

**WYROK**

**z dnia 5 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Kisiel  
**Członkowie:** Emil Kawa  
Marek Koleśnikow  
**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2015 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Klimczaka 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lublin (Zamawiający Wiodący) z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1** oraz **Uniwersytet Marii Curie- Skłodowskiej w Lublinie z siedzibą przy Pl. Marii Curie- Skłodowskiej 5**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Lublin (Zamawiający Wiodący) z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1:**
  - dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia, wskazanego w dokumencie oznaczonym jako „Projekt Wykonawczy nr 46 - projekt technologii fontanna dla projektu zespołu fontann z zapleczem technicznym i wyposażeniem technologicznym - część sanitarna”, poprzez określenie kryteriów równoważności urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, w taki sposób aby umożliwić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia składanie ofert w oparciu o rozwiązania (urządzenia) równoważne;
  - dokonanie zmiany treści pkt 8.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie zobowiązania do wniesienia wadium w wysokości 1.484.000 zł odrębnie dla

Gminy Lublin i odrębnie dla Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, a w to miejsce określenie obowiązku wniesienia wadium w pełnej wysokości na rzecz Zamawiającego Wiodącego - Gminy Lublin;

- dokonanie zmiany treści wzoru umowy o roboty budowlane, stanowiącego Załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez usunięcie zobowiązania do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiednio z podziałem na rzecz Gminy Lublin oraz na rzecz Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, a w to miejsce określenie obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wymaganej wysokości na rzecz Zamawiającego Wiodącego - Gminy Lublin.

**2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Lublin (Zamawiający Wiodący) z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1 oraz Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie z siedzibą przy Pl. Marii Curie- Skłodowskiej 5** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Klimczaka 1** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego **Gminę Lublin (Zamawiający Wiodący) z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1 oraz Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie z siedzibą przy Pl. Marii Curie- Skłodowskiej 5** na rzecz wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Klimczaka 1** kwotę **23 567 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Lublin (Zamawiający Wiodący) z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1 oraz Uniwersytet Marii Curie- Skłodowskiej w Lublinie z siedzibą przy Pl. Marii Curie- Skłodowskiej, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Zmiana zagospodarowania Placu Litewskiego w Lublinie wraz z przebudową jego nawierzchni oraz budową multimedialnego zespołu fontann z zapleczem technicznym, rozbiórką budynku szaletu oraz budową nowego, podziemnego szaletu, przeniesieniem stacji meteorologicznej, przebudową układu komunikacyjnego oraz sygnalizacji świetlnej urządzeniem terenów zieleni, małą architekturą oraz budową i przebudową sieci: wodociągowej z przyłączami, kanalizacji sanitarnej z przyłączami, kanalizacji deszczowej z przyłączami, przyłącza gazu z instalacją zalicznikową, kanalizacji teletechnicznej, stacji transformatorowej, energetycznych linii kablowych SN i nn i oświetlenia terenu oraz przebudową energetycznych linii kablowych nn i oświetlenia terenu - w ramach projektu pod nazwą „Rewitalizacja części Śródmieścia Miasta Lublin” planowanego do dofinansowania w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego 2014-2020 - *znak sprawy - ZP-P-1.271.1.80.2015*”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 października 2015 r. pod numerem: 2015/S 197-356006. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) została zamieszczona w dniu 12 października 2015 r. na stronie <http://www.bip.lublin.eu/>

22 października 2015 r. ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Klimczaka 1 (dalej: „ERBUD” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji w zakresie:

1. wskazanego w pkt 5.4.1.3. siwz warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, polegającego na wskazaniu kwoty minimalnej w wysokości 8 000 000 PLN netto (dla robót budowlanych rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 8 000 000 PLN wg średniego kursu NBP

na dzień zawarcia umów) oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, a także pkt 6.3.2. siwz w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku;

2. opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej (Projekt Wykonawczy nr 46 - projekt technologii fontanna dla projektu zespołu fontann z zapleczem technicznym i wyposażeniem technologicznym - część sanitarna) w zakresie, w którym ta dokumentacja wskazuje na konieczność zastosowania urządzeń konkretnego producenta oraz wyklucza możliwość oferowania rozwiązań (urządzeń) równoważnych;
3. braku udostępnienia prawidłowo sporządzonego przedmiaru robót oznaczonego jako „92 P fontanna centralna”, zawierającego zestawienie przedmiarowe - fontanna centralna oraz zestawienie przedmiarowe - fontanny linearne i spiralna, który jest niezbędny do wyceny i przygotowania prawidłowej oferty;
4. określonych w treści siwz wymagań dotyczących wadium i sposobu jego wniesienia;
5. określonych we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do siwz wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy i sposobu jego wniesienia.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 22 ust. 5 Pzp w zw z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków 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 art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 29 ust. 1-3 Pzp oraz art. 30 ust. 4 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób preferujący wykonawcę sporządzającego ofertę w oparciu o urządzenia konkretnego producenta i wykluczający możliwość złożenia oferty opartej o urządzenia równoważne, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 31 ust. 1 Pzp poprzez nieudostępnienie prawidłowo sporządzonego przedmiaru robót oznaczonego jako „92 P fontanna centralna” zawierający zestawienie przedmiarowe - fontanna centralna oraz zestawienie przedmiarowe - fontanny linearne

