

POSTANOWIENIE
z dnia 29 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu 29 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę LubCom sp. z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 6 Szpital Wojskowy z Przychodnią - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 2, 08-530 Dęblin

przy udziale wykonawcy WK Architekci sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2121/18 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę LubCom sp. z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: LubCom sp. z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego: LubCom sp. z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin na rzecz Zamawiającego: 6 Szpital Wojskowy z Przychodnią - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 2, 08-530 Dęblin kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz 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 Lublinie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: 6 Szpital Wojskowy z Przychodnią - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 2, 08-530 Dęblin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zadanie nr 2 - Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej do zadania pod nazwą „Przebudowa budynku nr 94 na oddział szpitalny”, numer postępowania: 29/LOG/2018.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 sierpnia 2018, pod numerem 602189-N-2018.

W dniu 20 września 2018 r. Zamawiający podjął pierwszą decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz o wykluczeniu Odwołujący: LubCom sp. z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin z w/w postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Za ofertę najkorzystniejszą na wykonanie w/w zadania uznano ofertę złożoną przez wykonawcę WK Architekci sp. z o.o. s.k.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego w zakresie zadania 2 Odwołujący w dniu 24 września 2018r. wniósł **pierwsze odwołanie** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp tj. **art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez nieuzasadnione wykluczenie Wykonawcy LubCom sp. z o.o. i uznaniu jej oferty jako odrzuconej,

2. **naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp** poprzez jego niezasadne zastosowanie i wykluczenie Wykonawcy LubCom sp. z o.o. i uznaniu jej oferty jako odrzuconej oraz przepisów art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez brak wykazania zaistnienia podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp względem Odwołującego, z ostrożności procesowej,

3. naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. **art. 25 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zażądanie od Odwołującego dokumentów nie wskazanych w treści SIWZ,

4. naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. **art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji postawionych zarzutów **wnosił(żądanie) o:**

1. unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu spółki LubCom sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania przetargowego i uznaniu jej oferty za odrzuconą;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy WK Architekci sp. z o.o. s.k. jako oferty najkorzystniejszej na wykonanie przedmiotowego zamówienia;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu na udzielenie przedmiotowego;
4. ewentualnie, **nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;**
5. przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na odpowiednie okoliczności wyszczególnione w treści uzasadnienia;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy LubCom sp. z o.o. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 2 października Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W następstwie tego oświadczenia Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 3 października 2018r. umorzyła przedmiotowe postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 1929/18).

W wykonaniu powyższego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018r. **wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów** to jest wykazu wykonanych usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W treści wezwania Zamawiający stwierdził, że dotychczas złożone dokumenty nie potwierdziły spełniania warunku posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego.

W powyższym wezwaniu Zamawiający zwrócił uwagę, że w wykazie przesłanym do niego (w odpowiedzi na wezwanie w trybie art.26 ust.2 ustawy Pzp), wykonawca wskazał

dwie usługi wykonane na rzecz:

- 1) Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego sp. z o.o. w Radomiu,
- 2) Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lubartowie.

W dniu 9 października 2018r. Odwołujący **nie uzupełnił żądanych dokumentów**, lecz wyjaśnił, że opiera się na dotychczas złożonych dokumentach.

W dniu 10 października 2018 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz o wykluczył Odwołującego z przedmiotowego przetargu.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego w zakresie zadania 2 Odwołujący w dniu 10 października 2018r. wniósł **drugie odwołanie** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania LubCom sp. z o.o. z dnia 24 września 2018 r. w całości a następnie niewykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu LubCom sp. z o.o. z dnia 24 września 2018 r., które było przedmiotem sprawy KIO 1929/18,

2. **art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 ustawy Pzp** poprzez ich niezasadne zastosowanie i wykluczenie Wykonawcy LubCom sp. z o.o. i uznaniu jej oferty jako odrzuconej oraz przepisów art. 6 Kodeksu cywilnego w' zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez brak wykazania zaistnienia podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp względem Odwołującego,

