

Sygn. akt KIO 2323/16

KIO 2325/16

WYROK

z dnia 30 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 grudnia 2016 r. przez wykonawcę: **W. S.A., ul. (...) W.,**

B. w dniu 9 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **A.C.P. Sp. z o.o., A.C. S.A. (...) W.,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, (...) B.,**

przy udziale:

A. wykonawcy: **W. S.A., ul. (...) W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2325/16, po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: A.G.B. Sp. z o.o., Sp. k., A. Sp. z o.o., (...) I.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2323/16 oraz KIO 2325/16 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **A. uwzględni odwołanie o sygn. akt KIO 2323/16 i nakazuje Zamawiającemu:**
 - **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
 - **powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
 - a) **zwrócenia się do Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. Jana z Dukli, czyli podmiotu na rzecz którego zostały wykonane roboty budowlane przez podmiot udostępniający zasoby, tj. B. sp. z o.o. na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19**

lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu,

b) wezwania Konsorcjum: A.G.B. Sp. z o.o., Sp. k., AGB 2 Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, złożonego przez B. sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b Pzp,

B. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 2325/16,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, (...) B.** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **A.C.P. Sp. z o.o., A.C. S.A. (...) W.,** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących się, w tym:

A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W. S.A., ul. (...) 02-672 W.,**

B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **A.C.P. Sp. z o.o., A.C. S.A. (...) W.,**

2.2 zasądza kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, (...) B.** na rzecz wykonawcy: **W. S.A., ul. (...) 02-672 W.** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2323/16

Sygn. akt KIO 2325/16

Uzasadnienie

Zamawiający: 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kompleksu Polikliniki”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 31 maja 2016 r. r. pod nr 2016/S 103-184112.

W dniu 30 listopada 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

KIO 2323/16

Odwołujący: W. S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum: A.G.B. Sp. z o.o. Sp.k., A. Sp. z o.o. z siedzibą w I. iu, dalej „Konsorcjum A.” pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 107 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum A., pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż uzupełnione dokumenty zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną;
3. §1 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), poprzez zaniechanie zwrócenia się do Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. Jana z Dukli, czyli podmiotu na rzecz którego zostały wykonane roboty budowlane przez podmiot udostępniający zasoby, tj. B. sp. z o.o. pomimo, iż z informacji ogólnie dostępnych wynika, że B. Sp. z o.o. nie ukończył realizacji zamówienia, w zakresie którego została udostępniona wiedza i doświadczenie, i które zostało wskazane na potwierdzenie spełniania warunków przez Konsorcjum A.;
4. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum A., pomimo iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia udzielone przez B. sp. z o.o. nie ma charakteru realnego, a w konsekwencji wykonawca nie udowodnił,

że będzie faktycznie dysponował ww. zasobami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. ewentualnie zwrócenia się do Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. Jana z Dukli w trybie §1 ust. 5 rozporządzenia o dokumentach o potwierdzenie, czy podmiot udostępniający zasoby Konsorcjum A., tj. B. sp. z o.o. wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył całe zamówienie pn. „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej”;
5. wykluczenia Konsorcjum A. z postępowania;
6. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 sierpnia 2016 r. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Na czynność wyboru wpłynęły dwa odwołania, w tym m.in. odwołanie W. S.A. W zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum A. Zamawiający, pismem z dnia 20.09.2016 r., uznał, że nastąpiły uchybienia w postępowaniu w zakresie określonym w cz. III pkt 2 lit. a i b odwołania i w konsekwencji uwzględnił zarzuty odwołania W. S.A. dotyczące oferty Konsorcjum A., zobowiązując się do ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum A., w tym do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty.

Zamawiający, w wyniku powtórnego badania i oceny ofert, powtórzył ww. czynności i dokonał wyboru oferty Konsorcjum A., jako oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum A., pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zarzuty dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunków przez Konsorcjum A., w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca:

• dot. wykonawstwa - w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał co najmniej 3 budynki w tym: 3 użyteczności publicznej i 2 dla służby zdrowia (na podstawie odrębnej umowy lub zlecenia, itp.) o wartości inwestycji powyżej 40.000.000 zł brutto każdy (o powierzchni użytkowej co najmniej 8 000m²), w tym jeden wykonany w systemie

zaprojektuj i wybuduj, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, dat i miejsca wykonania z załączeniem dokumentów potwierdzających, że zlecenie zostało wykonane należycie.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 28 z dnia 10 czerwca 2016 r., Zamawiający wymagał, aby wykonawca, w ramach zrealizowanych zamówień, uzyskał również pozwolenie na użytkowanie.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 z dnia 10 czerwca 2016 r. Zamawiający sprostował liczbę budynków w ten sposób, że 2 budynki miały być budynkami użyteczności publicznej, a co najmniej jeden budynkiem służby zdrowia.

Odwołujący podkreślił, że zarówno wyjaśnienia, jak i uzupełnienia oświadczeń i dokumentów złożone przez Konsorcjum A. zostały dokonane w sposób nieskuteczny, gdyż zostały podpisane przez osobę do tego nieuprawnioną. Z pełnomocnictwa załączonego do oferty jednoznacznie wynika, iż p. P.L. był wyłącznie uprawniony do działania w imieniu Lidera Konsorcjum łącznie z drugą osobą, tymczasem zarówno wyjaśnienia, jak i uzupełnienia zostały podpisane jedynie przez p. L., a do uzupełnień nie zostało dołączone nowe pełnomocnictwo.

