

Starogard Gdański dnia 23.05.2014 r.

| | |
|-------------------------------------|--------------|
| SZPITAL Tczewskie SPÓŁKA AKCYJNA | |
| ul. 30 Stycznia 57/58, 83-110 Tczew | |
| Wpłynęło dn. | 23. MAJ 2014 |
| Zal. Nr. | 6 |
| Nr. | 142 |

2014

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

przy

Prezesie Urzędu

Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący:

Eurobud Chajewscy Sp. Jawna

ul. Skarszewska 5

83-200 Starogard Gdański

(oznaczenie Odwołującego)

Zamawiający:

Szpital Tczewskie S.A.

ul. 30 Stycznia 57/58

83-110 Tczew

(oznaczenie Zamawiającego)

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 11/PN/2014 na „Roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu na potrzeby Szpitali Tczewskich S.A. nowego budynku szpitala obejmującego Dział Sterylizacji, Izbę Przyjęć, Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej terapii, zlokalizowanego między istniejącymi budynkami szpitala, oraz częściowej przebudowie wewnętrznej istniejących budynków przyległych i zagospodarowaniu całego terenu szpitala na terenie działek 1/3 i 1/4, przy ulicy 30 Stycznia 57/58 w Tczewie”



Odwołanie

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), wnosimy odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego w dniu 21.05.2014 r. nr 11/PN/2014 - „Roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu na potrzeby Szpitali Tczewskich S.A. nowego budynku szpitala obejmującego Dział Sterylizacji, Izbę Przyjęć, Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej terapii, zlokalizowanego między istniejącymi budynkami szpitala, oraz częściowej przebudowie wewnętrznej istniejących budynków przyległych i zagospodarowaniu całego terenu szpitala na terenie działek 1/3 i 1/4, przy ulicy 30 Stycznia 57/58 w Tczewie” wobec naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 22 ust. 1, art. 22 ust 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp, 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji,
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 17 ust. 1 pkt 1 w zw z art. 17 ust 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 168) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia poprzez zmianę:
 - a. punktu VI 1.1. SIWZ, poprzez wykreślenie zapisu „...*budynku szpitala z salami łózkowymi oraz blokiem operacyjnym wraz z ich wyposażeniem, o wartości inwestycji brutto nie mniejszej niż 16.000.000 PLN...*”
 - b. punktu V 5.c. SIWZ, poprzez wykreślenie zapisu: „*osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w każdym roku prowadzenia działalności, obroty rozumiane jako przychód netto ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż wartość brutto oferty złożonej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu.*”
 - c. punktu V 5.c. SIWZ poprzez zastąpienie wykreślonego wpisu wpisem, który w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określi obroty rozumiane jako przychód netto ze sprzedaży, które powinien osiągnąć wykonawca zamierzający ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.



- 2) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o numerze zamówienia 11/PN/2014 w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W wyniku naruszenia zasad zamówień określonych w Ustawie Pzp, do których przestrzegania był zobowiązany Zamawiający, naraża on na uszczerbek interes prawny Odwołującego zamierzającego ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, poprzez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, co w konsekwencji uniemożliwia udział w postępowaniu. Tym samym należy stwierdzić, że **interes prawny** Odwołującego we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 23.05.2014 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23.05.2014 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.


Uzasadnienie

Należy stwierdzić, iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 11/PN/2014 prowadzonego przez Szpital Tczewskie S.A., zawiera szereg postanowień, które w sposób nierówny traktują podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i skutkuje tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i wyeliminuje z przetargu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada zachowania uczciwej konkurencji znajduje swoje rozwinięcie między innymi w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy. Stosownie do jego zapisów zamawiającemu nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co oznacza potrzebę eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie

obiektywizmu. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 8 listopada 2013 r. I ACa 429/2013)

