ogółem do sumy pasywów znajduje się na poziomie nie większym niż 0,9; że na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych wskaźnik rentowności sprzedaży netto będący stosunkiem zysku netto do przychodów netto znajduje się na poziomie nie mniejszym niż 0,01; określeniu minimalnego poziomu przychodów netto na poziomie nie mniejszym niż 150.000.000 zł łącznie za okres ostatnich 3 lat obrotowych oraz posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 20.000.000 zł.

W ocenie Odwołującego, wskazany sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu i ich oceny stanowi bezpodstawne ograniczenie konkurencji i równości stron w postępowaniu. Może bowiem eliminować potencjalnych wykonawców, zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia ze względu na niemożliwość spełnienia warunków zamówienia sformułowanych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zupełnie uznaniowy.

Podkreślił, iż Zamawiający wymaga aby wskazane powyżej wskaźniki finansowe wykonawca osiągnął „na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych”.

Tymczasem, zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp, celem wykazania określonego warunku jest potencjalne potwierdzenie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy na dzień składania ofert. Warunek stawiany przez Zamawiającego w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej nie powinien zatem dotyczyć okresów wstecznych i odległych, które nie mają żadnego wpływu na bieżącą (na dzień składania ofert) sytuację wykonawcy i jego aktualny potencjał do realizacji zamówienia. Ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej zaproponowana przez Zamawiającego została oparta o analizę wskaźników i danych historycznych, a wskaźniki historycznie nie prezentują obecnej kondycji finansowej wykonawcy. Taki sposób sformułowania wskazanego warunku udziału w postępowaniu i jego oceny wyklucza z kręgu potencjalnych wykonawców szereg podmiotów zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wystarczy, iż dany podmiot 3 lata temu nie osiągnął zysku na zakładanym poziomie, co nie ma znaczenia dla jego obecnej kondycji finansowej, ale wyklucza tego wykonawcę z udziału w niniejszym postępowaniu. Przykładowo wskaźnik płynności bieżącej osiągnięty 3 lata temu, którego wykazania na określonym poziomie wymaga Zamawiający, nie potwierdza w istocie bieżącej zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. W kontekście art. 22 ust. 1 Pzp zamawiający powinien być przede wszystkim zainteresowany bieżącą sytuacją ekonomiczną, czy finansową wykonawcy oraz jego zdolnością do wykonania zamówienia, a nie danymi historycznymi. *W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma prawo i obowiązek opisać jak będzie oceniał ich spełnianie przez .. wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu* (Wyrok KIO z dnia 26.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1721/11). W ocenie Odwołującego Zamawiający, opisując ww. warunek i sposób dokonania jego oceny, takiej równowagi nie zachował, eliminując przez tak postawione wymagania szereg potencjalnych wykonawców.

Wskaźnik zadłużenia ogólnego nie powinien być punktem odniesienia dla określenia zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia. Określa on bowiem strukturę finansowania, która zależy również od wielu innych okoliczności, w tym m.in. od kosztu pozyskania kapitału przez przedsiębiorstwo, a także od wskaźnika rentowności aktywów (ROA). Sam w sobie wskaźnik ten jest najbardziej ogólnym obrazem struktury finansowania ; aktywów przedsiębiorstwa, nie jest więc wymiernym wskaźnikiem pokazującym rzeczywiste możliwości wykonawcy.

Kolejny wskaźnik - rentowności sprzedaży netto będący stosunkiem zysku netto do przychodów netto znajduje się na poziomie nie mniejszym niż 0,01, ma na celu pokazanie ile procent sprzedaży stanowi marża zysku po odliczeniu wszystkich kosztów i zapłaceniu podatków. Powyższe nie ma znaczenia dla oceny zdolności Zamawiającego do wykonania niniejszego zamówienia, zwłaszcza w zakresie poziomu tego wskaźnika na koniec każdego z 3 ostatnich lat obrotowych. Co więcej, Zamawiający za pośrednictwem tego wskaźnika zawęży krąg wykonawców jedynie do tych, którzy we wskazanym okresie historycznym, osiągnęli zysk na konkretnym poziomie. Tymczasem zakończenie lat poprzednich ze stratą, czy przedmiotowym wskaźnikiem poniżej wskazanego poziomu (0,01), nie wyklucza, że obecnie dany wykonawca jest zdolny do wykonania niniejszego zamówienia. Nie ma również żadnego uzasadnienia dla czego Zamawiający żąda przychodów netto na poziomie nie mniejszym niż 150.000.000 zł łącznie za okres ostatnich 3 lat obrotowych oraz posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 20.000.000 zł. Liczby te zostały przyjęte zupełnie uznaniowo i nie mają żadnego realnego uzasadnienia.

W ocenie Odwołującego, wymóg posiadania ww. wskaźników finansowych na wskazanym poziomie, stanowi o nadmierności wymagań Zamawiającego i faworyzuje niektórych wykonawców. Powyżej omawiane wskaźniki mają znaczenie ogólne i zostały sformułowane w sposób wybiórczy oraz uznaniowy, nie gwarantują zatem rzeczywistej oceny kondycji finansowej wykonawcy i jego zdolności do realizacji zamówienia, bo ta zależy dodatkowo od wielu innych jeszcze czynników i okoliczności. Tymczasem wskazane wskaźniki wykluczają udział w postępowaniu wykonawców, którzy realizowali z powodzeniem w ostatnich 3 latach porównywalne, a nawet większe zamówienia, czego mogą dowieść posiadane przez tych wykonawców referencje. *Zamawiający, opisując wymagania, którym powinni sprostać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, powinien zachować równowagę pomiędzy swoim interesem w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania* (Wyrok KIO z 12.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1784/14). Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie Zamawiającemu zarzutu naruszenia wskazanym zapisem przepisów art. 22 ust. 4 Pzp i art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 29.02.2016 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego

kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęzka 9, 01-518 Warszawa zwana dalej: „SKANSKA S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.03.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Dyrektora dr n. med. A. B. .

W dniu 07.03.2016 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 07.03.2016 r. wezwał SKANSKA S.A. na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 08.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) SKANSKA S.A. - Przystępujący po stronie Zamawiający poinformował w odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.03.2016 r., iż nie wnosi, w trybie art. 186 ust. 3-5 Pzp, sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołanie w całości przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 276/16 na – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez

wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....