Wykonawca, Konsorcjum A., nie potwierdził posiadania wymaganego doświadczenia w zakresie wykonanych robót budowlanych. W wykazie załączonym do oferty, tylko pozycje od 1-4 dotyczą realizacji robót budowlanych (pozostałe pozycje dotyczą usług projektowych). Jednak zarówno wykaz załączony w ofercie, jak i dokumenty i wyjaśnienia złożone w wyniku uzupełnień nie potwierdzają spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego:

- a. Poz. 1 Wykazu - Akademia Sztuk Pięknych - spełnia wymagania w zakresie budynku użyteczności publicznej,
- b. Poz. 2 Wykazu - Termy Maltańskie - spełnia wymagania w zakresie budynku użyteczności publicznej oraz budynku wykonanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj”;
- c. Poz. 3 Wykazu - Budowa Hali Widowiskowo -Sportowej przy (...) w T. - ze złożonych w ramach wyjaśnień i uzupełnień dokumentów, oraz z dokumentów, które Odwołujący otrzymał od Inwestora w drodze dostępu do informacji publicznej wynika, iż to Inwestor, a nie wykonawca, uzyskał pozwolenie na użytkowanie budynku. Powyższe skutkuje tym, iż Konsorcjum A. nie wykazało w przedmiotowym zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.
- d. Poz. 4 Wykazu - Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie - złożone wyjaśnienia i dokumenty w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż w ramach przedmiotu zamówienia wybudowano, a więc wykonano jedynie lądowisko dla śmigłowców. W zakresie Segmentów LF i PK o powierzchni odpowiednio 134,34 m² oraz 780,52 m² złożone dokumenty są wzajemnie sprzeczne. Inwestor

oświadczył, że była to budowa, natomiast podmiot udostępniający zasoby - Chemobudowa, że przebudowa. Niemniej jednak powierzchnia obu tych budynków jest zbyt mała, aby potwierdzić spełnianie warunku. Pozostałe roboty budowlane dotyczyły przebudowy wewnętrznej, rozbudowy i nadbudowy. Dodatkowo powierzchnia budynków jest mniejsza od wymaganej w warunku. Wśród wskazanych budynków tylko segment B ma powierzchnię ponad 8 000 m². Z załączonych dokumentów wynika, że w ramach Segmentu B wykonawca wykonał jedynie przebudowę wewnętrzną i zabudowę tarasów o powierzchni 1 122,02 m². Z załączonych dokumentów i oświadczeń nie wynika, jaka jest wartość robót budowlanych dla poszczególnych budynków. W wykazie robót została wpisana wartość całej inwestycji, a nie wartość robót polegających na budowie.

Zatem, wskazana realizacja nie spełnia warunku w zakresie budowy polegającej na wykonaniu min. 8 000 m² powierzchni użytkowej, jak również wymaganej wartości 40 mln zł brutto. Nawet gdyby przyjąć założenie, że wszystkie segmenty stanowią jeden budynek, to łącznie nie uzyskamy wymaganej powierzchni nowobudowanej na poziomie 8 000 m². Z uzupełnionych dokumentów i wyjaśnień, wynika również, że uzyskanie pozwolenia na użytkowanie nie wchodziło w zakres przedmiotu zamówienia. Pozycja ta nie potwierdza zatem spełniania warunku wybudowania budynku służby zdrowia wartości inwestycji powyżej 40 000 000 zł brutto o powierzchni użytkowej co najmniej 8 000 m² wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

W ramach uzupełnienia dokumentów Konsorcjum A. złożyło kolejną referencję udostępnioną przez B. Sp. z o.o. dotyczącą realizacji inwestycji pod nazwą „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej” oraz uzupełniło wykaz robót. Z załączonej referencji wynika, iż dotyczy ona jedynie I Etapu inwestycji, tj. budynku szpitalnego nr 4, a nie realizacji całego zamówienia. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, iż przedmiotowa inwestycja do dnia dzisiejszego nie została ukończona, a wykonawca w dniu 24 października 2016 r. odstąpił od umowy. W związku z powyższym nie można mówić o należyтым wykonaniu zamówienia oraz o złożeniu przez Konsorcjum A. dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia.

Z dokumentacji postępowania dostępnej na stronie zamawiającego - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. Jana z Dukli, tj. Wzoru Umowy, wynika, że w zakresie budynku nr 4, którego dotyczy referencja, część robót miała zostać zakończona dopiero w Etapie III, tj. do dnia 30.11.2016. W tym też terminie wykonawca miał uzyskać pozwolenie na użytkowanie (w Etapie I pozwolenie na użytkowanie miało charakter czasowy).

Zgodnie z §1 ust. 5 rozporządzenia o dokumentach, w razie konieczności; szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2, 3 oraz ust 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu

wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Z przywołanego przepisu wynika, iż potwierdzenie należytego wykonania ma dotyczyć całego zamówienia, a nie jedynie jednego z jego elementów. Jak wyżej wskazano, zamówienie nie zostało wykonane do dnia dzisiejszego, nie może zatem stanowić potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający winien zwrócić się do podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji.

Dodatkowo, jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego dokończenia realizacji inwestycji pod nazwą „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej”, Konsorcjum B. nie wykonało większości konstrukcji budynku nr 4, gdyż roboty te wykonał poprzedni wykonawca, który również nie dokończył realizacji zamówienia. W związku z powyższym, trudno uznać, że Konsorcjum B. w ramach tego zamówienia wybudowało budynek.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, z treści zobowiązania B. sp. z o.o. do udostępnienia zasobów nie wynika, iż udostępnienie będzie miało charakter realny. B. sp. z o.o. udostępnia bowiem swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie robót budowlanych, natomiast zobowiązuje się do udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy jedynie w zakresie usług, przy czym w zobowiązaniu nie wskazano, jakie usługi będą świadczone na rzecz Konsorcjum A.. W konsekwencji Konsorcjum A. nie udowodniło, że będzie dysponowało udostępnionymi zasobami.

Pozycja ta nie potwierdza zatem spełniania warunku wybudowania budynku służby zdrowia wartości inwestycji powyżej 40.000.000 zł brutto o powierzchni użytkowej co najmniej 8 000m², w ramach której wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie.