3. **art. 7 ust. 1** ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób urągający zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek przemilczenia w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji treści pisma dyrektora ds administracyjno - eksploatacyjnych Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego sp. z o.o. z dnia 03 października 2018 r.,

4. **art. 26 ust. 3** ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie czynności, do której Zamawiający był zobowiązany poprzez nieprecyzyjne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji postawionych zarzutów **wnosi(żądanie) o:**

1. unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu spółki LubCom sp. z o.o. z postępowania pn. Zadanie nr 2 - Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej do zadania pod nazwą „Przebudowa budynku nr 94 na oddział szpitalny” i uznaniu jej oferty za odrzuconą;

2. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy WK Architektki sp. z o.o. s.k. jako oferty najkorzystniejszej na wykonanie zamówienia pn. Zadanie nr 2 - Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej do zadania pod nazwą „Przebudowa budynku nr 94 na oddział szpitalny”;

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu na udzielenie zamówienia pn. Zadanie nr 2 - Opracowanie dokumentacji projektowo- kosztorysowej do zadania pod nazwą „Przebudowa budynku nr 94 na oddział szpitalny”;

4. ewentualnie, **nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego i jednoznacznego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu**;

5. przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na odpowiednie okoliczności wyszczególnione w treści uzasadnienia;

6. załączenie do akt niniejszej sprawy akt sprawy z odwołania LubCom sp. z o.o. z dnia 24 września 2018 r. sygn. KIO 1929/18 na okoliczność zakresu odwołania wniesionego w tej sprawie i uznania odwołania przez Zamawiającego w całości,

7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy LubCom sp. z o.o. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący zapowiedział, że pierwszorzędnym zarzutem przeciwko decyzji Zamawiającego jest zarzut natury formalnej, bowiem z treści pisma Zamawiającego z dnia 2 października 2018 r. wynikało, że uwzględnił odwołanie wniesione przez LubCom sp. zo.o. w dniu 24 września 2018 r. w całości.

W ocenie Odwołującego - oznaczało to także przyjęcie zasadności zarzutów skierowanych co do meritum rozstrzygnięcia z tego powodu, że zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Natomiast uwzględnienie odwołania w części prowadzi do umorzenia postępowania jedynie wówczas, gdy Odwołujący wycofa pozostałe zarzuty, co nigdy nie nastąpiło (art. 186 ust. 3A ustawy Pzp).

W związku z powyższym Odwołujący wnioskował o załączenie do akt niniejszej sprawy akt KIO 1929/18, w których znajdują się wszystkie pisma Zamawiającego i Odwołującego.

Według Odwołującego - uwzględnienie odwołania także co do meritum powoduje zaistnienie powagi rzeczy osądzonej w tym zakresie i uniemożliwia Zamawiającemu podjęcie jeszcze raz zaskarżonej decyzji na tych samych podstawach.

Przechodząc do meritum zagadnień zawartych w zaskarżonej decyzji Zamawiającego Odwołujący zauważył, że jako podstawę prawną wykluczenia Zamawiający wskazał przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp.

Podniósł, że jako uzasadnienie faktyczne wskazano, że Odwołujący powołał się na doświadczenie posiadane z wykonania dwóch zadań i wskazano, że: „Zamawiający stwierdził, że żadna z wymienionych usług nie została wykonana z należytą starannością za tym nie może służyć Wykonawcy do potwierdzenia posiadania doświadczenia pozwalającego na realizację zamówienia”.

Jako najistotniejszy zarzut odwołania Odwołujący uznał pominięcie przez Zamawiającego pisma z dnia 3 października 2018 r., które w trybie § 2 ust. 6 rozporządzenia ws dokumentów uzyskał od Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego sp. z o.o.

