

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 5 maja 2016 r.**

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

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego 4 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 kwietnia 2016 r.

przez wykonawcę: **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Centrum Medycyny Nieinwazyjnej etap 1* (nr postępowania ZP/9/2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gdański Uniwersytet Medyczny**

przy udziale wykonawcy: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 18000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gdański Uniwersytet Medyczny – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa Centrum Medycyny Nieinwazyjnej etap 1* (nr postępowania ZP/9/2016). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S\_037-059576 z 23 lutego 2016 r. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 kwietnia 2016 r. Odwołujący – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu} od czynności podjętych przez Zamawiającego w powyższym postępowaniu, w szczególności od zaniechania wykonania czynności nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 327/16, a także od przekazania załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, który nie uwzględnia wszystkich modyfikacji Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 192 ust 3 pkt 1 – przez zaniechanie wykonania nakazanego powyższym wyrokiem jednoznacznego określenia 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.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 – przez takie określenie parametrów minimalnych, jakie muszą spełniać rozwiązania równoważne w stosunku do przewidzianych projektem, które *de facto* uniemożliwiają zastosowanie rozwiązania równoważnego, czyli przez pozorne dopuszczenie równoważności.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 – przez niejasne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia oraz wymagań w stosunku do dokumentów, jakie wykonawcy winni przedłożyć wraz z ofertą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Prawidłowego wykonania czynności nakazanych workiem Izby z 22 marca 2016 r.

2. Wszędzie tam, gdzie w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, parametrach bądź STWiOR dopuszczone zostało rozwiązanie równoważne – szczegółowego wskazania funkcji bądź parametrów, co do których wykonawca zobowiązany jest wykazać równoważność, z zastrzeżeniem, iż określenie to nie może wskazywać na pozorność 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 warunków brzegowych parametrów (dopuszczalnych granic odchyień).
3. Udostępnienia ujednoliconego załącznika nr 5 do SIWZ, który będzie uwzględniał wszelkie modyfikacje.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

W pierwszej kolejności Odwołujący opisał okoliczności dotyczące poprzedniego postępowania odwoławczego.

4 marca 2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające m.in. na niejasnym i nieprecyzyjnym określeniu przedmiotu zamówienia, tj. nieokreśleniu parametrów minimalnych, jakie muszą spełniać rozwiązania równoważne w stosunku do przewidzianych projektem oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy pzp, zgłaszając takie samo żądanie jak obecnie w pkt 2 listy żądań.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w zakresie dopuszczalności i wymagań stawianych materiałom, urządzeniom lub rozwiązaniom równoważnym Zamawiający ograniczył się wyłącznie do ogólnikowego postanowienia zawartego w pkt 26 SIWZ (*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 równoważności 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.*

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że 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, powoduje, że – 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 w można w sposób zbiektywizowany dokonać porównania produktów pod kątem równoważności.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nie sposób uznać, że wszelkie parametry dające się odczytać z projektu wykonawczego muszą być spełnione przez rozwiązania równoważne, gdyż prowadziłoby to do wniosku, że dopuszczenie równoważności jest w tym przypadku iluzoryczne.

22 marca 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, jak to opisano powyżej w pkt 1 listy zarzutów.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może wiązać się z koniecznością wykazania zgodności co do wszystkich szczegółowych parametrów danego elementu przedmiotu zamówienia, gdyż w takim przypadku dopuszczenie rozwiązań równoważnych należałoby uznać jedynie za pozorne. Dlatego też Izba uznała za konieczne 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.

Następnie Odwołujący podał, że począwszy od 13 kwietnia 2016 r. Zamawiający zaczął udostępniać uszczegółowienia dokumentacji.

Odwołujący zarzucił, że sposób opisanie parametrów równoważności nie czyni zadość obowiązkowi nałożonemu powyższym wyrokiem.