KIO 2325/16

Konsorcjum A.C. Polska Sp. z o.o. A.C. S.A. wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum A.;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum A., jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, z uwagi na rzekomy brak wyceny czy niezaoferowanie w ramach oferty Konsorcjum:

1. pom.0.0232 CallCenter;

2. pom. 0.063 sala dializ + izolatka + stacja uzdatniania wody+ komplet wyposażenia wg PFU;

3. w pom. sala wybudzeń dla pozycji łożko szpitalne 4szt.;

4. w pom. 0.094. Chłodnia na odpady medyczne,

podczas gdy wszystkie ww. pozycje zostały ujęte w ofercie Konsorcjum A. i wycenione w ramach Formularza Zestawienie wyposażenia technicznego stanowiącego załącznik do oferty;

- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez przyjęcie, że w ofercie Konsorcjum A. występuje błąd w obliczeniu ceny z uwagi na rzekome niezaoferowanie ww. czterech pozycji, podczas gdy wykonawca zaoferował i wycenił wszystkie pozycje wskazane w Formularzu Zestawienie wyposażenia technicznego;

- art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji wskazanych w pkt 1 i 4 powyżej, co doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty z powodu niezgodności ww. pozycji z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum A.;

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty Konsorcjum A. jako najkorzystniejszej.

Oferta Odwołującego została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. W dniu 9 września 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawcę o wniesieniu odwołań przez Konsorcjum: A. oraz wykonawcę: W. S.A. Wyrokiem z dnia 23 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1681/16) Krajowa Izba Odwoławcza orzekła o uwzględnieniu odwołania Konsorcjum A. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie oferty Konsorcjum A., co Zamawiający uczynił dnia 27 października 2016 r. Izba nie nakazała odrzucenia oferty Odwołującego.

Dnia 2 listopada 2016 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dodatkowo, pismem z dnia 16 listopada 2016 r. zawiadomił Odwołującego o poprawieniu omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Dnia 21 listopada 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę dodatkowo do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów oraz treści złożonej oferty.

Pismem z dnia 30 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Konsorcjum A..

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu postanowienia SIWZ i Wzoru Umowy wskazują jednoznacznie, że cena za realizację złożonego zamówienia

realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj ma charakter ryczałtowy i składa się z sumy cen ryczałtowych za poszczególne pozycje ujęte w Formularzu ofertowym, tj.

- a) ryczałtowej wartości wykonania dokumentacji projektowej;
- b) ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych;
- c) ryczałtowej wartości wyposażenia medycznego
- d) ryczałtowej wartości wynagrodzenia niemedyceznego.

Fakt ten nie był sporny w czasie rozprawy przed KIO, w wyniku przeprowadzenia której zapadł wyrok o sygn. KIO 1681/16. W wyroku Izba nakazała wezwanie Konsorcjum A. do wyjaśnień pozycji w załączniku pn. Zestawienie wyposażenia technologicznego, które mogły budzić wątpliwości Zamawiającego. W konsekwencji Izba zobligowała Zamawiającego do „zbadania wewnętrznej spójności i poprawności zadeklarowanych elementów przedmiotu oferty (pozycji w tabelach) oraz dokonanych obliczeń”. Zamawiający, częściowo wykonując wyrok KIO (wezwania nie dotyczyły wyjaśnień wszystkich pozycji, do których odnosił się wyrok KIO) wezwał Konsorcjum A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 i 87 ust 1 Pzp pismami z dnia: 27.10.2016, dnia 02.11.2016 r. oraz z dnia 21.11.2016 r.

W odpowiedzi na każde z ww. wezwań Konsorcjum A. złożyło wyczerpujące wyjaśnienia, wskazując, że pozostaje w gotowości do udzielania dalszych wyjaśnień.

Odnosząc się do zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji w ofercie, Odwołujący wskazał, co następuje:

W odniesieniu do „Pom.0.0232 Call Center”.

Pozycja ta była przedmiotem wyjaśnień Konsorcjum A. złożonych jeszcze przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej. Powyższe wyjaśnienia okazały się satysfakcjonujące dla Zamawiającego, który nie dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum A. po ich otrzymaniu, ale wybrał jako najkorzystniejszą. Zamawiający nie miał wątpliwości, że zakres zamówienia objęty wyjaśnieniami Odwołującego został prawidłowo wyceniony w ramach Formularza pn. Zestawienie wyposażenia technologicznego i zaoferowany przez wykonawcę w ramach oferty. Istotne jest bowiem nie miejsce wyceny poszczególnych elementów, ale fakt ich zaoferowania w ramach ceny ofertowej, która ma charakter ryczałtowy.

Odwołujący podkreślił, że po wydaniu przez Izbę wyroku z dnia 23 września 2016 r. Konsorcjum A. nie zostało ponownie wezwane do złożenia wyjaśnień odnoszących się do przedmiotowej pozycji. Odwołujący A. podtrzymał stanowisko, że przedmiotowe elementy poz. Call Center zostały wycenione w ramach oferty Odwołującego, a z uwagi na uzyskanie kompleksowej ceny od dostawcy za pełny zakres objęty ofertą dostawcy, nie zostały one jedynie szczegółowo wyspecyfikowane i rozbite w odrębnych pozycjach. Jednocześnie, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, pozycje te

zostały zaofertowane i wycenione w ramach wskazanych w wyjaśnieniach punktów. W ocenie Odwołującego oferta jest w tym zakresie spójna i kompletna, i zawiera wszystkie elementy podlegające wycenie w ramach formularza Zestawienie technologiczne.

W odniesieniu do: „Pom. 0.063 sala dializ +izolatka+ stacja uzdatniania wody+ komplet wyposażenia wg PFU”

Co do tej pozycji Odwołujący także składał wyjaśnienia na etapie przed pierwszym wyborem, kiedy to szczegółowo wyjaśnił, że zakres przedmiotowej pozycji został zaofertowany przez jednego z głównych wybranych przez wykonawcę dostawców w komplecie z wieloma innymi zaofertowanymi przez niego zakresami składającymi się na przedmiot inwestycji, jednak nie został osobno wyszczególniony w otrzymanej przez Wykonawcę ofercie. Ze względu na okres wakacyjny w odpowiedzi na prośbę wykonawcy o uszczegółowienie oferty w zakresie ceny przedmiotowej pozycji dostawca był w stanie jedynie potwierdzić, iż jego oferta obejmuje także zakres przedmiotowej pozycji, której koszt został odpowiednio ujęty w następujących punktach w zakresie pozycji oferowanych przez dostawcę: 0.015, 0.023, 0.026, 0.029, 0.030, 0.066, 1.001, 1.004, 1.006, 1.010,1.011,1.016,1.017,1.021, 2.003,2.014,2.015, 2.040, 2.042, 2.044,2.052, 2.058,2.069. W zaistniałej sytuacji wyszczególnienie dodatkowej kwoty w tym zakresie stanowiłoby powielenie kosztu tej składowej ceny ofertowej, jako że jej koszt został uwzględniony w wyżej przytoczonych pozostałych pozycjach. Wykonawca potwierdził, iż przedmiotowa pozycja jest objęta zaofertowaną ceną ofertową i będzie dostarczona w przypadku wyboru wykonawcy w cenie przedstawionej w ofercie.

