

Sygn. akt: KIO 1768/14

**WYROK**

**z dnia 15 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 28 sierpnia 2014 r. przez **PPHU Rodex Sp. z o.o., Kolonia Kopalny 11b, 16-061 Juchnowiec Kościelny**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego, ul. M. Skłodowskiej-Curie 26, 15-950 Białystok**

przy udziale: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "ANATEX" inż. A. C., ANATEX Sp. z o.o., ul. Handlowa 6g, 15-399 Białystok** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża PPHU Rodex Sp. z o.o., Kolonia Kopalny 11b, 16-061 Juchnowiec Kościelny i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez PPHU Rodex Sp. z o.o., Kolonia Kopalny 11b, 16-061 Juchnowiec Kościelny tytułem wpisu od odwołania.**

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 **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na przebudowę, rozbudowę i nadbudowę budynków Szpitala przy ul. M. Skłodowskiej -Curie 25 - budynki nr 1B, 2 (I Etap). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18.06.2014 roku pod nr 201900-2014 -PL.

W dniu 28.08.2014 roku odwołujący – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo – Handlowe Rodex Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum firm Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane Anatex inż. A. C. i Anatex Sp. z o.o. oraz zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą mimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp podnosząc, że wykonawca winien być wykluczony z postępowania a jego oferta odrzuconą, bowiem nie wykazał spełnienia wymaganych przez zamawiającego i sprecyzowanych w siwz warunków udziału w postępowaniu – nie wykazał posiadania wiedzy i doświadczenia tj. wykonania w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej co najmniej jednego zamówienia o wartości nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto polegającego na budowie, przebudowie, rozbudowie obiektu zakładu opieki zdrowotnej w zakresie kompleksowej realizacji robót budowlano- montażowych oraz instalacyjnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczenia konsorcjum firm Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane Anatex inż. A. C. i Anatex Sp. z o.o. oraz uznanie jego oferty za odrzuconą oraz dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów dołączonych do odwołania tj. pisma Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej im. Dr Stanisława Deresza w Choroszczy z dnia 18.08.2014 roku oraz wyciągu z dnia 31.07.2014 roku ze strony internetowej [www.przetargi.egospodarka.pl](http://www.przetargi.egospodarka.pl) – termomodernizacja budynków samodzielnego Publicznego psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, uzupełnienia z

dnia 24.07.2014 roku do wydanej opinii polecającej z dnia 16.06.2014 roku na potwierdzenie faktu niewykazania posiadania przez konsorcjum firm wymaganego doświadczenia.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że z uzyskanej przez niego informacji w trybie dostępu do informacji publicznej oraz wskazanych wyżej dowodów, wynika, że w podanym w wykazie oraz opinii uzupełniającej okresie od dnia 5.09.2011 roku do dnia 18.02.2014 roku wykonawca zrealizował inwestycję polegającą na termomodernizacji budynków SPPZOZ w Choroszczy wraz z przebudową budynku 25A, B, C o wartości brutto 14 834 022,01 zł brutto (poz. 4 tabeli). Natomiast odrębną inwestycją była Przebudowa budynków Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Choroszczy wraz z przebudową, dobudową i nadbudową budynku nr 19A na potrzeby apteki szpitalnej, działu diagnostyki obrazowej, oddziału leczenia alkoholowych zespołów abstynencyjnych oraz funkcjonującego oddziału psychosomatycznego, która została przez wykonawcę zrealizowana w okresie 26.05.2012 do dnia 30.11.2012 a wartość tych robót to kwota 4 480 000 zł brutto (poz. 5 tabeli). Odwołujący wskazał, że w zamawiający w siwz nie przewidział możliwości łączenia wartości z różnych inwestycji nawet wykonywanych na rzecz tego samego podmiotu, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania, przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Anatex inż. A. C. oraz Anatex Sp. z o.o.(dalej Anatex)

Zamawiający poinformował, iż uwzględni zarzuty zawarte w treści odwołania. W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą przystępujący Anatex złożył do protokołu oświadczenie o zgłoszeniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Celem potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców wykonaniem w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, co najmniej jednego zamówienia o wartości nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto polegającego na budowie, przebudowie, rozbudowie obiektu zakładu opieki zdrowotnej w zakresie kompleksowej realizacji robót budowlano-montażowych oraz instalacyjnych.