Zapis punktu VI 1.1 SIWZ wykaz robót budowlanych polegających na zrealizowaniu minimum jednej inwestycji przeprowadzonej w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na budowie budynku szpitala z salami łóżkowymi oraz blokiem operacyjnym wraz z ich wyposażeniem, o wartości inwestycji brutto nie mniejszej niż wartość oferty brutto złożonej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu, która to inwestycja obejmowała zagospodarowanie terenu wokół wybudowanego obiektu, wykonanie dróg dojazdowych, parkingu oraz montaż dźwigu windowego w wybudowanym obiekcie, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów, określających czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, wg wzoru z załącznika nr 6 do SIWZ. Wskazuje, iż o wykonanie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaże zrealizowanie „...minimum jednej inwestycji przeprowadzonej w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na budowie budynku szpitala z salami łóżkowymi oraz blokiem operacyjnym ...” Zapis powyższy jest rażącym naruszeniem zasady określonej w art. 29 ust 2 Pzp. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2011 r. KIO 1400/11- Usługa, której wykonanie (wykonywanie) należy wykazać jako spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia. Jednocześnie zapis w omawianym punkcie SIWZ „... polegającej na budowie budynku szpitala z salami łóżkowymi oraz blokiem operacyjnym wraz z ich wyposażeniem...”. Dodatkowo ogranicza zawężony zakres możliwości ubiegania się o zrealizowanie przedmiotowego zamówienia, bezpodstawnie eliminując wykonawców, którzy zrealizowali zamówienia polegające na budowie wymaganych obiektów szpitalnych, jednakże ze względu na specyfikę zamówień jakimi są roboty budowlane nie dokonywali wyposażenia obiektów służby zdrowia. Ogólnie przyjętą i częstą stosowaną praktyką przez Zamawiających jest rozdział zamówień polegających na wykonywaniu robót budowlanych z zamówieniami polegającymi na dostawie sprzętu i wyposażenia. Jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tak by wykonawcy byli w stanie bez dodatkowych interpretacji zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie ma jednak swobody w sposobie opisywania przedmiotu zamówienia. Zakazane jest, bowiem, dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez wskazywanie konkretnego produktu, czy parametrów technicznych charakterystycznych dla jednego wykonawcy. (Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 9 kwietnia 2013 r. RIO.XII.53-05/2013). Istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Należy, zatem eliminować z opisu przedmiotu zamówienia wszelkie sformułowania, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź wykluczałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert.



Kolejnym zapisem SIWZ rażąco naruszającym zasady uczciwej konkurencji jest zapis „osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w każdym roku prowadzenia działalności, obroty rozumiane jako przychód netto ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż wartość brutto oferty złożonej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu.” Takie brzmienie SIWZ ma charakter nieprecyzyjny i nieobiektywny. Ze względu na nieprecyzyjne określenie nie jest możliwe ustalenie, w sposób, który nie budziłby żadnych wątpliwości, czy dany wykonawca jest w stanie ów warunek spełnić a tym samym, czy może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Odwołujący zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż kryterium oceny oferty najkorzystniejszej jest najniższa cena oferty brutto. Tak opisany warunek i bezpośrednio z nim związany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu są różne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie bowiem zależny są od złożonej przez danego wykonawcę wartości ceny brutto oferty. Uzależnienie przez Zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu od złożonej w ofercie Wykonawcy ceny jest rażącym naruszeniem art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust 2 Pzp. Niejednoznaczność zapisów SIWZ i brak określenia wartości obrotów rozumianych jako przychód netto ze sprzedaży, które powinien osiągnąć wykonawca zamierzający ubiegać się o przedmiotowe zamówienie nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. Rolą Zamawiającego jest takie dookreślenie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób aby zapewniał wybór oferty Wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie prowadząc przy tym do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu Wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. Na podobnym stanowisku stoi Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r. KIO/KU 18/14. Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Użyte przez Ustawodawcę 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.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzonego przepisu jest realizacja wyrażonej w prawie zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 Ustawy). Wprowadzone do Ustawy sformułowanie „związany z przedmiotem zamówienia” oznacza, iż opis warunków powinien być dokonywany „przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia”

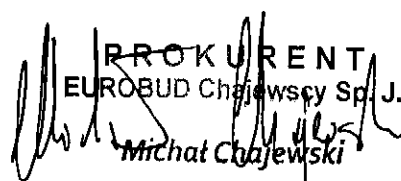
Przedstawione powyżej zapisy SIWZ ewidentnie naruszają zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp – tym samym są sprzeczne z przepisami Prawa zamówień publicznych, a jako takie nie mogą się ostać.



2. Biorąc za podstawę Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 15 lipca 2013 r. BDF1/4900/31/36/13/RWPD-28007 - Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia oczywistym jest iż, nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a czyn taki stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. (Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 11 czerwca 2012 r. BDF1/4900/46/45/12/1122.) Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych można przypisać nie tylko osobie, która udzieliła zamówienia - podpisała umowę, ale także osobie, która opisała przedmiot zamówienia publicznego w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję. W obecnym stanie prawnym ustawodawca na nowo zdefiniował ten delikt - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. (Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 28 listopada 2013 r. BDF1/4900/80/91/RN-22/10/2219.)

Przytoczone argumenty i wnioskowanie Odwołującego jednoznacznie przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego dyspozycji art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 17 ust 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym stanie wniesienie odwołania jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.


PROKURENT
EUROBUD Chajewscy Sp. J.
Michał Chajewski

(podpis osoby upoważnionej do

działania w imieniu Odwołującego)

EUROBUD
CHAJEWSKY Sp.J.
83-200 Starogard Gdański
ul. Skarszewska 5
NIP 592-21-16-630, Reg. 220211181

Załączniki:

1. dowód wniesienia opłaty od odwołania,
2. odpis z KRS Odwołującego.