Odwołujący sprecyzował powyższe przez wskazanie następujących przykładów, w jakich Zamawiający określił parametry równoważności w celu wykonania obowiązku nałożonego przez Krajową Izbę Odwoławczą:

1. Opis do projektu wewnątrz dla Szpitala Centrum Medycyny Nieinwazyjnej Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego:

a) Str. 10-11 – pierwotnie Zamawiający dokonał opisu tych elementów przez wskazanie płytek w wymiarach 60x60 GIGACER seria CONCRETE gr. 12 mm, wskazując również parametry płytek, które wynikają z karty katalogowej ww. materiału (które – co istotne – dopuszczają pewne odchylenia). Po wyroku do opisu dodał jako niezbędne parametry równoważności wszystkie parametry płytek, przypisane pierwotnie do powyższego rozwiązania, co więcej bez dopuszczenia odchyień.

Odwołujący zarzucił, że to ostatnie powoduje dalsze ograniczenie zastosowania rozwiązania równoważnego. Ponieważ Zamawiający nie określił żadnych warunków brzegowych, a opis niezbędnych parametrów równoważności wskazuje tylko na jedno rozwiązanie, Zamawiający jedynie pozornie dopuścił możliwość zaoferowania innych niż GIGACER seria CONCRETE gr. 12 mm płytek.

b) Str. 22-28,129-131 – w zakresie tapet Zamawiający pozostawił pierwotne wymagania co do wszystkich parametrów wskazujących na zastosowanie rozwiązania firmy Vescom, dodając jedynie informacje, iż są to niezbędne parametry równoważności. W taki sposób określone zostały parametry równoważności w stosunku do sufitu podwieszanego OWAlux S3 oraz AquaCosmos S3e, odbojników i ścianek składanych do sal wykładowych lub konferencyjnych

c) Oprawy oświetleniowe (str. 36-38) – Zamawiający wskazał, że *niezbędne parametry równoważności wg projektu elektrycznego. Walory estetyczne zgodnie z projektem wnętrz – jakoś wykonania oraz kształt zgodny z przytoczonymi niżej przykładami.*

Odwołujący zarzucił, że następnie Zamawiający opisał bardzo ogólnie i nieprecyzyjnie wymagania, bez podania konkretnych parametrów, bez wskazania jakichkolwiek warunków brzegowych oraz sposobu oceny rozwiązań równoważnych.

2. Projekt architektoniczny 1 etapu (str. 330) – parametry równoważności dla sufitu podwieszanego zostały określone poprzez skopiowanie pierwotnie wskazanych parametrów charakteryzujących sufit podwieszany Sanitas 02 S3e.

3. Tom II.1 Projekt wykonawczy I etapu Teletechnika Część VII.2 Instalacje dźwiękowe systemu ostrzegawczego (DSO):

a) Str.11 – Zamawiający wskazał, że dopuszcza zastosowanie innego niż dźwiękowego systemu ostrzegawczego Variodyn D1 firmy Esser b Honeywell, pod warunkiem zachowania zasad równoważności pomiędzy proponowanym systemem a systemem wg niniejszej dokumentacji.

Odwołujący zarzucił, że taki zapis jest równoznaczny z ograniczeniem się wyłącznie do określenia „lub równoważny”, bez wskazania parametrów równoważności, trudno bowiem uznać, że wszystkie parametry określone w dokumentacji muszą być tożsame, aby można było powiedzieć, że zaproponowane rozwiązanie jest równoważne.

b) Str. 17-20 – Zamawiający pozostawił wszystkie pierwotnie wskazane parametry dla urządzeń wymienionych w tabeli z nazwy, dodając jedynie informacje, że są to podstawowe równoważności.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający określił jako parametry równoważności wszystkie parametry wskazane pierwotnie (skopiowane z karty katalogowej czytnika kontroli dostępu).