- i spiralna, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób niezgodny z przepisami *rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego* z dnia 2 września 2004 r. i uniemożliwiający wycenę i przygotowanie prawidłowej oferty;
4. art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 16 ust. 1 Pzp oraz art. 45 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 Pzp poprzez nieprawidłowe żądanie w pkt 8 siwz wniesienia wadium odrębnie dla Gminy Lublin i odrębnie dla Uniwersytetu Marii Curie- Skłodowskiej;
  5. art. 147 Pzp oraz art. 16 ust. 1 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez określenie w § 14 ust. 2 wzoru umowy o roboty budowlane, stanowiącego Załącznik nr 9 do siwz, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy musi być wniesione odpowiednio z podziałem na rzecz Zamawiającego Wiodącego oraz na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonania modyfikacji pkt 5.4.1 siwz, określającego warunki udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków poprzez:

- usunięcie z pkt 5.4.1.3 siwz wymogu wartości minimum 8 000 000 PLN netto (dla robót budowlanych rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 8 000 000 PLN wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) dla wymaganej przez Zamawiającego 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy multimedialnego obiektu fontannowego;
- dopuszczenie w miejsce w/w wykreślonego wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wymogu wykazania się przez wykonawcę realizacją robót o wskazanym w pkt 5.4.1.3 siwz charakterze i złożoności i wykonanych we wskazanym przez Zamawiającego okresie, bez wskazywania wartości roboty budowlanej w tym zakresie

w konsekwencji dokonania także modyfikacji pkt 6.3.2. siwz w zakresie zobowiązującym do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku;

b) dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w dokumencie oznaczonym jako „Projekt Wykonawczy nr 46 - projekt technologii fontanna dla projektu zespołu fontann z zapleczem technicznym i wyposażeniem technologicznym - część sanitarna”: poprzez oznaczenie parametrów urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób niewskazujący na konieczność zastosowania urządzeń jednego producenta oraz usunięcie zapisów uniemożliwiających składanie ofert w oparciu o rozwiązania (urządzenia) równoważne;

- c) opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami poprzez udostępnienie wykonawcom prawidłowo sporządzonego przedmiaru robót oznaczonego jako „92 P fontanna centralna” zawierający zestawienie przedmiarowe - fontanna centralna oraz zestawienie przedmiarowe - fontanny linearne i spiralna;
- d) dokonania odpowiedniej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu tak, by uwzględniało w/w żądane modyfikacje siwz (tj. by ogłoszenie było spójne z opisem przedmiotu zamówienia określonym w zmodyfikowanym siwz);
- e) dokonanie zmiany treści pkt 8.1 siwz poprzez wykreślenie zobowiązania do wniesienia wadium w wysokości 1.484.000 zł odrębnie dla Gminy Lublin i odrębnie dla Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, a w to miejsce określenie obowiązku wniesienia wadium w pełnej wysokości na rzecz Zamawiającego - Gminy Lublin działającego w imieniu i na rzecz Zamawiającego - Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej;
- f) dokonanie zmiany treści wzoru umowy o roboty budowlane stanowiącego Załącznik nr 9 do siwz poprzez usunięcie zobowiązania do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiednio z podziałem na rzecz Zamawiającego Wiodącego oraz na rzecz Zamawiającego, a w to miejsce określenie obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wymaganej wysokości na rzecz Zamawiającego Wiodącego - Gminy Lublin działającego w imieniu i na rzecz Zamawiającego - Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej.

W uzasadnieniu odwołania ERBUD wyjaśniał, że:

I. Niezgodne z przepisami opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Zdaniem Odwołującego sposób oceny warunku udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania jego oceny został określony w sposób nadmierny i utrudniający uczciwą konkurencję.

W ocenie Odwołującego tak postawiony wymóg w pkt 5.4.1.3 siwz jest nadmierny, tj. nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do tego przedmiotu, a w konsekwencji nie służy on rzeczywistej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a jedynie stawia nieuzasadnione wymagania, które mogą faworyzować konkretnego wykonawcę i ograniczać konkurencję.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał, że wykonawcy muszą wykazać się wiedzą i doświadczeniem w zakresie budowy lub przebudowy multimedialnego

obiektu fontannowego o wartości minimum 8 000 000 PLN netto. Jednocześnie Zamawiający określił, iż „przez multimedialny obiekt fontannowy rozumie się obiekt fontannowy zawierający funkcje: woda, światło, dźwięk, lasery i projektor beamerowy”. Wymienione na potrzeby wykazania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia funkcje obiektu korespondują z opisem przedmiotu zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu, w szczególności z treścią dokumentacji projektowej fontanny załączonej do siwz. Zgodnie ze wskazaną dokumentacją Zamawiający oczekuje wykonania obiektu fontanny multimedialnej składającego się z kilku niecek i umożliwiającego przeprowadzanie pokazów w zakresie: woda, światło, dźwięk, lasery, projektor, przy czym w obiekcie tym można wyróżnić następujące istotne elementy umożliwiające osiągnięcie wskazanych funkcji:

- instalacja uzdatniania i filtracji wody,
- instalacja atrakcji wodnych wraz z elementami tworzącymi obrazy wodne tj.: dysze, reflektory LED, agregaty fontannowe, ekran wodny, pompy, elektrozawory itd.,
- systemy multimedialne audio, video i laser
- instalacja automatyki ze sterowaniem za pomocą protokołu DMX zawierająca takie elementy jak szafy sterujące - zasilające, okablowanie DMX, konwentery, rozdzielacze, drivery, komputer,
- instalacje elektryczne.