Na potwierdzenie wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca Anatex przedstawił wykaz robót, w których podał: poz. 1 wykazu – Przebudowa budynków Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Choroszczy wraz z przebudową, dobudową i nadbudową budynku nr 19A na potrzeby apteki szpitalnej, działu diagnostyki obrazowej, oddziału leczenia alkoholowych zespołów abstynencyjnych oraz funkcjonującego oddziału psychosomatycznego o wartości 19 314 022, 01 zł, realizowana w okresie 05.09.2009 do 18.02.2012 roku. Na potwierdzenie należytego wykonania tej realizacji Anatex złożył wraz z ofertą opinię polecającą z dnia 16.06.2014 roku, w której Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Choroszczy potwierdza, że roboty dotyczące Przebudowy budynków Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Choroszczy wraz z przebudową, dobudową i nadbudową budynku nr 19A na potrzeby apteki szpitalnej, działu diagnostyki obrazowej, oddziału leczenia alkoholowych zespołów abstynencyjnych oraz funkcjonującego oddziału psychosomatycznego zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej w okresie od 5.09.2011 do 18.02.2014 a ich wartość wyniosła powyżej 10 000 000 zł brutto. W opinii tej wskazano na zakres prac, objętych zamówieniem z podziałem na branżę budowlaną, instalacje sanitarne oraz instalacje elektryczne i niskoprądowe.

W odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 11.08.2014 roku dotyczące m.in. wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią wykazu oraz opinii polegającej w zakresie terminu wykonania prac oraz wartości robót, wykonawca Anatex wskazał w piśmie z dnia 12.08.2014 roku, że prawidłową jest data realizacji od 5.09.2011 do 18.02.2014 roku, a wartość inwestycji wynosi 19 314 022,01 zł brutto. Celem potwierdzenia powyższych informacji wykonawca załączył uzupełnienie do wydanej opinii polecającej z dnia 16.06.2014 roku (pismo z dnia 24.07.2014)

Izba dopuściła jako dowody w sprawie: ofertę Anatex wraz z jej wyjaśnieniem i uzupełnioną opinią polecającą oraz złożone przez odwołującego pismo z dnia 8.09.2014 roku Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, kopie umów zawartych między Wielobranżowym Przedsiębiorstwem Remontowo – Budowlanym Anatex inż. A. C. a Samodzielnym Publicznym Psychiatrycznym Zakładem Opieki Zdrowotnej w Choroszczy:

1. umowa nr SZP 3810-41/11 z dnia 5.09.2011 roku wraz z jej aneksami z dnia 30.11.2011 roku, 27.12.2011 roku, 18.05.2012 roku , 2.11.2012 roku oraz 16.05.2013 roku
2. umowa nr SZP 3810-26/12 z dnia 31.05.2012 roku wraz z jej aneksami z dnia 29.11.2012 roku, 8.02.2013 roku, 26.04.2013 roku oraz 17.05.2013 roku.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Niespornym między stronami jest, że Anatex zrealizował na rzecz Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej (dalej SPP ZOZ) w Choroszczy roboty budowlane na podstawie dwóch odrębnych umów: umowy z dnia 5.09.2011 roku dotyczącej termomodernizacji budynków SPP ZOZ wraz z przebudową parteru budynku 25 A, B,C z podziałem na IV etapy z terminem realizacji do 18.02.2014 roku (uwzględniając aneksy) o wartości 14 834 022, 01 zł oraz umowy z dnia 31.05.2012 roku dotyczącej przebudowy, dobudowy i nadbudowy budynku nr 19A na potrzeby: apteki szpitalnej, działu diagnostyki obrazowej, oddziału leczenia alkoholowych zespołów abstynencyjnych oraz funkcjonującego oddziału psychosomatycznego z terminem realizacji do 30.06.2013 roku o wartości 4 480 000 zł.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż fakt, że Anatex zrealizował roboty budowlane na rzecz tego samego podmiotu, ale w oparciu o dwie odrębne umowy, powoduje, że nie jest możliwym połączenie wartości obu inwestycji celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, zgodnie z którym sam fakt realizacji inwestycji na podstawie kilku stosunków prawnych (kilku umów zawartych celem realizacji określonego zadania), nie stanowi przeszkody w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy ocenie możliwości powołania się na odrębne umowy należy ocenić czy przedmiot zamówienia wykonywany w ramach tych umów składał się na jedną funkcjonalną całość, a elementy tego przedmiotu zamówienia były ze sobą ściśle powiązane (podobnie np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 517/08).