Zaznaczył, że w treści pisma z dnia 3 października 2018 r. wiceprezes zarządu, a jednocześnie dyrektor ds. eksploatacyjno - administracyjnych Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego sp. z o.o. zaświadczył, że umowa zawarta z firmą LubCom sp. z o.o. „została zrealizowana zgodnie z jej zapisami i oczekiwaniami Zamawiającego, nie było więc podstaw do naliczania kar umownych” oraz „spółka LubCom należycie wywiązała się z umowy o realizację zamówienia publicznego, co wkrótce poświadczą stosownymi referencjami”.

Zarzucił, że w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający nie wspomniał o treści w/w pisma, co jest o tyle istotne, ponieważ wskazuje, że zamówienie zostało wykonane należycie.

Według Odwołującego - jego umyślne zignorowanie świadczy o złej woli Zamawiającego i zdaje się wskazywać na prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a to z kolei rzutuje na nieprawidłowe zastosowanie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp.

Generalnie jeśli chodzi o ten aspekt sprawy to - Odwołujący wyjaśnił, że w końcu uzyskał od Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego sp. z o.o. referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia.

Na marginesie wspomniał, że Zamawiający w zaskarżonej decyzji wskazywał, że Odwołujący nie może się powoływać na doświadczenie z wykonania tego zamówienia, ponieważ do jego skutecznego zakończenia konieczne było uzyskanie pozwolenia na budowę, czego Odwołujący nie zdołał wykazać.

Argumentował, że jednak z opisu warunku doświadczenia zawartego w pkt 1.2.3.1. SIWZ oraz z postanowień wzoru umowy stosowanego w rozpoznawanej sprawie wynika, że w zamówieniu, które ma być realizowane dla szpitala w Dęblinie, nie będzie konieczne uzyskanie pozwolenia na budowę.

Dlatego zarzut ten jest niezasadny i również świadczy o nieprawidłowej wykładni przepisów ustawy i zapisów dokumentacji przetargowej, będącej wyrazem tendencyjnego dążenia do wykluczenia LubCom.

Powołał się w tym zakresie jako dowód na:

1. pismo z dnia 03 października 2018 r.
2. referencje z dnia 08 października 2018 r.

W dalszej kolejności można przejść do rozpoznania części uzasadnienia zaskarżonej decyzji dotyczącej powołania się przez Odwołującego na wykonanie zamówienia na „Przeniesienie bloku operacyjnego do nowej lokalizacji wraz z wykonaniem niezbędnych prac modernizacyjnych oraz doposażeniem tego obszaru” dla SPZOZ w Lubartowie. W tym kontekście należy

Zwrócił uwagę na niekonsekwencję i błędy Zamawiającego w sformułowaniu uzasadnienia zaskarżonej decyzji dotyczącej powołania się przez Odwołującego na wykonanie zamówienia na „Przeniesienie bloku operacyjnego do nowej lokalizacji wraz z wykonaniem niezbędnych prac modernizacyjnych oraz doposażeniem tego obszaru” dla SPZOZ w Lubartowie.

Zauważył, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 października 2018 r. wskazano min., że: „żadna z wymienionych usług nie została wykonana z należytą

starannością za tym nie może służyć Wykonawcy do potwierdzenia posiadania doświadczenia pozwalającego na realizację zamówienia”.

Wskazał również, że w punkcie dotyczącym rozważań Zamawiającego co do powołania się przez Odwołującego na doświadczenie z zamówienia wykonanego dla SPZOZ w Lubartowie użyto następujących sformułowań: „Koniunkcja obydwu faktów tj kwalifikowanego, 46 - dniowego opóźnienia w wykonaniu zamówienia oraz zapłacenia kary umownej utwierdza Zamawiającego w przekonaniu, że zamówienie to zostało nienależycie wykonane. Potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogą stanowić tylko zamówienia wykonane z należytą starannością. Brak staranności skutkuje zatem obiektywną niemożnością posłużenia się danym zamówieniem w celu wykazania spełnienia warunku w następujących po realizacji zamówienia postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.”

Dalej, przyznał, że zażądano przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu we wskazanym terminie.

Zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji zacytowano treść wezwania, dodając dalej min: „Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu do uzupełnienie dokumentów skierowanym do LubCom w dniu 5 października 2018 r.”.