Zamawiający po wydaniu wyroku o sygn.. akt KIO 1681/16 wezwał Konsorcjum A. do wyjaśnienia przedmiotowej pozycji, wskazując w wezwaniu, że:

„nie wpisano ceny dla pom. 0.063 sala dializ +izolatka+stacja uzdatniania wody-... - brak wypełnienia ceny jednostkowej netto spowodował niewycenienie tej pozycji ze skutkami dla wartości netto, brutto i VAT w wysokości 0.00”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum A. podtrzymało wyjaśnienia z dnia 17 sierpnia 2016 r. W odniesieniu do omawianej pozycji wyjaśnienia były identyczne na etapie przed pierwszym wyborem i po wyroku KIO. Z nieznanymi przyczynami Zamawiający twierdzi, że Odwołujący nie wycenił ww. pozycji w ofercie, co stoi w jaskrawej sprzeczności z dwukrotnie powtarzającymi wyjaśnieniami Odwołującego.

W odniesieniu do „Pomieszczenia sala wybudzeń dla poz. łóżko szpitalne 4 szt.”

Odnosnie przedmiotowej pozycji Odwołujący składał wyjaśnienia przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej, w których wskazał, że w pozycji Łóżko szpitalne nie wpisano żadnej kwoty, gdyż wykonawca w ramach współpracy na szerszą skalę z wybranym dostawcą otrzyma je bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów, w związku z czym jest

w stanie dostarczyć je w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia bez ponoszenia żadnych strat w tym zakresie. Jednocześnie wykonawca potwierdził, iż przedmiotowe pozycje są objęte zaoferowaną ceną ofertową i będą dostarczone w cenie przedstawionej w ofercie.

Konsorcjum A. zostało wezwane do złożenia wyjaśnień co do tej pozycji po wyroku KIO w sprawie KIO 1681/16.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że powód braku wskazania ceny jednostkowej netto został wskazany w wyjaśnieniach z dnia 17.08.2016 r., gdzie wykonawca potwierdził, iż przedmiotowa pozycja jest objęta zaoferowaną ceną ofertową oraz w ramach jakich innych pozycji została skalkulowana jej cena. Nie sposób zatem przyjąć, iż przedmiotowa pozycja jest deficytowa, gdyż jej koszt ujęty jest w pozostałych pozycjach oferowanych wykonawcy przez danego dostawcę, którego oferta została ostatecznie przyjęta do kalkulacji ceny ofertowej, a co więcej wykonawca dodatkowo upewnił się, iż w ramach otrzymanej oferty ta pozycja zostanie także dostarczona zgodnie z dokumentacją postępowania, co jest jednoznaczne z tym, iż jej koszt został ujęty w ofercie cenowej.

Podobnie, jak w pozycji nr 2 powyżej, Zamawiający bezzasadnie nie uwzględnił złożonych wyjaśnień, uznając je za „niespójne i upiększające rzeczywistość”. Odwołujący zauważył, że łóżka szpitalne są przedmiotem dostawy w ramach niniejszego zamówienia w szeregu pozycji - a uzyskanie na skutek większego zamówienia u dostawcy rabaty pozwoliły na uzyskanie dodatkowego łóżka szpitalnego w ramach zaoferowanej przez poddostawcę ceny na zamawiany pakietowo zestaw łóżek, co powoduje, że cena ww. łóżka została skalkulowana i rozbita na ceny analogicznych pozycji w zakresie łóżek szpitalnych w ofercie. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca łóżka nie zaoferował, czy też nie wycenił.

W odniesieniu do „Pom. 0.094 chłodnia na odpady medyczne”.

Zamawiający ani na wcześniejszym etapie postępowania, ani też po wydaniu wyroku KIO w sprawie KIO 1681/16, nie wezwał Konsorcjum A. do wyjaśnień przedmiotowej pozycji. Tym samym odrzucenie oferty za niezgodność z SIWZ, czy też błąd w odniesieniu do ww. pozycji z Formularza zestawienie technologiczne jest przedwczesne i niezasadne. Jeżeli powyższa kwestia budziła wątpliwości Zamawiającego, to winien on skorzystać z procedury wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp). Odrzucenie oferty bez skorzystania z procedury wyjaśnień stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił w odwołaniu, że pozycja „Pom. 0.094 chłodnia na odpady medyczne” została zaoferowana przez jednego z podwykonawców, który złożył kompleksową ofertę także w innych zakresach objętych przedmiotem zamówienia,

w ramach których została ujęta przedmiotowa pozycja. Nie została jednak ona oddzielnie wyszczególniona kosztowo w otrzymanej od podwykonawcy ofercie, a wyodrębnienie jej kosztu przed złożeniem oferty bez wsparcia ze strony owego podwykonawcy, który to ze względu na okres wakacyjny nie był w stanie odnieść się do tego tematu okazało się niemożliwe. Koszt tej pozycji został ujęty w cenie oferty.

Wobec wniesionych odwołań wykonawca W. S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2325/16 po stronie Zamawiającego oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: A.G.B. Sp. z o.o., Sp. k., A. Sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2323/16 oraz KIO 2325/16 także po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 grudnia 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania. Wniósł o oddalenie obu odwołań.