Odwołujący wyjaśniał, że za pomocą wskazanych elementów możliwe jest tworzenie obrazów wodnych oraz efektów wizualnych i dźwiękowych zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w dokumentacji projektowej niniejszego zadania. Fontanny multimedialne wyposażone we wskazane funkcje i elementy, a więc o zbliżonym stopniu zaawansowania, były realizowane w Polsce i występują na rynku wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie wykonania fontanny multimedialnej z funkcjami typu: woda, światło, dźwięk, lasery i projektor, którym jednak Zamawiający uniemożliwił dostęp do postępowania zawężając w sposób nieuzasadniony warunki udziału w tym postępowaniu, poprzez ustanowienie wymogu wartości inwestycji minimum 8 000 000 PLN netto. Skutkiem takiego działania jest faktyczne wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy z powodzeniem zrealizowali inwestycje o znacznej (liczonej w milionach PLN) wartości polegające na wykonaniu obiektu fontanny multimedialnej o wszystkich funkcjach objętych opisem przedmiotu niniejszego zamówienia.

Odwołujący podnosił, że przedsięwzięcia inwestycyjne o porównywalnym rozmiarze, funkcjonalności i stopniu zaawansowania technologicznego niekoniecznie muszą posiadać zbliżoną wartość. Odmienna wartość może wynikać z takich czynników jak ilość zużytych materiałów, kształt obiektu, umiejscowienie obiektu, sposobu prowadzenia rurociągów itp. -



mimo iż stopień zaawansowania technologicznego, rodzaj, funkcje i wielkość obiektu pozostają podobne do tych określonych opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawca zdolny wykonać obiekt fontanny multimedialnej o wszystkich wymaganych funkcjach o mniejszej niż założona przez Zamawiającego wartości z pewnością będzie też zdolny wykonać obiekt o tych samych funkcjach i takim samym zaawansowaniu technologicznym o wartości 8 mln złotych, a jedyna różnica polegać będzie na ilości robót, a nie ich stopniu skomplikowania. Tymczasem określenie warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego w oparciu o wartość inwestycji, prowadzi do uniemożliwienia uczestnictwa w postępowaniu wykonawcom, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Odwołujący twierdził, że stawiany przez Zamawiającego wymóg wykazania się wiedzą i doświadczeniem w realizacji multimedialnego obiektu fontannowego o wartości minimum 8 000 000 PLN netto nie jest wymogiem niezbędnym dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Bezpodstawnie eliminuje on bowiem wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Podkreślał, że kwotowa wartość zrealizowanego zamówienia sama przez się nie determinuje ani wiedzy ani doświadczenia wykonawcy realizującego dane zamówienie. Wiedza i doświadczenie wynikają ze stopnia technicznego skomplikowania przedmiotu danego zamówienia, a nie z wartości tego zamówienia.

Zdaniem ERBUD przedstawione powyżej argumenty są tym bardziej istotne, że budowa fontanny jest jedynie częścią całego zamówienia, którego wartość Zamawiający określił w ogłoszeniu na kwotę 62 146 021,89 PLN netto. Zamawiający żądając od wykonawców wykazaniem się robotami w zakresie nawierzchni z kamienia naturalnego nie żądał warunku minimalnej wartości tych robót (w sumie 6 takich robót), ale ograniczył się do podania parametru powierzchni. Postawienie zatem warunku minimalnej wartości już wykonanej roboty w zakresie dotyczącego fontanny wykluczającego wykonawców z całego postępowania jest tym bardziej rażącym ograniczeniem konkurencji i wykluczaniem z postępowania wykonawców zdolnych do jego wykonania.

ERBUD odwoływał się do przepisu art. 22 ust. 4 Pzp, który wskazuje obowiązki Zamawiającego przy dokonywaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tak aby opis ten zapewniał realizację podstawowych zasad, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieutrudniający uczciwej konkurencji oznacza, że powinny być one adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy zdolnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, iż Zamawiający powinien usunąć z pkt 5.4.1.3 siwz postawiony w sposób nieuzasadniony próg kwotowy (a w konsekwencji

odpowiednio zmodyfikować również treść pkt 6.3.2. siwz), a jedynie oceniać czy wielkość, stopień skomplikowania, zaawansowania technologicznego oraz posiadane funkcje wykonanych obiektów odpowiadają niniejszemu zamówieniu.

## II. Nie zgodny z przepisami opis przedmiotu zamówienia

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający zamieścił w dokumentacji projektowej (Projekt Wykonawczy nr 46 - projekt technologii fontanna dla projektu zespołu fontann z zapleczem technicznym i wyposażeniem technologicznym - część sanitarna), służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, parametry, które wprost wskazują na produkty i urządzenia konkretnego producenta bez faktycznej możliwości zaoferowania urządzeń równoważnych. Podkreślał, że uwagę zwraca niezwykle drobiazgowy i precyzyjny sposób określania parametrów poszczególnych urządzeń składających się na fontannę multimedialną. Każde z wymienionych urządzeń znajdujących się w zestawieniu urządzeń (pkt. 9 ww. projektu wykonawczego str. 40 - 56) jest niezwykle drobiazgowo opisane za pomocą kilku parametrów bez przyjęcia żadnej tolerancji. Ponadto pod zestawieniem urządzeń znajduje się wskazanie, iż „wszystkie urządzenia przewidziane do montażu w nieckach fontannowych wraz z okablowaniem i sterowaniem DMX RDM powinny stanowić całość i być wyprodukowane przez jednego producenta zapewniając pełną funkcjonalność i niezawodność systemu”. Tymczasem na rynku są dostępne urządzenia innych producentów o zbliżonych (ale nie dokładnie takich samych) parametrach zapewniających prawidłowe działanie fontanny multimedialnej wraz ze wszystkimi funkcjami oczekiwanymi przez Zamawiającego. Urządzenia różnych producentów mogą się różnić poszczególnymi parametrami, co nie zmienia faktu, iż przeznaczenie tych urządzeń, ich jakość i funkcjonalność pozostaje taka sama. Tak kazuistyczne określenie parametrów w ww. *zestawieniu ma w ocenie wykonawcy jedynie na celu wyeliminowanie wyrobów innych producentów.*