Dalej, Zamawiający uzasadnił, że przesłanką dla stwierdzenia, że Odwołujący nie może powoływać się na to zamówienie jest fakt, że SPZOZ w Lubartowie skutecznie potrafił karę umowną, zaś „okoliczność wniesienia powództwa pozostaje bez znaczenia dla oceny należyłości wykonania zobowiązania.” Nadto, „niedotrzymanie terminów do dotrzymania których wykonawca się zobowiązał świadczy o nienależytym wykonaniu umowy.”.

Argumentował, że z przytoczonych wyżej wypowiedzi Zamawiającego można wysnuć następujące konkluzje. Po pierwsze nadal nie wiadomo co Odwołujący miałby wykazać. Z treści wezwania z dnia 5 października 2018 r. nie wynika jednoznacznie, czy do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy wykazać się poprzednimi zamówieniami należycie wykonanymi czy wykonanymi z należytą starannością.

Zdaniem Odwołującego - w odniesieniu do tego zagadnienia można przyjąć dwojaką optykę, albo stwierdzić, że obydwa pojęcia są synonimami, jak zdaje się rozumieć je Zamawiający, który używa ich zamiennie, albo stwierdzić, że mają one różne znaczenie.

Przekonywał, że ta druga możliwość wiązałaby się z koniecznością przyjęcia następujących założeń. Zamówienia wykonane z należytą starannością to takie, gdzie wykonawca dołożył należytej staranności w ich wykonaniu, a efekt nie jest istotny. Natomiast zamówienia należycie wykonane to zamówienia, gdzie nie ma znaczenia proces ich wykonania, ale pożądaný efekt został osiągnięty.

Jeżeli Zamawiający traktuje te pojęcia jako synonimy, to zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego – w ocenie Odwołującego - powinien udowodnić mu niedochowanie należytej staranności w wykonaniu zamówienia dla SPZOZ Lubartów.

Wywodził, że jeżeli Zamawiający uznaje, że nienależyte wykonanie zamówienia nie jest tym samym co niedochowanie należytej staranności, wówczas znowu nie zdołał prawidłowo sformułować wezwania wysłanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem nie wiadomo czy wykonawca ma mu udowodnić należyte wykonanie zamówienia czy wykonanie zamówienia z należytą starannością.

Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający pomimo że używa dwóch pojęć zamiennie, opiera swoją decyzję o wykluczeniu na pojęciu nienależytego wykonania definiowanego przez nieosiągnięcie umówionego rezultatu, o czym świadczy fakt, że opiera swoją decyzję na dwóch niekwestionowanych faktach: fakcie zaistnienia opóźnienia, które błędnie klasyfikuje jako opóźnienie kwalifikowane oraz na potrąceniu kar umownych. Obydwie przesłanki są przez Zamawiającego błędnie interpretowane, tendencyjnie na niekorzyść Odwołującego.

Po pierwsze, wskazał, że opóźnieniem kwalifikowanym przez zawinienie jest zwłoka. Umowa zawarta pomiędzy Odwołującym a SPZOZ w Lubartowie przewidywała naliczenie kary umownej za każdy dzień opóźnienia w terminie zakończenia wydania dokumentacji projektowo - kosztorysowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót w stosunku do terminu przewidzianego w § 2 ust. 1 pkt 1 umowy (patrz § 8 ust. 2 pkt 2). Jest to więc opóźnienie zwykłe, a samo naliczenie kar umownych za jego zaistnienie nie przesądza o zawinieniu tej okoliczności przez Odwołującego.

Po drugie, wskazał, że Zamawiający opiera decyzję o wykluczeniu na stwierdzeniu, że kary umowne zostały skutecznie potrącone, a wytoczony o nie proces cywilny nie ma znaczenia.