W zakresie odwołania KIO 2323/16 Zamawiający podniósł, że wykonawca W. S.A., jako wykonawca, który złożył ofertę przewyższającą kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Zamawiający wyjaśnił następnie, że wg przedłożonej oferty oraz stosownych wezwań do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty Konsorcjum A. przedstawiło wymagane dokumenty pismem z dnia 19 września 2016 r. i 8 listopada 2016 r., które spełniają wymagania określone w ogłoszeniu i SIWZ. Ponadto, złożone wyjaśnienia zostały podpisane zgodnie z pełnomocnictwem dołączonym do dokumentów, w imieniu Konsorcjum A.. W toku postępowania Zamawiający nie miał wątpliwości co do uzupełnionych dokumentów, w tym referencji i wykazu robót. W uzupełnieniu Konsorcjum A. przedstawiło dodatkowe referencje oraz wykaz zrealizowanych robót w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz zobowiązanie B. Sp. z o.o., że będzie uczestniczyła w realizacji części przedmiotowego zamówienia w charakterze podwykonawcy, i że zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania roboty budowlanej.

W odniesieniu do odwołania KIO 2325/16, Zamawiający wyjaśnił, że pomimo kilkukrotnego wezwania do wyjaśnień, przedstawienia analizy kosztów, Konsorcjum A. twierdzi z uporem, że wszystkie pozycje Zestawienia wyposażenia technologicznego zostały wycenione w ofercie. Ze złożonych dokumentów wprost wynika jednak brak tych wycen. Nie ma żadnych informacji w ofercie, że wyceny te są zawarte w kosztach wyposażenia innych pomieszczeń. Pomimo wezwania z dnia 2 listopada 2016 r. wykonawca nie przedstawił sposobu kalkulacji cenowej w szczególności załącznika Zestawienie wyposażenia technologicznego oraz Podziału wynagrodzenia w zakresie wyceny niektórych pozycji na

0,00. W wyjaśnieniu z dnia 17 listopada 2016 r. wykonawca powtórzył jedynie treść wyjaśnień z dnia 7 sierpnia 2016 r. Niewycenione pozycje mają istotny wpływ na cenę oferty, a ich brak powoduje niemożność porównania oferty Odwołującego z innymi ofertami oraz niemożność skorygowania ww. obliczeń, co skutkuje odrzuceniem oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie wniesione przez wykonawcę W. S.A. (KIO 2323/16) zasługuje na uwzględnienie. Nie zasługuje na uwzględnienie odwołania wniesione przez Konsorcjum A..

Izba stwierdziła, że Odwołujący się wykonawcy wykazali spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, legitymujących ich do wniesienia odwołania. W szczególności na tym etapie postępowania nie można uznać, że brak interesu W. S.A. we wniesieniu odwołania powoduje okoliczność, że cena oferty Odwołującego W. S.A. swoją wysokością przekracza środki Zamawiającego przeznaczone na sfinansowanie zamówienia. Decyzja w zakresie ewentualnej możliwości zwiększenia środków nie została do tej pory podjęta przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego, spełniających warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, zgłoszonych po stronie zamawiającego przez: wykonawcę W. S.A. w sprawie o sygn. akt KIO 2325/16 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: A.G.B. Sp. z o.o., Sp. k., A. Sp. z o.o. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2323/16 oraz KIO 2325/16.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach.

KIO 2323/16

Odwołujący W. S.A. na rozprawie cofnął zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 107 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum A., pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż uzupełnione dokumenty zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną. W związku z powyższym zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu.

W dniu 29 sierpnia 2016 r. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Na tę czynność wpłynęły dwa odwołania, w tym m.in. odwołanie W. S.A. W zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum A. Zamawiający, pismem z dnia 20 września 2016 r., uznał, że nastąpiły uchybienia w postępowaniu Zamawiającego w zakresie określonym w cz. III pkt 2 lit. a i b odwołania, i w konsekwencji uwzględnił zarzuty odwołania wniesionego przez W. S.A. dotyczące oferty Konsorcjum A., zobowiązując się do ponownego badania oferty Konsorcjum A., w tym do wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty.

Zamawiający, w wyniku powtórnego badania i oceny ofert w dniu 30 listopada 2016 r., dokonał wyboru oferty Konsorcjum A. jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum A., pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami pkt 6.2 ppkt 2 SIWZ, w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w odniesieniu do wykonawstwa, Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że:

- w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał co najmniej 3 budynki w tym: 3 użyteczności publicznej i 2 dla służby zdrowia (na podstawie odrębnej umowy lub zlecenia, itp.) o wartości inwestycji powyżej 40.000.000 zł brutto każdy (o powierzchni użytkowej co najmniej 8 000m²), w tym jeden wykonany w systemie zaprojektuj i wybuduj, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, dat i miejsca wykonania z załączeniem dokumentów potwierdzających, że zlecenie zostało wykonane należycie. W celu wykazania spełniania powyższego warunku Zamawiający, zgodnie z pkt 7.1 ppkt 1 i 2 SIWZ, wymagał przedłożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów

dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 10 czerwca 2016 r., Zamawiający sprostował liczbę budynków w ten sposób, że dwa budynki miały być budynkami użyteczności publicznej, a co najmniej jeden budynkiem dla służby zdrowia.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 28 z dnia 10 czerwca 2016 r., Zamawiający wymagał uzyskania przez wykonawcę w ramach zrealizowanych zamówień pozwolenia na użytkowanie wykonanego budynku. Izba w tym zakresie stwierdziła, że wymaganie powyższe dotyczy uzyskania pozwolenia na użytkowanie przez wykonawcę w ramach zrealizowanej umowy. Izba zważyła, że w ramach przedmiotowego postępowania zakres przedmiotu zamówienia obejmuje również powyższą czynność, a zatem uzasadnione jest aby wykonawca posiadał doświadczenie również w tym zakresie. W ocenie Izby, w tym celu Zamawiający sformułował powyższe wymaganie. Okoliczność ta była wykazywana przez wykonawców, co potwierdza powyższą interpretację tego wymogu.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum A. nie potwierdziło posiadania wymaganego doświadczenia w zakresie wykonanych robót budowlanych. W wykazie wykonanych robót załączonym do oferty (str. 270-272 oferty) wykonawca przedstawił w tym zakresie 4 pozycje (od 1 do 4). Dwie pierwsze pozycje wykazu nie były kwestionowane przez Odwołującego w zakresie spełnienia wymogu co do wykonania budynku użyteczności publicznej oraz wykonania budynku w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Wobec wykazania spełnienia warunku w tym zakresie, kwestionowana przez Odwołującego wskazana w pozycji 3 Wykazu - Budowa Hali Widowiskowo -Sportowej przy (...) w T., nie ma znaczenia dla wykazania spełnienia tego warunku. Zatem niekwestionowany przez Konsorcjum A. fakt wynikający z referencji z dnia 19 września 2016 r. oraz informacji z dnia 14 września 2016 r. przedłożonej przez Odwołującego, że to inwestor, a nie wykonawca, uzyskał pozwolenie na użytkowanie budynku w ramach tej inwestycji nie może mieć istotnego znaczenia przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dla wykazania spełnienia przez Konsorcjum A. warunku w zakresie wybudowania 1 budynku dla służby zdrowia istotne znaczenia ma pozycja 4 Wykazu - Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie. Złożone przez wykonawcę w ofercie referencje (str. 327) z dnia 29 października 2015 r. zostały poddane przez Zamawiającego procedurze wyjaśnień w ramach uwzględnienia zarzutów odwołania W. S.A. wniesionego wobec czynności z dnia 29 sierpnia 2016 r. Wyjaśnienia i przedłożone w tej sprawie przez wykonawcę dokumenty potwierdzają,