W opinii ERBUD niezrozumiałym jest dlaczego Zamawiający ogranicza konkurencję tylko do tak zawężonego kręgu dostawców, w sytuacji, gdy urządzenia innych dostawców są co najmniej porównywalne *pozostają równoważne. Zgodnie z przyjętym w orzecznictwie stanowiskiem* umieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia postanowień, które preferują rozwiązania jednego producenta, eliminując rozwiązania innych producentów, może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. *Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż w myśl przepisów Pzp, nie jest konieczne wykazanie przez wykonawcę, że do naruszenia uczciwej konkurencji faktycznie doszło. Wystarczy*

jedynie uprawdopodobnienie takiej sytuacji. Dowód na okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji ciąży na Zamawiającym.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający dopuszcza w siwz możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych, jednak w praktyce ją eliminuje. Zgodnie z pkt 3.4 siwz - „zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu dopuszcza zastosowanie przez wykonawców rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca, może powołać się w ofercie na zastosowanie rozwiązań równoważnych opisywanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia składając opis rozwiązań równoważnych, określony w pkt 10.5.3. wraz z dokumentami wymaganymi w pkt 10.5.5. SIWZ”. Tymczasem, dokumentacja projektowa za pomocą której został opisany przedmiot rozpoznawanego zamówienia, zawiera zapis wykluczający ww. zapis siwz, dopuszczający stosowanie rozwiązań równoważnych. W Projekcie Wykonawczym nr 46 „Projekt technologii fontanna dla projektu zespołu fontann z zapleczem technicznym i wyposażeniem technologicznym - część sanitarna” w pkt 11 na str. 57 zostały opisane „warunki stosowania zamienników” dla urządzeń fontanny. Zgodnie z tymi warunkami:

„wykonawca nie jest zobowiązany do zastosowania tych konkretnych, podanych w dokumentacji projektowo-kosztorysowej produktowi może stosować inne, jednakże wyłącznie pod warunkiem ich całkowitej zgodności z produktami podanymi w dokumentacji pod względem:

- gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj oraz liczba elementów składowych),
- charakteru użytkowego (tożsamość funkcji),
- charakterystyki materiałowej ((rodzaj i jakość materiału),
- parametrów technicznych ((wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, dane hydrauliczne,
- charakterystyki liniowe, konstrukcja),
- wyglądu (struktura, barwa, kształt),
  
- parametrów bezpieczeństwa użytkowania”.

Zdaniem ERBUD nie jest możliwe zaoferowanie innego, równoważnego produktu do produktu opisanego przedmiotem zamówienia, który byłby „całkowicie zgodny z produktem podanym w dokumentacji”. Urządzenia różnych producentów nie są bowiem identyczne (inaczej byłyby plagiatem). Urządzenia te mogą różnić się kolorem, niektórymi parametrami (np. wymiarem), co w świetle powyższego zapisu dokumentacji projektowej je eliminuje jako urządzenia „równoważne”. Zdaniem Odwołującego pojęcie „równoważność” należy odnieść przede wszystkim do funkcji technicznych i użytkowych urządzeń, a nie definiowanie tego

pojęcia w sposób odnoszący się głównie do zewnętrznych cech fizycznych. Wobec tego Zamawiający powinien usunąć z ww. dokumentacji projektowej parametry urządzeń wskazujące na urządzenia jednego producenta, jak również powinien usunąć powyżej wskazany zapis tej dokumentacji ograniczający możliwość oferowania urządzeń równoważnych, a w to miejsce Zamawiający powinien określić minimalne parametry równoważności albo oczekiwane rozwiązania technologiczne lub funkcjonalności dla oczekiwanych urządzeń równoważnych.

### III. Niezgodny z przepisami przedmiar robót budowlanych

Odwołujący wyjaśniał, że w pkt 3.2 siwz Zamawiający wskazuje, iż szczegółowy zakres robót objętych przedmiotem zamówienia określają dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiary robót, które należy traktować jako materiał pomocniczy (zał. Nr 1 do siwz).

Zdaniem Odwołującego załączone przez Zamawiającego do siwz przedmiary robót (dokument o nazwie „92 P fontanna centralna” zawierający zestawienie przedmiarowe - fontanna centralna oraz zestawienie przedmiarowe - fontanny linearne i spiralna) zostały sporządzone w sposób niezgodny z wymaganymi przepisami. Wskazane przedmiary robót budowlanych zawierają tylko zestawienie materiałów i urządzeń bez jednostek miary, czyli nie spełniają podstawowych wymogów dotyczących formy przedmiaru. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i służyć pomocą wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać przede wszystkim charakter dokumentu służącego do skalkulowania kosztów realizacji zadania. Załączony przez Zamawiającego ww. dokument uniemożliwia skalkulowanie kosztów realizacji zadania. Mając to na uwadze, dokumentacja przetargowa jest niekompletna, a wykonawcy nie mają możliwości wyceny zakresu robót dotyczących technologii fontann.