Takie stwierdzenie – zdaniem Odwołującego - zdaje się świadczyć o niezrozumieniu istoty instytucji kary umownej w umowach o wykonanie zamówienia publicznego. W

przeważającej większości przypadków zamawiający doprowadza do zapłacenia kary umownej właśnie przez jej potrącenie z przysługującym wykonawcy wynagrodzeniem. Jest to działanie prawie zawsze skuteczne, o ile nie zostaną popełnione błędy formalne. Jedynym sposobem obrony wykonawcy jest wówczas wytoczenie powództwa o zapłatę.

Przekonywał, że w przedmiotowej sprawie udowodnił Zamawiającemu, że zostało wytoczone powództwo przeciwko SPZOZ w Lubartowie oraz, że zostało ono wytoczone o całość naliczonej kary umownej. W efekcie nie można zasadnie twierdzić, że naliczenie kary i jej potrącenie zostało przez Odwołującego uznane.

Odwołujący powołał się na okoliczności świadczące o tym, że zaistnienie opóźnienia w wykonaniu zamówienia dla SPZOZ Lubartów nie wynikało z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Po podpisaniu umowy na wykonanie tego zamówienia i dokonaniu lustracji przeprojektowywanego budynku ujawniła się konieczność uzyskania odstępstwa od obowiązujących warunków technicznych pomieszczeń projektowanego bloku operacyjnego.

Wyjaśnił, że ten problem nie mógł być rozpoznany na etapie przetargu, ponieważ nie został ujawniony w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Rozdział 3 i Załącznik nr 1 do SIWZ).

Odwołujący wyjaśnił, że niezwłocznie wystąpił z odpowiednim wnioskiem - w ciągu jednego dnia od otrzymania pełnomocnictwa od SPZOZ w Lubartowie, co znamionuje zachowanie najwyższej staranności.

Przyznał, że postępowania administracyjnego nie sposób przyspieszyć, stąd nastąpiło przesunięcie terminów ukończenia dokumentacji.

Wskazał również, że Odwołujący uprzedził o tym SPZOZ w Lubartowie i zgłosił podstawy do roszczenia o przedłużenie czasu na ukończenie dzieła, które nie zostało uwzględnione bez żadnego wyjaśnienia ze strony SPZOZ Lubartów.

Powołał się w tym zakresie na następujące dowody:

1. zawiadomienie o terminie posiedzenia,
2. umowa z dnia 8 listopada 2017 r.,
3. wniosek o odstępstwo z dnia 9 listopada 2017 r. do Lubelskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego
4. pismo z dnia 1 grudnia 2017 r.

W konsekwencji w rozpoznawanej sprawie – w opinii Odwołującego - nie można mówić o zaistnieniu przypadku nienależytego wykonania zobowiązania, które uzasadniałoby uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku doświadczenia.

W przekonaniu Odwołującego - opis warunku doświadczenia powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nie tworzony w oderwaniu od niego, np. „na wyrost”, a z opisu przedmiotu zamówienia oraz przede wszystkim warunków umowy wynika, że w ramach rozpoznawanego postępowania nie przewidziano uzyskania pozwolenia na budowę.

Dodatkowo, zauważył, że jego oferta zakłada wykonanie projektu w ciągu 56 dni.

W kontekście tego należy zwrócić uwagę, że zamówienie dla SPZOZ Lubartów, przy uwzględnieniu utrudnienia jakim było uzyskanie zgody na odstąpienie, zostało zrealizowane w ciągu 84 dni.

Przyjmując, że uzyskanie odstąpienia przedłużyło wykonanie zamówienia o tyle dni, ile przewidziano w KPA na rozpoznanie nieskomplikowanej sprawy administracyjnej (30 dni), to można – według Odwołującego - przyjąć, że był on w stanie wykonać podobny projekt w terminie nawet krótszym niż zadeklarowany.

Zaznaczył przy tym, że należy również wziąć pod uwagę, że termin podpisania umowy z SPZOZ Lubartów był wyznaczony na 8 listopada, a termin jej ukończenia na 5 grudnia. Na wykonanie podobnego projektu przewidziano więc 27 dni. Gdyby Odwołujący wykonał ten projekt na 6 grudnia, wówczas również znalazłby się w opóźnieniu i prawdopodobnie naliczono by mu karę umowną.