że w ramach przedmiotu zamówienia wybudowano lądowisko dla śmigłowców, natomiast w zakresie Segmentów LF i PK o powierzchni odpowiednio 134,34 m² oraz 780,52 m² złożone dokumenty zawierają niespójne informacje w szczególności w zakresie, czy była to budowa (informacja Inwestora z dnia 29 października 2015 r.), czy też przebudowa (informacja wykonawcy Chemobudowa z dnia 14 września 2016 r.). Niemniej jednak powierzchnia obu tych budynków jest zbyt mała, aby potwierdzić spełnianie warunku. Pozostałe roboty budowlane dotyczyły przebudowy wewnętrznej, rozbudowy i nadbudowy. Dodatkowo powierzchnia budynków jest mniejsza od wymaganej w warunku. Wśród wskazanych budynków tylko segment B ma powierzchnię ponad 8 000 m². Z załączonych dokumentów wynika jednak, że w ramach Segmentu B wykonawca wykonał jedynie przebudowę wewnętrzną i zabudowę tarasów o powierzchni 1 122,02 m². Z załączonych dokumentów i oświadczeń nie wynika również, jaka jest wartość robót budowlanych dla poszczególnych budynków, gdyż w wykazie robót została wpisana wartość całej inwestycji. Wskazana realizacja, pomimo wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów nie potwierdza zatem spełniania warunku w zakresie budowy polegającej na wykonaniu budynku o powierzchni użytkowej min. 8 000 m² (co potwierdza także informacja Inwestora z dnia 15 września 2016 r.), jak również wymaganej wartości 40 mln zł brutto. Ponadto, z uzupełnionych dokumentów i wyjaśnień wynika, że uzyskanie pozwolenia na użytkowanie nie wchodziło w zakres przedmiotu zamówienia.

W ramach uzupełnienia dokumentów, na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 listopada 2016 r., Konsorcjum A. w dniu 8 listopada 2016 r. złożyło dodatkowo uzupełnienie do wykazu wykonanych robót wraz z referencjami dotyczącymi inwestycji wykonanej przez podmiot B. Sp. z o.o., który udostępnił Konsorcjum A. swoje doświadczenie, składając zobowiązanie w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Uzupełniony wykaz dotyczy realizacji przez ww. podmiot inwestycji „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej”. Z załączonej referencji z dnia 16 grudnia 2015 r. wynika, że zrealizowana budowa dotyczy jedynie I Etapu inwestycji, tj. budynku szpitalnego nr 4, a nie realizacji całego zamówienia.

Z przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie informacji wynika ponadto, iż przedmiotowa inwestycja do dnia dzisiejszego nie została ukończona, a wykonawca w dniu 24 października 2016 r. odstąpił od umowy. Ponadto, z dokumentacji postępowania prowadzonego przez zamawiającego - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. Jana z Dukli, tj. Wzoru Umowy, wynika, że w zakresie budynku nr 4, którego dotyczy referencja, część robót dotycząca budynku nr 4 miała zostać zakończona dopiero w Etapie III, tj. do dnia 30.11.2016. W tym też terminie wykonawca miał uzyskać pozwolenie na użytkowanie, zatem uzyskane po Etapie I pozwolenie na użytkowanie mogło mieć charakter czasowy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, że zgodnie z §1 ust. 5

rozporządzenia w sprawie dokumentów, „w razie konieczności; szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2, 3 oraz ust 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.”

Okoliczność, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do m.in. faktu wykonania inwestycji do dnia dzisiejszego, które nie zostały jednoznacznie wyjaśnione w ramach przedłożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum A. w ramach uzupełnienia referencji, wymaga dalszego wyjaśnienia. W tym zakresie Zamawiający winien zwrócić się do ww. zamawiającego, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, o przedłożenie dodatkowych i jednoznacznych informacji dotyczących tej inwestycji, tj. w szczególności co do wykonania przez Konsorcjum B. w całości konstrukcji budynku nr 4 w ramach realizacji zamówienia „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej” oraz co do faktu ukończenia inwestycja w zakresie tego budynku z uzyskaniem przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający bezpodstawnie uznał w oparciu o przedłożone przez Konsorcjum A. dokumenty, że wykonawca wykazał spełnienie warunku, czym naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz §1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) poprzez zaniechanie czynności jednoznacznego wyjaśnienia wątpliwości we wskazanym powyżej zakresie.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum A., pomimo że zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia udzielone przez B. sp. z o.o. nie ma charakteru realnego, a w konsekwencji wykonawca nie udowodnił, że będzie faktycznie dysponował ww. zasobami.