W dniu 3 listopada 2015 r. w toku posiedzenia z udziałem stron Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowano powyżej) i jest właściwie bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut niezgodnego z przepisami opisanego sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wykazała na niezasadność zgłoszonego zarzutu.

Przede wszystkim wyjaśnić należy, że w pkt 5.4.1.3 siwz Zamawiający żądał od wykonawców biorących udział w postępowaniu wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania „minimum 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy multimedialnego obiektu fontannowego o wartości minimum 8 000 000 PLN netto (dla robót budowlanych rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 8 000 000 PLN wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów), przy czym przez multimedialny obiekt fontannowy rozumie się obiekt fontannowy zawierający funkcje: woda, światło, dźwięk, lasery i projektor beamerowy, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie”.

Istotą sporu w rozpoznawanej kwestii jest odpowiedź na pytanie, czy opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określony przez Zamawiającego w siwz w zacytowanym powyżej kształcie narusza regulacje zawarte w art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 22 ust. 4 Pzp? Zdaniem Izby należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Natomiast przepis art. 22 ust. 4 Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Jednakże, określone w art. 22 ust. 1 Pzp warunki mają charakter blankietowy, a zatem muszą być przez Zamawiającego skonkretyzowane i doprecyzowane poprzez opis sposobu oceny ich spełnienia, w zależności od potrzeb danego, prowadzonego postępowania. Podkreślić należy, że opis ten powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, a przez to zapewniać respektowanie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Przekładając powyższe na stan faktyczny rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że jednym ze składników przedmiotu zamówienia jest budową multimedialnego zespołu fontann z zapleczem technicznym. Wartość całości tej części inwestycji według kosztorysu inwestorskiego przekracza 19 mln zł, zaś wartość samej technologii fontanny to kwota ponad 14 mln zł.

Biorąc pod uwagę powyższe w okolicznościach faktycznych sprawy Izba stwierdziła, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp. Przede wszystkim podkreślić należy, że Zamawiający precyzując powyższy wymóg przyjął jako minimalną wartość zadania wielkość na poziomie 8 mln zł, tj. poniżej 50% wartości szacunkowej dla tej części zadania (ponad 19 mln zł). Zdaniem Izby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nie tylko związany z przedmiotem zamówienia ale jest również proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który podnosił, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający powinien sformułować warunek udziału w postępowaniu w ten sposób, aby wykonawca w celu wykazania jego spełnienia nie musiał wykazywać się wykonaniem prac o określonej wartości wyrażonej kwotowo, a jedynie powinien być wykazać się doświadczeniem w wykonaniu prac o podobnej specyfice i złożoności w zakresie budowy lub przebudowy multimedialnego obiektu fontannowego. Przy czym przez multimedialny obiekt fontannowy rozumie się obiekt fontannowy zawierający funkcje: woda, światło, dźwięk, lasery i projektor beamerowy.

Izba wskazuje, że formułując warunek udziału w postępowaniu Zamawiający może odwołać się do doświadczenia wykonawcy w wykonaniu prac o określonej wartości, co znajduje także potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie Izby. Istotnym jest aby próg kwotowy żądanego doświadczenia był adekwatny do przedmiotu zamówienia. W rozpoznawanej sprawie z ustaleń Izby wynika, że kwota 8 mln zł stanowi niecałe 50% wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i to tylko jednej części zamówienia. Tym samym nie sposób uznać, że kwota podana w opisie spełnienia warunku jest kwotą nadmiernie wygórowaną.

Odnosząc się zaś do argumentacji wykonawcy ERBUD, że w omawianym postępowaniu poprzez takie a nie inne sformułowanie warunku udziału, Zamawiający ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą wziąć udział w prowadzonym postępowaniu do wykonawcy, który realizował zamówienie w zakresie fontanny umiejscowionej w Warszawie, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów na poparcie prezentowanego stanowiska, a ograniczył się jedynie do gołosłownych twierdzeń w toku rozprawy. Podczas gdy Zamawiający twierdził, że w trakcie niniejszego postępowania przeprowadził badanie, które wykazało, że na rynku nie tylko polskim ale

przede wszystkim europejskim, występują podmioty posiadające doświadczenie w wykonaniu podobnego zakresu prac o wymaganej przez Zamawiającego kwocie. Na poparcie ww. twierdzeń Zamawiający przedstawił wykaz podmiotów, który stanowił załącznik do odpowiedzi na odwołanie.

Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bez wątplenia postępowanie odwoławcze prowadzone przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciężary dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że opis sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia został przez Zamawiającego określony nieprawidłowo z uwagi na to, iż jest nadmierny, nieproporcjonalny i utrudnia uczciwą konkurencję.

Odnosząc się zaś do przedstawionych przez Odwołującego dowodów w postaci porównania parametrów technicznych urządzeń technologicznych fontann Lubelskiej z



Rzeszowska oraz wydruku ze strony internetowej <http://fontanna-multimedialna.pl/> Izba wskazuje, że dokumenty te zawierają informacje techniczne odnoszące się do ww. obiektów, jednakże pozostają one bez wpływu na uprawnienie Zamawiającego na ukształtowanie treści pkt 5.4.1. siwz z uwzględnieniem progu kwotowego.

Wobec tego Izba uznała za niepotwierdzone zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 22 ust. 5 Pzp w zw z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut niezgodności opis przedmiotu zamówienia z przepisami Pzp i stwierdziła, że zgłoszony zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu w omawianej sprawie jest odpowiedź na pytanie, czy postanowienia siwz w opisanym powyżej kształcie naruszają przepisy Pzp, powołane przez Odwołującego w treści odwołania ? Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Przede wszystkim wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2). Niewątpliwie powołany powyżej przepis stanowi realizację zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, według której Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W rozpoznawanym stanie faktycznym przywołać należy przede wszystkim treść przepisu art. 29 ust. 3 Pzp. Zgodnie tym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt

KIO/UZP 857/09). Jednak dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Przekładając powyższe na stan faktyczny omawianej sprawy Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia dopuścił się określonych naruszeń, które prowadzą do uwzględnienia odwołania i do konieczności wprowadzenia określonych modyfikacji w postanowieniach siwz.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. za pomocą dokumentacji projektowej (Projekt Wykonawczy nr 46 - projekt technologii fontanna dla projektu zespołu fontann z zapleczem technicznym i wyposażeniem technologicznym - część sanitarna). W treści ww. opracowania Zamawiający podał bardzo szczegółowe parametry zamawianych urządzeń. Ponadto pod tabelą nr 9 – Zestawienie urządzeń – Zamawiający zawarł postanowienie następującej treści „Wszystkie urządzenia przewidziane do montażu w nieckach fontannowych wraz z okablowaniem i sterowaniem DMX RDM powinny stanowić systemową całość i być wyprodukowane przez jednego producenta zapewniając pełną funkcjonalność i niezawodność systemu”.

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśniał, że żądanie zaoferowania wszystkich urządzeń jednego producenta odnosi się jedynie do części zamówienia takiej jak, montaż w nieckach fontannowych wraz z okablowaniem i sterowaniem DMX RDM i miało na celu zapewnienie pełnej niezawodności systemu a także bezpieczeństwa odwiedzających i korzystających z fontanny.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania dopuścił posługiwanie się rozwiązaniami równoważnymi.

W treści pkt 11 „Warunki stosowania zamienników” wskazał, że w dokumentacji wskazano szereg produktów gotowych, z podaniem nazwy, symbolu i producenta, przeznaczonych do zastosowania w ramach prac wykonawczych. Jednak produkty te stanowią przykłady elementów i urządzeń, jakie mogą być użyte przez wykonawców w ramach robót. Oznacza to, że wykonawca nie jest zobowiązany do zastosowania konkretnych, podanych w dokumentacji projektowo-kosztorysowej produktów i może stosować inne, jednakże wyłącznie pod warunkiem ich całkowitej zgodności z produktami podanymi w dokumentacji pod względem:

- gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj oraz liczba elementów składowych),
- charakteru użytkowego (tożsamość funkcji),
- charakterystyki materiałowej ((rodzaj i jakość materiału),
- parametrów technicznych ((wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, dane hydrauliczne,
- charakterystyki liniowe, konstrukcja),
- wyglądu (struktura, barwa, kształt),
- parametrów bezpieczeństwa użytkowania.

W toku rozprawy Odwołujący również wskazywał, że sposób ukształtowania parametrów m. in. takich urządzeń Robot wodny (obraz wodny nr 5) czy też reflektor LED (obraz wodny nr 6) wprost wskazuje na rozwiązania stosowane wyłącznie przez konkretnego producenta.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wobec takiego ukształtowania parametrów urządzeń w połączeniu z przytoczoną powyżej treścią opisu przedmiotu zamówienia wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, składając ofertę, może zaoferować tylko produkty i urządzenia jednego producenta, w tym przypadku firmy Oase. Złożone w toku rozprawy wydruki kart katalogowych urządzeń firmy Oase tj. Robot wodny oraz dysze jednostrumieniowe z rozwiązaniem typu Kometa 10-12T wskazują na taki sam opis poszczególnych parametrów urządzeń firmy Oase oraz urządzeń zawartych w projekcie. Izba uznała, że tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia uprzywilejowuje rozwiązania i urządzenia jednego producenta kosztem pozostałych, których urządzenia i oferowane rozwiązania pod względem funkcjonalnych spełniają wymagania Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał w sposób wystarczający, że ograniczenie konkurencji poprzez odwołanie się do produktów i urządzeń jednego producenta jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Izba stanęła na stanowisku, że cel w postaci zapewnienia pełnej niezawodność systemu, a także bezpieczeństwa odwiedzających można osiągnąć także przy zastosowaniu produktów i urządzeń innych producentów. Istotnym jest, aby rozwiązania z wykorzystaniem zamienników, proponowane przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, były przede wszystkim zgodne z produktami i urządzeniami wskazanymi przez Zamawiającego w dokumentacji pod względem funkcjonalnym i jakościowym.

Izba uznała, że treść opisu przedmiotu zamówienia zawarta w pkt 11 „Warunki stosowania zamienników”, tylko iluzorycznie dopuszcza możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, ponieważ biorąc pod uwagę katalog zgodności urządzeń wskazanych przez zamawiającego z zamiennikami zaoferowanymi przez wykonawcę, który został przywołany powyżej, nie jest możliwe posłużenie się przez wykonawców rozwiązaniami równoważnymi. Szczegółowość parametrów w połączeniu z zakresem zgodności, żądanym przez Zamawiającego, pomiędzy produktami podanymi w dokumentacji, a zamiennikami w praktyce eliminuje możliwość zaoferowania innych produktów i urządzeń niż te podane przez Zamawiającego w dokumentacji.

Za słuszne należy również uznać twierdzenia Odwołującego, który podnosił, że Zamawiający nie określił zakresu równoważności, a jedynie ograniczył się do podania szczegółowych, ściśle określonych parametrów urządzeń, które nie są urządzeniami produkowanymi masowo, np. parametr mocy pompy - 2,2 kW czy też moc reflektora 16 W.

W tym przypadku brak podania przedziału dla konkretnych parametrów nie tylko wskazuje na urządzenia konkretnego producenta, ale również eliminuje możliwość zastosowania zamienników, ponieważ wykonawca nie posiada wiedzy w zakresie przedziału parametrów urządzeń, które będą przez Zamawiającego uznane za zgodne z urządzeniami podanym w dokumentacji.

W omawianym zakresie Izba uznała za niewystarczające wyjaśnienia Zamawiającego, który podnosił, że konieczne było przyjęcie założeń konkretnych parametrów celu zaprojektowania szafy sterowniczej.

W kwestii konieczności określenia kryteriów równoważności Izba prezentuje pogląd zgodny ze stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroku z dnia 2 września 2011 r. o sygn. akt. KIO 1772/11, KIO 17783/11, gdzie Izba stwierdziła, że: *„W ocenie Izby wskazanie nazwy konkretnego produktu, systemu, technologii lub indywidualnych i właściwych dla określonego produktu cech stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W takim wypadku, w ocenie Izby, nie jest wystarczające dopuszczenie rozwiązań równoważnych, lecz konieczne jest określenie zakresu równoważności. Należy zgodzić się z prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale*

*posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pożądane cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny. Tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na produkt równoważny winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być za taki uznany. Znaczny stopień doprecyzowania wymagań umożliwi precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwi Zamawiającemu w większym stopniu podjęcie prawidłowej decyzji w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ Zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ”.*

W związku z powyższym Izba uwzględniła ww. zarzut i nakazała dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia, wskazanego w dokumencie oznaczonym jako „Projekt Wykonawczy nr 46 - projekt technologii fontanna dla projektu zespołu fontann z zapleczem technicznym i wyposażeniem technologicznym - część sanitarna”, poprzez określenie kryteriów równoważności urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, w taki sposób aby umożliwić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia składanie ofert w oparciu o rozwiązania (urządzenia) równoważne.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut w zakresie niezgodnego z przepisami przedmiaru robót budowlanych i stwierdziła, że zarzut należy uznać za niezasadny.

Rozpoznanie powyższego zarzutu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy załączony przez Zamawiającego dokument pt. „P 92 fontanna centralna” stanowi przedmiar, który powinien spełniać wymogi rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129) – dalej zwane „rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.” ? Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania nie był zobligowany do opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem przedmiarów robót. Odwołujący podnosił jednak, że skoro Zamawiający w toku prowadzonego postępowania załączył przedmiary robót to winny one spełniać wymagania ww. rozporządzenia.

W omawianej sprawie Izba stwierdziła, że skoro przepisy prawa nie nakładały na Zamawiającego obowiązku posługiwania się przedmiarami robót przy czynności opisu przedmiotu zamówienia to nie musiał on przy sporządzaniu dokumentu „P 92 fontanna centralna” stosować przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, złożonymi w toku rozprawy, Zamawiający oznaczył ww. dokumentu literą „P” i kolejną liczbą jedynie ze względów organizacyjnych, mających ułatwiać pracownikom zamawiającego wykonywanie określonych prac. Wobec tego jedynie na podstawie oznaczenia dokumentu „P 92” nie sposób nadać ww. dokumentowi walor przedmiaru robót i żądać przedstawienia go w określonym kształcie. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż ww. dokumentu nie należy traktować jako przedmiaru robót, zawierającego wszystkie elementy wymagane treścią przywołanego powyżej rozporządzenia, a jedynie jako pomocnicze zestawienie przedmiarowe określonych materiałów. Zatem Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 31 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się do określenia w treści siwz wymagań dotyczących wadium i sposobu jego wniesienia oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy i stwierdziła, że zgłoszone zarzuty należy uznać za zasadne.

Z ustaleń Izby wynika, że:

Prowadzone postępowanie nie było przedmiotem podziału na części.

W pkt 8.1 siwz Zamawiający zawarł wymagania odnoszące się do wadium. Zamawiający wymagał aby składający ofertę wniósł wadium w wysokości 1.484.000 zł przed upływem terminu składania ofert, odrębnie dla Gminy Lublin i odrębnie dla Uniwersytetu Marii Curie- Skłodowskiej:

8.1.1. w wysokości 1.483.522,15 zł dla Gminy Lublin

8.1.2. w wysokości 477,85 zł dla UMCS.

2 listopada 2015 r. Zamawiający przesłał do Izby kopię Porozumienia 24/IR/13 z dnia 20 lutego 2013 r., zawartego pomiędzy Gminą Lublin a Uniwersytetem Marii Curie-Skłodowskiej. Treść porozumienia wskazuje, że ww. podmioty postanowiły wspólnie przeprowadzić powyższe postępowanie (§ 1 ust. 3), a także wskazały Gminę Lublin jako pełnomocnika do przygotowania, przeprowadzenia, udzielenia i realizacji zamówienia (§ 2 ust.1). W § 4 ust. 2 ww. porozumienia stwierdzono, że dokumenty wadium, zabezpieczenia

należytego wykonania umowy, dokumenty gwarancyjne muszą być wystawione odrębnie dla Gminy Lublin i odrębnie dla Uniwersytetu.

Ponadto z ustaleń Izby wynika, że w § 14 ust. 2 wzoru umowy o roboty budowlane, stanowiącym Załącznik nr 9 do siwz, Zamawiający wymagał, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy było wniesione odpowiednio z podziałem na rzecz Gminy Lublin i Uniwersytetu.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Zatem jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z jedną ofertą składaną przez wykonawcę to winna ona być zabezpieczona wniesieniem jednego wadium.

W tym miejscu należy wskazać na cel instytucji, jaką jest wadium. Cel ten jest jednoznaczny - zabezpieczenie interesów Zamawiającego, przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia z 6 lutego 2006 r. sygn. akt. UZP/ZO/0-285/06). Istotnym jest, aby oferta złożona przez wykonawcę została zabezpieczona wadium, albowiem celem wadium jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego, poprzez przekazanie do dyspozycji zamawiającego oznaczonej kwoty pieniężnej.

W związku z powyższym Izba uznała za niedopuszczalne żądanie przez Zamawiającego wniesienia dwóch wadiów, bo właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w omawianej sprawie. Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, jakoby w postępowaniu występowało jedno wadium tylko podzielone na części. Izba zwraca uwagę, że w przypadku gdyby w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych wówczas dopuszczalne byłoby ustanowienie wadium odrębnie dla każdej z części. Jednak w rozpoznawanym przypadku nie występuje podział zamówienia na części, a jedynie dwa podmioty tj. Gmina Lublin i Uniwersytetu Marii Curie- Skłodowskiej, prowadzące wspólnie postępowanie.

Ponadto nie sposób zgodzić się i uznać za trafną argumentację Zamawiającego, odwołującą się do treści przywołanego powyżej porozumienia zawartego pomiędzy Gminą Lublin i Uniwersytetem. Izba stwierdziła, że treść ww. porozumienia stoi w sprzeczności z przywołanymi powyżej przepisami Pzp, które co prawda nie wprost, ale jednak jasno wskazują

na możliwość wniesienia przez wykonawcę tylko jednego wadium w ramach określonego postępowania.

Jedynie na marginesie należy wskazać na bezskuteczność postanowienia siwz w opisanym powyżej kształcie, ponieważ w sytuacji, gdyby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, wniósł wadium w pełnej kwocie tylko na rzecz Gminy Lublin to Zamawiający nie posiadałby instrumentów skutkujących eliminacją takiego wykonawcy z postępowania. W takim stanie faktycznym nie miałyby zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, ponieważ wykonawcę wnoszącego wadium w pełnej kwocie co prawda jedynie na rzecz jednego z podmiotów, jednak należy potraktować jako wykonawcę, który wniósł wymagane wadium. Nie sposób byłoby również zastosować przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołującego się do niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią siwz, ponieważ czynność wniesienia wadium nie można przyporządkować do treści oferty wykonawcy. Wobec tego postanowienie siwz w kształcie nadanym przez Zamawiającego należy uznać za bezcelowe.

Co do kwestii rozdziału kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy pomiędzy Gminą Lublin i Uniwersytet to Izba stwierdziła, że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania nie wyodrębnił prac wykonywanych na rzecz Uniwersytetu. Powyższe przemawiałoby za możliwością rozdzielenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Podkreślić należy, że we wzorze umowy, stanowiącej załącznik nr 9 do siwz w § 2 ust. 2 pkt 17 wskazano jedynie, że przedmiot umowy będzie obejmować wykonanie - w ramach zakresu rzeczowego - prac polegających na zmianie lokalizacji stacji meteorologicznej wraz z jej przebudową. Natomiast w toku rozprawy strony zgodnie stwierdziły, że wykonanie ww. prac stanowi jedynie niewielki ułamek prac realizowanych w ramach przedmiotu zamówienia. Również wyjaśnienia Zamawiającego, który podnosił, że Uniwersytet - przez takie ukształtowanie treści porozumienia w kwestii wadium i zabezpieczenia - chciał mieć wpływ na przebieg niniejszego postępowania nie uzasadniają przyjęcia rozwiązań skutkujących koniecznością wniesienia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, odrębnie na rzecz Gminy Lublin oraz odrębnie na rzecz Uniwersytetu.

Należy zwrócić uwagę również na fakt powierzenia przez Uniwersytet Gminie Lublin, na mocy opisanego powyżej porozumienia, czynności związanych nie tylko z przygotowaniem i przeprowadzeniem i udzieleniem zamówienia, ale także z jego realizacją. Wobec tego pełnomocnik jako podmiot czuwający nad prawidłowością realizacji inwestycji, byłby



podmiotem najbardziej kompetentnym do rozliczeń związanych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nakazała dokonanie zmiany:

- treści pkt 8.1 specyfikacji poprzez wykreślenie zobowiązania do wniesienia wadium w wysokości 1.484.000 zł odrębnie dla Gminy Lublin i odrębnie dla Uniwersytetu Marii Curie- Skłodowskiej, a w to miejsce określenie obowiązku wniesienia wadium w pełnej wysokości na rzecz Zamawiającego Wiodącego - Gminy Lublin,
- treści wzoru umowy o roboty budowlane, stanowiącego Załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez usunięcie zobowiązania do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiednio z podziałem na rzecz Gminy Lublin oraz na rzecz Uniwersytetu Marii Curie- Skłodowskiej, a w to miejsce określenie obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wymaganej wysokości na rzecz Zamawiającego Wiodącego - Gminy Lublin.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....