W świetle zasady proporcjonalności należałoby się zastanowić – w przekonaniu Odwołującego - czy świadczyłyby to o jego niezdolności do należytego wykonania tego rodzaju zamówienia, czy też odwrotnie, przesądza o tym, że jest on w stanie je wykonać w określonym terminie.

W dniu 19 października 2018r. wykonawca WK Architekci sp. z o.o. s.k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej i akt sprawy odwoławczej o sygn.. akt KIO 1929/18, Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym, po wysłuchaniu argumentacji strony, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 3, pkt. 4, pkt. 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z art.182 ust.3 pkt. 2 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała, że Odwołujący już w dniu 5 października 2018r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania tj. w dacie przekazania mu wezwania do uzupełnienia dokumentów, to jest do złożenia wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie .

Wymaga wskazania, że zarzuty odwołania w istocie dotyczą czynności powyższego wezwania, którego niewykonanie wiązało się z pewnym i oczywistym następstwem polegającym na konieczności wykluczenia Odwołującego z przetargu na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W piśmie z dnia 9 października 2018r. stanowiącym odpowiedź na czynność Zamawiającego wezwania Odwołujący wyraźnie zakwestionował czynność Zamawiającego nie uzupełniając dokumentów, lecz składając wyjaśnienia, a mimo tego nie skorzystał ze środka ochrony prawnej na tamtym etapie postępowania.

Według zapatrywania Izby, mając na uwadze przytoczone okoliczności – Odwołujący w chwili powzięcia wiadomości o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, dowiedział się o tym, że koniecznym było zakwestionowanie w sposób prawem przewidziany za pomocą środka ochrony prawnej(odwołania) tej czynności, a także ewentualne podniesienie zarzutu doprecyzowania wezwania do złożenia dokumentów.

Jeżeli zatem, Odwołujący w terminie skutecznie nie podważył ważności dokonanego wezwania w warunkach jego niewykonania poprzez nieprzedłożenie „nowego” uzupełnionego wykazu i oczywistego następstwa tej czynności w postaci obowiązku Zamawiającego wykluczenia Odwołującego, to w chwili obecnej nie może on wnieść odwołania na czynność wykluczenia go z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty będącej normalnym następstwem prawomocnej czynności wezwania.

Izba uznała przy tym, że jeżeli czynność wezwania jest prawnie skuteczna z powodu jej niezaskarżenia w powołanym na wstępie terminie, to nie może być ona następnie podważana na późniejszym etapie postępowania przetargowego.

W związku z tym, Izba stwierdziła, że Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 15 października 2018 r., co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie, podczas gdy upływ 5 dniowego terminu prawem przewidzianego liczonego od dnia 6 października 2018r. nastąpił w dniu 10 października 2018r.

Stosownie do przepisu art.189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Drugą z podstaw prawnych uzasadniających czynność odrzucenia odwołania na zasadzie jest przepis art. 189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Izba ustaliła, że zarówno w pierwszym, jak i w obecnie rozpoznawanym odwołaniu istotą sporu były te same oświadczenia Odwołującego(usługi wykonywane na rzecz Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego sp. z o.o. w Radomiu oraz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lubartowie) zawarte w wykazie złożonym Zamawiającemu dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Należy podkreślić, że Odwołujący w wyniku ponownego wezwania go do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 października 2018r., nie dokonał ich zastąpienia nowymi, lecz oparł się na tych samych dokumentach, które złożył po pierwszym wezwaniu.

Ostatecznie, Izba doszła do przekonania, że odwołanie zostało wniesione w okolicznościach opisanych w przepisie art. 189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp stosownie do

którego, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający w warunkach uwzględnienia zarzutów odwołania wykonał czynność wezwania zgodnie z żądaniem ewentualnym Odwołującego zawartym w odwołaniu **o nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu**(vide: wskazane na wstępie uzasadnienia postanowienia żądanie).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....