Złożone przez Konsorcjum A. w ramach uzupełnienia dokumentów zobowiązanie firmy B. Sp. z o.o. do udostępnienia wykonawcy jego zasobów nie potwierdza, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych, poprzez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy

w zakresie usług, ma charakter realny i nie budzi wątpliwości. W zobowiązaniu nie wskazano jakie usługi będą świadczone przez ten podmiot na rzecz Konsorcjum A.. W związku z powyższym wskazany dokument zobowiązania powinien podlegać wyjaśnieniu w zakresie udziału firmy B. Sp. z o.o. w realizacji zamówienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Konsorcjum A. w oparciu o złożone w ofercie i uzupełnione dokumenty nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tj. nie wykazało doświadczenia w wykonaniu budynku dla służby zdrowia o wartości inwestycji powyżej 40.000.000 zł brutto i o powierzchni użytkowej co najmniej 8 000m², dla której wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp uznając, że warunek udziału w postępowaniu został wykazany. Jednak wykluczenie wykonawcy z postępowania na tym etapie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp należy uznać za przedwczesne, gdyż złożone w ramach uzupełnienia dokumenty mogą podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp i §1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Izba wskazuje zarazem, że w omawianym zakresie dokumenty nie mogą podlegać dalszemu uzupełnieniu, ze względu na wyczerpanie procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

Stwierdzone w tej sprawie naruszenie przepisów stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 i i ust. 3 pkt 1 Pzp, jako naruszenie które może mieć wpływ na wyniki postępowania.

KIO 2325/16

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum A., jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie kwestionował faktu, że w niniejszym postępowaniu postanowienia SIWZ i wzoru umowy wskazują, że cena za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy i składa się z sumy cen ryczałtowych za poszczególne pozycje ujęte w Formularzu ofertowym, tj. a) ryczałtowej wartości wykonania dokumentacji projektowej; b) ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych; c) ryczałtowej wartości wyposażenia medycznego i d) ryczałtowej wartości wynagrodzenia niemedyceznego. Fakt ten nie był sporny również w czasie rozprawy przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1681/16.

Wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty wypełnione tabele: „Podział wynagrodzenia na usługi projektowe, roboty budowlane i instalacyjne”, „Podział wynagrodzenia na opracowanie dokumentacji projektowej” i „Zestawienie wyposażenia technologicznego”, przenosząc obliczone wartości pomiędzy poszczególnymi tabelami oraz

formularzem oferty.

Cenę oferty należało ustalić wg wskazówek zawartych w SIWZ. W pkt 14 SIWZ Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny. Wskazał, że cena oferty jest ceną ryczałtową, jednak zgodnie z pkt 14.3 cenę oferty należało wpisać do Formularza oferty z podaniem podziału na poszczególne elementy. Zgodnie z pkt 14.4, cenę oferty należało obliczyć wg. Załączników do SIWZ, tj. Popr Zestawienie wyposażenia technologicznego, Podział wynagrodzenia na roboty budowlane i instalacyjne, Podział wynagrodzenia na opracowanie dok. projekt., Poliklinika-ZZK Ostat 2 Wyp Przedmiar, Poliklinika specyfikacja sprzętu STW. Zamawiający zawarł w tym miejscu uwagę, że do oferty nie należy wliczać cen urządzeń opisanych i oznaczonych na czerwono – procedura przetargowa nie dotyczy tego urządzenia. Wskazane załącznik należało wypełnić i załączyć do oferty.

Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1681/16, że: „zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty”. Temu badaniu miało służyć nakazane przez Izbę wezwanie Konsorcjum A. do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie pozycji zawartych w Zestawieniu wyposażenia technologicznego, które budziły wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający miał obowiązek „zbadań wewnętrznej spójności i poprawności zadeklarowanych elementów przedmiotu oferty (pozycji w tabelach) oraz dokonanych obliczeń” w zakresie pozycji wymienionych w niniejszym odwołaniu. Wyrokiem z dnia 23 września 2016 r. (KIO 1681/16) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Konsorcjum A. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 sierpnia 2016 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w zakresie badania oferty Konsorcjum A..

Jak wynika z treści złożonego Zestawienia wyposażenia technologicznego złożonego w ofercie, Odwołujący, Konsorcjum A. nie zawarł w tym formularzu wyceny w następujących pozycjach:

- pom.0.0232 CallCenter,
- pom. 0.063 sala dializ + izolatka + stacja uzdatniania wody+ komplet wyposażenia wg PFU;
- w pom. sala wybudzeń dla pozycji łóżko szpitalne 4szt.;
- w pom. 0.094. Chłodnia na odpady medyczne,

W powyższych pozycjach wykonawca wskazał wartość 0,00.

Zamawiający w dniu 02 listopada 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, natomiast pismem z dnia 16 listopada 2016 r. zawiadomił Odwołującego o poprawieniu omyłek, zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Dnia 21 listopada 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę dodatkowo do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów oraz treści złożonej oferty.

Wezwania do wyjaśnień z dnia 2 listopada 2016 r. obejmowało wiele pozycji jednak nie dotyczyło wszystkich pozycji, do których odnosił się wyrok KIO, tj. poz. 4 zawartej w odwołaniu.

Konsorcjum A., w odpowiedzi na ww. wezwania złożyło wyjaśnienia pismem z dnia 7 listopada 2016 r., wskazując, że pozostaje w gotowości do udzielania dalszych wyjaśnień. Wykonawca podtrzymał wyjaśnienia, jakie zostały złożone już uprzednio w dniu 17 sierpnia 2016 r. (pismem z dnia 16 sierpnia 2016 r.) na wezwanie z dnia 10 sierpnia 2016 r., nie przedstawiając nowych lub uszczegółowionych informacji w zakresie wyceny powyższych pozycji. Odwołujący potwierdził na rozprawie, że składał wyjaśnienia w odniesieniu do trzech pierwszych pozycji wymienionych w odwołaniu, a tylko w zakresie pozycji 4 nie był w ogóle wzywany do złożenia wyjaśnień.