Dla ustalenia wzajemnego powiązania zadań realizowanych w oparciu o odrębne umowy istotne znaczenie ma tożsamość przedmiotowa zamówienia (roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, funkcjonalnie powiązane), tożsamość czasowa zamówienia (zamówienia realizowane w zbliżonej perspektywie czasowej), tożsamość podmiotowa (wykonanie zamówienia przez jednego wykonawcę).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że pomiędzy zadaniem realizowanym w oparciu o umowę dotyczącą termomodernizacji budynków szpitala, której zakres obejmował m.in. przebudowę parteru budynku nr 25 A, B, C oraz termomodernizację budynku 19A a umową polegającą na przebudowie, nadbudowie i rozbudowanie budynku 19A zachodzi na tyle ścisły związek funkcjonalny i czasowy, iż pozwala on na dokonanie zsumowania wartości obu tych umów celem wykazania się spełnieniem warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia. Prace dotyczące budynku nr 19, mimo że zlecone dwoma odrębnymi umowami zawartymi w wyniku dwóch odrębnie prowadzonych procedur o zamówienie publiczne, zostały zrealizowane w tym samym okresie czasu, przez tego samego wykonawcę, są ze sobą funkcjonalnie powiązane, bowiem odnoszą się do tego samego obiektu budowlanego i służą podniesieniu wartości użytkowych tego obiektu. Okoliczność istnienia ścisłego powiązania między umowami została wskazana także w piśmie SPP ZOZ z dnia 8.09.2014 roku, złożonym przez odwołującego, gdzie wyjaśniono m.in. „jak widać z terminów wykonania prac na budynku 19A były one i musiały być wykonywane równolegle realizując obie umowy w jednym czasie. W związku z tym faktem SPP ZOZ w Choroszczy zwrócił się z wnioskiem do NFOŚiGW w Warszawie o przesunięcie do III etapu realizację robót w budynku nr 19A i taką zgodę otrzymał zmieniając Harmonogram rzeczowo – finansowy ujmujący to przesunięcie”.

Nie można także podzielić stanowiska odwołującego, że roboty objęte umową z dnia 5.09.2011 roku dotyczącą termomodernizacji nie spełniają warunku wymaganego doświadczenia z uwagi na to, że nie polegały one kompleksowej realizacji robót budowlano-montażowych oraz instalacyjnych. Już z treści samej umowy wynika, że w ramach I etapu = przebudowa parteru budynku nr 25 A, B, C wykonawca realizował roboty budowlano -montażowe oraz instalacyjne, co pozwala przyjąć, że opisany przez zamawiającego warunek udziału został spełniony. Ponadto w ramach pozostałych etapów robót wykonawca realizował prace polegające na wymianie stolarki okiennej i drzwiowej, przebudowie instalacji c.o. oraz instalacji wodno – kanalizacyjnej. Niewątpliwie także w ramach realizacji umowy z dnia 31.05.2012 roku dotyczącej budynku 19A wykonawca wykonywał roboty budowlano -montażowe i instalacyjne o charakterze kompleksowym.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....