Odwołujący zastrzegł, że wskazane wyżej przykłady nie wyczerpują wszystkich uchybień Zamawiającego polegających na niewykonaniu bądź niewłaściwym wykonaniu czynności nakazanych wyrokiem z 22 marca 2016 r. Według Odwołującego obrazują one jednak działanie Zamawiającego, który w żaden sposób nie umożliwił zaoferowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych, co wskazuje na iluzoryczność dopuszczenia przez niego takich zmian. Trudno uznać bowiem uznać doprecyzowania, że wszystkie wskazane wcześniej parametry są parametrami równoważności (bez wskazania warunków brzegowych, przy jednoczesnym braku uzasadnienia dla twierdzenia, że wszystkie parametry danego rozwiązania związane są z jego funkcjonalnością) jest prawidłowym określeniem przez Zamawiającego parametrów równoważności.

Podsumowując, Odwołujący zaznaczył, że podziela opinię Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w bogatym orzecznictwie w tym zakresie, że opisywanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia albo poprzez podanie nazw konkretnych rozwiązań bądź takie ich opisanie, że wskazują one bezpośrednio na konkretny produkt, nawet bez podania jego nazwy własnej bądź nazwy producenta, powinno stanowić wyjątek, stosowany tylko w rzeczywiście uzasadnionych sytuacjach, a nie nadużywany przez zamawiającego. Co więcej, w przypadku, kiedy Zamawiający rzeczywiście nie ma możliwości określenia przedmiotu zamówienia w sposób inny niż wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, powinien umożliwić potencjalnym wykonawcom zaproponowania rozwiązania równoważnego, a będzie to możliwe tylko w sytuacji, w której zamawiający w sposób rzetelny i jednoznaczny określi najważniejsze parametry równoważności, sposób ich oceny oraz warunki brzegowe. W innej sytuacji, a z taką mamy do czynienia w tym przypadku, rozwiązania równoważne dopuszczone zostaną tylko pozornie, nie pozostawiając wykonawcom możliwości zaproponowania rozwiązania równie funkcjonalnego jak oczekiwane przez Zamawiającego, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

W drugiej części uzasadnienia odwołania opisano, że 23 kwietnia 2016 r. Zamawiający udostępnił ostateczną wersję załącznika nr 5 do SIWZ, która nie uwzględnia wszystkich wcześniejszych modyfikacji dokonanych przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że nie wiadomo, czy jest to zamierzone działanie

Zamawiającego, związane z faktem wycofania wcześniejszych zmian wprowadzonych w tym załączniku, czy też wynika z wprowadzenia nowych zmian do niewłaściwej wersji dokumentu. Jednocześnie ustalenie tego jest istotne, gdyż może mieć wpływ na oferty wykonawców.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut wskazując, co następuje:

1. Pozycja nr 8 – Lampa operacyjna jednoczasowa z przygotowaniem pod kamerę HD, pkt 1.11 – 5 kwietnia 2016 r. Zamawiający skreślił słowa „realizowane poprzez każdą z głowic”. Określenie to zostało przywrócone w ostatecznej wersji załącznika nr 5 do SIWZ.
2. Pozycja nr 11 – Lampa operacyjna dwukopułowa z kamerą 3D HD, ramieniem monitora i ramieniem kamery 3D HD, pkt 1.42 – 4 kwietnia 2016 r. Zamawiający wprowadził modyfikację polegającą na dodaniu słów „lub kamera 3D HD umieszczona w lampie”. Ostateczna wersja załącznika nr 5 do SIWZ ponownie tego zapisu nie zawiera.
3. Pozycja nr 12 – Lampa operacyjna dwukopułowa z przygotowaniem do kamery HD i ramienia monitora, pkt 1.39 – 5 kwietnia 2016 r. Zamawiający dokonał zmiany lampy HD w ilości 2 szt. na Kamerę HD 1 szt. zintegrowaną z lampą. Ostateczna wersja załącznika nr 5 do SIWZ powraca do pierwotnego brzmienia zapisu.

22 kwietnia 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

29 kwietnia 2016 r. do Izby wpłynęło oświadczenie Odwołującego (datowane na 28 kwietnia 2016 r.), że – działając na podstawie art. 187 ust. 8 pzp – cofa powyżej opisane odwołanie oraz wnosi o zwrot 90% uiszczonego wpisu.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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:** .....