Wyjaśnienia złożone zarówno przed pierwszym wyborem, jak i w wyniku ponowionego wezwania zawierają dokładnie takie samo uzasadnienie braku wskazania kwot wartości i cen jednostkowych (w tym VAT) w dwóch pierwszych wskazanych pozycjach. Odwołujący potwierdził ujęcie wszystkich pozycji w wycenie oferty, wskazując inne pozycje formularza, w których koszt tych pozycji został zawarty. Wykonawca powoływał się na okoliczność, że zakres poszczególnych pozycji został zaoferowany przez jednego z dostawców w komplecie z wieloma innymi zaoferowanymi przez niego zakresami składającymi się na przedmiot inwestycji, jednak nie został on osobno wyszczególniony w ofercie dla Odwołującego. Ze względu na okres wakacyjny w odpowiedzi na prośbę Odwołującego o uszczegółowienie oferty w zakresie ceny przedmiotowej pozycji dostawca był w stanie jedynie potwierdzić, iż jego oferta, którą wykonawca przyjął do swojej wyceny obejmuje także zakres przedmiotowej pozycji. W zaistniałej sytuacji wyszczególnienie dodatkowej kwoty w tym zakresie stanowiłoby powielenie kosztu danej składowej ceny ofertowej. Odwołujący potwierdził, że przedmiotowe pozycje są objęte zaoferowaną ceną ofertową i będą dostarczone w cenie przedstawionej w ofercie. Odwołujący A. potwierdził to stanowisko również na rozprawie.

W odniesieniu do „Pomieszczenia sala wybudzeń dla poz. łożko szpitalne 4 szt” w wyjaśnieniach z dnia 17 sierpnia 2016 r. Odwołujący wskazał, że nie wpisał żadnej kwoty, gdyż w ramach współpracy na szerszą skalę z wybranym dostawcą otrzyma łożko szpitalne bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów, w związku z czym jest w stanie dostarczyć je w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia bez ponoszenia żadnych strat w tym zakresie. Na ponowne wezwane do złożenia wyjaśnień Konsorcjum A. powtórzyło treść wyjaśnień złożonych w dniu 17 sierpnia 2016 r.

W zakresie „pom. 0.094 chłodnia na odpady medyczne” Odwołujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień. W odniesieniu do tej pozycji Odwołujący w odwołaniu przedstawił

identyczne wyjaśnienie w zakresie braku podania wyceny jednostkowej, podatku VAT oraz wartości brutto tej pozycji, jak w przypadku poz. 1 i 2 (w odwołaniu).

Biorąc pod uwagę złożone przez Konsorcjum A. wyjaśnienia dotyczące braku wyceny w formularzu Zestawienie wyposażenia technologicznego czterech wskazanych w odwołaniu pozycji, należało uznać, że treść oferty Konsorcjum A. jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W pozycjach: „pom.0.0232 CallCenter”, „pom. 0.063 sala dializ + izolatka + stacja uzdatniania wody+ komplet wyposażenia wg PFU”, „pom. sala wybudzeń – poz. łóżko szpitalne 4szt.”, „pom. 0.094. Chłodnia na odpady medyczne” Odwołujący nie podał wymaganej kwoty jednostkowej, stawki podatku VAT oraz wartości netto i brutto, wskazując wartość 0,00. Odwołujący w wyjaśnieniach nie wskazał, jaka wartość została ujęta w innych pozycjach formularza, ani w jaki sposób została podzielona pomiędzy te pozycje. Odwołujący (pomimo, że minął okres wakacyjny), nie przedstawił żadnej informacji pochodzącej od dostawcy na temat sposobu wyceny wskazanych elementów oraz odpowiednich wartości niewycenionych w formularzu pozycji.

Powyższe wskazuje, że złożone przez Konsorcjum A. wyjaśnienia są niewiarygodne, a tym samym brak jest podstaw, by uznać, że wykonawca uwzględnił w cenie oferty wymagane elementów. Ponadto, niewypełnienie czterech wskazanych pozycji stanowi niezgodność z SIWZ, której nie można poprawić w oparciu o złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawa tych pozycji, poprzez wstawienie odpowiednich wartości (ujętej z innych pozycji) nie jest możliwa, gdyż z treści oferty nie wynika stosowna wartość, którą można uzupełnić, a ponadto sam wykonawca nie jest w stanie wskazać tej wartości.

Podkreślić należy, że pomimo, że cena oferty jest ceną ryczałtową, to podstawą do jej wyliczenia są wymienione w SIWZ załączniki, wymagające odrębnej wyceny, w tym m.in. Zestawienie Wyposażenia Technologicznego, które dotyczy dostaw. Dane wymagane w tym załączniku mają istotne znaczenie dla Zamawiającego, gdyż dotyczą wyposażenia, które w dużej części jest uznawane za środki trwałe i podlega amortyzacji oddzielnie niż roboty budowlane związane z podstawową częścią przedmiotu zamówienia. Z tego względu brak wyceny części pozycji należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegającą na nieuwzględnieniu w ofercie odpowiednich elementów.

W odniesieniu do pozycji pom. 0.094 chłodnia na odpady medyczne niezaprzeczalnie Zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 Pzp, uniemożliwiając wykonawcy wyjaśnienie tej pozycji. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Odwołujący w odwołaniu przedstawił identyczne wyjaśnienie dotyczące tej pozycji, jak w przypadku poz. 1 i 2 (w odwołaniu) w zakresie braku podania wyceny jednostkowej, podatku VAT oraz wartości brutto tej pozycji oraz

uwzględniając ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w pozostałych pozycjach, dokonaną przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego, naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż niezależnie od tego naruszenia oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Nie potwierdził się, zdaniem Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez przyjęcie, że w ofercie Konsorcjum A. występuje błąd w obliczeniu ceny z uwagi na nieujęcie w wycenie oferty wymienionych w odwołaniu czterech pozycji w formularzu Zestawienie wyposażenia technologicznego. Niezgodność w tym zakresie z postanowieniami SIWZ pkt 14, co do sposobu obliczenia ceny oferty, polega na braku wyceny czterech pozycji w formularzu, które mają istotne znaczenie w tym postępowaniu. Wskazany formularz powinien być w całości wyceniony, a wynikająca z niego wartość całkowita wynikająca ze zsumowania wszystkich pozycji – uwzględniona w cenie oferty. Odwołujący nie wykazał, że wartość ta obejmuje wszystkie pozycje formularza.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum A., jako konsekwencja stwierdzenia, że odwołanie w zakresie oceny czynności odrzucenia oferty Odwołującego (Konsorcjum A.) nie podlegały uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz § 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),
stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: