

KANCELARIA RADCOWSKA

E.Guzowska, K.J.Kawecki i S-ka



SPÓŁKA KOMANDYTOWA

Warszawa, dnia 09 grudnia 2016 roku

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa**

Odwołujący:

reprezentowana przez:

ERBUD Spółka Akcyjna
ul. Franciszka Klimczaka 1
02 – 797 Warszawa

r. pr. Wojciecha Ryczana

adres do doręczeń:

*Kancelaria Radcowska E. Guzowska
K.J. Kawecki i S-ka Sp. K.*

ul. Ogrodowa 37, 00 - 873 Warszawa

tel.: 22 654 74 54

fax: 22 624 17 96

e – mail: wryczan@kgk.com.pl

(adres do korespondencji)

Zamawiający:

**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki
Zdrowotnej „REPTY” Górnośląskie
Centrum Rehabilitacji im. gen. Jerzego
Ziętka**

ul. Śniadeckiego 1

42 - 604 Tarnowskie Góry

faks: (32) 39-01-353, (32) 39-01-206

e-mail: zamowieniapubliczne@repty.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w celu udzielenia zamówienia publicznego oznaczonego jako „Rozbudowa SP ZOZ „REPTY” Górnośląskiego Centrum Rehabilitacji im. gen. Jerzego Ziętka w Tarnowskich Górach w systemie zaprojektuj i wybuduj wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego”. Znak sprawy: GCR/15/ZP/2016.

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Wykonawcy ERBUD Spółka Akcyjna (zwanego dalej również „Odwołujący” - pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy WARBUD S.A., dokonanej pismem Zamawiającego z dnia 29 listopada 2016 r. (znak: DA-AZP-

- 380-6/183/16);
- 2) zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy WARBUD S.A. z prowadzonego postępowania przetargowego.
- II. Odwołujący uzyskał informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynnościach i zaniechaniach czynności przez Zamawiającego **w dniu 29 listopada 2016 r.** W związku z tym niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.
- III. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego, a tym samym Zamawiającemu zarzuca się:
- 1) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy WARBUD S.A., dokonanej pismem Zamawiającego z dnia 29 listopada 2016 r. (znak: DA-AZP-380-6/183/16):
 - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy WARBUD S.A. kwalifikującego się do wykluczenia z prowadzonego postępowania przetargowego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego;
 - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy WARBUD S.A. kwalifikującego się do wykluczenia z prowadzonego postępowania przetargowego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w prowadzonym postępowaniu przetargowym;
 - 2) w odniesieniu do zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy WARBUD S.A. z prowadzonego postępowania przetargowego:
 - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez przyjęcie, że Wykonawca WARBUD S.A. nie złożył w prowadzonym postępowaniu przetargowym nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego i w konsekwencji przyjęcie, że Wykonawca WARBUD S.A. nie kwalifikuje się do wykluczenia z prowadzonego postępowania przetargowego;
 - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez przyjęcie, że Wykonawca WARBUD S.A. wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji przyjęcie, że Wykonawca WARBUD S.A. nie kwalifikuje się do wykluczenia z prowadzonego postępowania przetargowego, ewentualnie, z ostrożności, naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy WARBUD S.A. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów.
- IV. Mając na uwadze powyższe, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i:
- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy WARBUD S.A., dokonanej pismem Zamawiającego z dnia 29 listopada 2016 r. (znak: DA-AZP-380-6/183/16);
 - 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy WARBUD S.A. z prowadzonego postępowania przetargowego;
 - 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia prowadzonego postępowania przetargowego.
- V. Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym m.in. kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

- VI. Odwołujący jest Wykonawcą, który jest zainteresowany realizacją robót, prac i czynności objętych przedmiotem prowadzonego zamówienia publicznego. Odwołujący został jednak ze wskazanego postępowania przetargowego wykluczony. W związku z tym Odwołujący ma interes w unieważnieniu prowadzonego postępowania przetargowego, albowiem pozwoliłoby to Odwołującemu na złożenie oferty w nowym postępowaniu przetargowym, które w takiej sytuacji ogłosiłby i prowadził Zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że interes we wniesieniu odwołania należy rozumieć szeroko, np. w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 870/09 wskazując, że *„Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w szerokim rozumieniu, ponieważ wskazując na ewentualne wady postępowania, dąży do doprowadzenia go do zgodności z przepisami.”*. Dodatkowo podnieść należy, że w sytuacji, kiedy zachodzą okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania przetargowego, wykonawca (Odwołujący) ma w dalszym ciągu co najmniej potencjalne szanse na uzyskanie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu przetargowym, uzyskuje formalnie status wykonawcy i w konsekwencji ma prawo do ochrony jego praw i interesów, w tym także do weryfikacji niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego, także jeżeli prowadzi to do unieważnienia postępowania. Sytuacja taka umożliwi bowiem wykonawcy uzyskanie wskazanego zamówienia w nowym, niewadliwym postępowaniu. We wskazanej kwestii wypowiedała się również KIO, np. w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 grudnia 2011 r. wskazując, że *„(...) Izba opowiada się za szerokim rozumieniem interesu (faktycznego i prawnego) we wniesieniu odwołania, co wyraża się m.in. w przyjęciu, iż w świetle art. 179 ust. 1 ZamPublU wykonawca jest uprawniony, aby domagać się unieważnienia postępowania, co umożliwi mu ubieganie się o udzielenie zamówienia w kolejnym postępowaniu (o ile zostanie wszczęte)”*.

Kontynuując wskazać należy, że nie może budzić wątpliwości, iż kwestionowane w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego skutkują dla Odwołującego co najmniej hipotetyczną szkodą, w postaci m.in. utraty możliwości realizacji robót, prac i czynności objętych przedmiotem wskazanego zamówienia, a także utraty możliwości uzyskania zysku wynikającego z realizacji wskazanych robót, prac i czynności. Na to, że szkoda uzasadniająca wniesienie odwołania może mieć charakter hipotetyczny, wielokrotnie zwracała uwagę KIO, m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 01 lipca 2015 r. w sprawie KIO 1283/15 wskazując, że *„Szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny.”*. Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie KIO 127/16 wskazała, że *„Przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) stanowi nie tylko o poniesionej szkodzie, ale także o zagrożeniu taką szkodą.”*.

Dla oceny niniejszej sprawy istotnym jest również to, że Wykonawca WARBUD S.A. kwalifikuje się do wykluczenia z prowadzonego postępowania przetargowego. Nie do pogodzenia z zasadami prawidłowego prowadzenia postępowań przetargowych byłoby natomiast to, że wskazany Wykonawca WARBUD S.A. nie zostałby wykluczony z postępowania przetargowego wyłącznie dlatego, że inni potencjalni wykonawcy zostali wykluczeni lub ich oferty zostały odrzucone.

Powyższe okoliczności stanowią wystarczające przesłanki do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP.

VII. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 r. (Znak: (znak: DA-AZP-380-6/183/16) poinformował o wybraniu jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy WARBUD S.A. Spółka WARBUD S.A. powinna zostać jednak ze wskazanego postępowania przetargowego wykluczona. W konsekwencji powyższe rozstrzygnięcia są niezgodne z przepisami prawa i jako takie nie zasługują na aprobatę.

I. Co do zasadności wykluczenia Wykonawcy WARBUD S.A.

A.

Wykonawca WARBUD S.A., celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami o odpowiedniej wiedzy i doświadczeniu do pełnienia funkcji w trakcie realizacji inwestycji (wskazanymi w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” sporządzonym wg Załącznika Nr 11 do SIWZ), jako inwestycję referencyjną dla osób przewidzianych do funkcji projektant w specjalności architektonicznej (pkt X.1.3.1. ppkt 1 SIWZ) i projektant w specjalności konstrukcyjno – budowlanej (pkt X.1.3.1. ppkt 2 SIWZ) wskazał inwestycję oznaczoną jako „Budowa Ośrodka Radioterapii dla Szpitala Specjalistycznego im. L.Rydygiera w Krakowie”. Jak się okazało w trakcie weryfikacji, wskazana powyżej inwestycja referencyjna posiada powierzchnię użytkową faktycznie znacznie mniejszą niż 5.500 m² wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. W konsekwencji wskazana inwestycja nie powinna być wskazywana jako inwestycja referencyjna dla osób przewidzianych do pełnienia wyżej wymienionych funkcji, a ponadto inwestycja ta nie może być uznana za potwierdzającą spełnienie wymagań stawianych przez Zamawiającego.

Po ujawnieniu wskazanych uchybień, Wykonawca WARBUD S.A. przedstawił nowy „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, a także zaczął marginalizować uchybienia dotyczące wcześniej przedłożonego przez niego wykazu. Wskazanie uchybienia dotyczące różnic w powierzchni użytkowej Wykonawca WARBUD S.A. zaczął przedstawiać jako wynikające z różnic w dokumentacji, a uchybienia dot. wskazania okresu czasu realizacji wymienionej inwestycji Wykonawca WARBUD S.A. zaczął przedstawiać jako omyłki. Takie działania Wykonawcy WARBUD S.A. nie zasługują na aprobatę. **Wskazane informacje złożone przez Wykonawcę WARBUD S.A. stanowią bowiem nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego.**

B.

Podobnie do opisanej powyżej wygląda sytuacja w kwestii wykazywania przez Wykonawcę WARBUD S.A. spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt X.1.2.1. ppkt a) SIWZ. Zgodnie ze wskazanym postanowieniem SIWZ, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, że w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu projektu budowlanego m.in. dla budowy budynku szpitalnego, **w którym wykonywana jest działalność lecznicza, lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielne stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne.**

Celem spełnienia wskazanych powyżej wymagań Zamawiającego Wykonawca WARBUD S.A. przedstawił jako inwestycję referencyjną inwestycję oznaczoną jako „Budowa Regionalnego Zintegrowanego Centrum Zabiegowego z zapleczem łóżkowym i diagnostycznym zlokalizowanego na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im.

Wojskowej Akademii Medycznej – Centralny Szpital Weteranów w Łodzi przy ul. Żeromskiego 113”, realizowaną przez SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi jako inwestora/zamawiającego. Według informacji przedstawionych przez Wykonawcę WARBUD S.A., decyzja o pozwoleniu na użytkowanie w odniesieniu do wskazanej inwestycji wydana została w dniu 23 marca 2015 r. **Podkreślić jednak należy, że na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym wskazana inwestycja nie była zrealizowana w sposób pozwalający przedstawić ją jako inwestycję referencyjną w niniejszym postępowaniu przetargowym. W budynku przewidzianym do wykonania w ramach tej inwestycji referencyjnej nie była bowiem w tym czasie wykonywana ani działalność lecznicza ani też nie były w nim udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne. Co więcej, wskazana inwestycja do chwili obecnej nawet nie została zrealizowana. Skoro zaś wskazana inwestycja w ogóle nie została zrealizowana, to nie sposób przyjąć, że obejmuje ona budowę budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne. Do tego bowiem, aby mówić o wykonywaniu jakiegokolwiek działalności w budynku, najpierw musi zostać wykonany wskazany budynek.**

C.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że Wykonawca WARBUD S.A. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego. Nie budzi bowiem wątpliwości, że gdyby Wykonawca WARBUD S.A. nie złożył wskazanych nieprawdziwych informacji, to Zamawiający nie przyjąłby, że wskazany Wykonawca spełnia ww. wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ.

Wskazać w tym miejscu należy, że zgodnie z aktualnym orzecnictwem dotyczącym art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego, skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania przetargowego, może być wynikiem zarówno działania wykonawcy z zamiarem podania tych nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd, jak i może nastąpić w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Jasno w tej kwestii wypowiedziała się KIO m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 maja 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 673/16, wskazując, że na gruncie wskazanej regulacji wymagany jest m.in., aby wykonawca „(...) działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub **nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.**” Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1425/15) wskazała, że „**Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji obejmuje także podanie informacji (...) na skutek (...) niedbalstwa.**” Powyższe oznacza w praktyce, że podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego, skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego, może nastąpić również w wyniku niedbalstwa wykonawcy, czyli w sposób nieumyślny ze strony wskazanego wykonawcy.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, że Wykonawca WARBUD S.A., przedkładając wraz z ofertą „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (sporządzony z zastosowaniem Załącznika Nr 11 do SIWZ), przedstawił w tym wykazie dla kandydata na projektanta w specjalności architektonicznej Pana Jana Kraśnickiego i dla kandydata na projektanta w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, powołując w odniesieniu do nich jako inwestycję referencyjną

„Budowę Ośrodka Radioterapii dla Szpitala Specjalistycznego im. L. Rydygiera w Krakowie”, zawyżoną powierzchnię użytkową wskazanej inwestycji i nieprawidłowe daty realizacji tej inwestycji. Następnie Wykonawca WARBUD S.A. wskazane dane częściowo modyfikował przyznając się przy tym do „omyłki” w wykazie przedłożonym wraz z ofertą. Mając jednak na uwadze powołane powyżej orzecznictwo stwierdzić należy, że niezależnie od okoliczności podania przez Wykonawcę WARBUD S.A. dla Zamawiającego wskazanych nieprawdziwych informacji, zostały one podane przez Wykonawcę WARBUD S.A. Zamawiającemu co najmniej w wyniku niedbalstwa pracowników/współpracowników WARBUD S.A., za uchybienia których w postępowaniu przetargowym pełną odpowiedzialność ponosi WARBUD S.A. **Nie budzi przy tym wątpliwości, że wskazane nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego, albowiem decydowały o przyjęciu, że Wykonawca WARBUD S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu.**

Analogiczne do powyższych wnioski występują również w kwestii opisanych w niniejszym piśmie uchybień popełnionych przez Zamawiającego w odniesieniu do wykazywania spełnienia przez Wykonawcę WARBUD S.A. warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt X.1.2.1. ppkt a) SIWZ. Wykonawca WARBUD S.A. podał bowiem w tym przypadku jako inwestycję referencyjną inwestycję, która nawet nie została zrealizowana. W konsekwencji wskazana inwestycja nie może być uznana za potwierdzającą spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. Aktualne przy tym pozostają przedstawione w niniejszym piśmie wywody i orzecznictwo w przedmiocie tego, że na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP uzasadniającym wykluczenie wykonawcy z postępowania przetargowego jest podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego, które to podanie nieprawdziwych informacji może być wynikiem zarówno działania wykonawcy z zamiarem podania tych nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd, jak i może nastąpić w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Mówiąc zatem wprost także nieumyślne podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego uzasadnia wykluczenie wskazanego wykonawcy z postępowania przetargowego zgodnie ze wskazaną regulacją prawną. Podkreślić przy tym należy, że negatywne konsekwencje uchybień pracowników/współpracowników wykonawcy we wskazanej kwestii ponosi ten wykonawca. Nie może również budzić wątpliwości, że także w tym przypadku kwestia podania nieprawdziwych informacji dotyczy informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego.

Podsumowując powyższe, w niniejszym postępowaniu przetargowym zachodzą przesłanki uzasadniające wykluczenie Wykonawcy WARBUD S.A. z tego postępowania przetargowego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego.

II. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu

Wykonawca WARBUD S.A. złożył nieprawdziwe informacje w zakresie wykazania spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, a także w zakresie obowiązku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o doświadczeniu wymaganym przez Zamawiającego

Powyższe oznacza także, że Wykonawca WARBUD S.A. wskazanych warunków udziału w postępowaniu w ogóle nie spełnia.

A.

Wykonawca WARBUD S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych wiedzy i doświadczenia, wskazanych w pkt X.1.2.1. ppkt a) SIWZ. Zgodnie z tym warunkiem, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, że w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu projektu budowlanego:

- dla budowy budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza, lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne;
- o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5.500 m²;
- zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę.

Celem wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca WARBUD S.A. wskazał inwestycję oznaczoną jako „Budowa Regionalnego Zintegrowanego Centrum Zabiegowego z zapleczem łóżkowym i diagnostycznym zlokalizowanego na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Wojskowej Akademii Medycznej – Centralny Szpital Weteranów w Łodzi przy ul. Żeromskiego 113”, realizowaną przez SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi jako inwestora/zamawiającego. Decyzja o pozwoleniu na budowę wg informacji udzielonych przez Wykonawcę WARBUD S.A. została w odniesieniu do tej inwestycji wydana w dniu 23 marca 2015 r. Podkreślić jednak należy, że na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym wskazana inwestycja nie była zrealizowana w sposób pozwalający przedstawić ją jako inwestycję referencyjną w niniejszym postępowaniu przetargowym, albowiem w budynku przewidzianym do wykonania w ramach tej inwestycji referencyjnej nie była w tym czasie wykonywana działalność lecznicza. Co więcej, wskazany powyżej inwestor (SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi) w 2016 r. ogłosił co do wskazanego powyżej obiektu referencyjnego kolejne postępowanie przetargowe, oznaczone jako „*Opracowanie projektowe podziału dokumentacji związanej z realizacją budowy Regionalnego Zintegrowanego Centrum Zabiegowego z zapleczem łóżkowym i diagnostycznym wraz z zaprojektowaniem całodobowego lądowiska dla śmigłowców (helikopterów) na dachu zaprojektowanego budynku oraz opracowaniem dwóch Studiów Wykonalności*”. W odniesieniu do tej inwestycji referencyjnej w rzeczywistości do chwili obecnej nie rozpoczęły się praktycznie żadne roboty.

W powyższych okolicznościach nie sposób przyjąć, aby wskazana przez Wykonawcę WARBUD S.A. inwestycja referencyjna została w ogóle zrealizowana. W konsekwencji, tym bardziej nie można przyjąć, aby wymieniona inwestycja mogła być uznana za usługę polegającą na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne (tj. odpowiadającą pkt X.1.2.1. ppkt a) SIWZ). Skoro bowiem wskazana inwestycja w ogóle nie została zrealizowana, to tym bardziej nie sposób przyjąć, że obejmuje ona budowę budynku szpitalnego, w którym

wykonywana jest działalność lecznicza lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne. Do tego bowiem, aby mówić o wykonywaniu jakiegokolwiek działalności w budynku, najpierw musi zostać wykonany budynek.

Mając na uwadze, że Wykonawca WARBUD S.A. był już w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu wzywany do uzupełnienia dokumentów i takiego uzupełnienia dokonał, tym samym brak jest podstaw do ponownego wezwania, a Wykonawca ten podlegać powinien wykluczeniu z postępowania z uwagi na niepełnienia ww. warunku.

B.

Wykonawca WARBUD S.A. nie wykazał również spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie z pkt 1.3.1. ppkt 1 lit. d) SIWZ, w odniesieniu do projektanta w specjalności architektonicznej wymagane jest, aby była to osoba, która zrealizowała wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę co najmniej dwa projekty architektoniczne dla budowy budynków o powierzchni użytkowej co najmniej 5.500 m² każdy, w tym co najmniej jeden projekt budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza oraz co najmniej jeden projekt budynku wielokondygnacyjnego znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków. Zgodnie zaś z pkt 1.3.1. ppkt 2 lit. d) SIWZ, w odniesieniu do projektanta w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wymagane jest, aby była to osoba, która zrealizowała wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę co najmniej dwa projekty konstrukcyjno - budowlane dla budowy budynków użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej co najmniej 5.500 m² każdy, w tym co najmniej jeden projekt budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza.

Spółka WARBUD S.A., celem wykazania, że osoby zgłoszone przez nią do pełnienia ww. funkcji posiadają wymagane doświadczenie, powołała się na realizację inwestycji oznaczonej jako „Budowa Ośrodka Radioterapii dla Szpitala Specjalistycznego im. L.Rydygiera w Krakowie”. Tymczasem Zamawiający zwrócił się do podmiotu będącego inwestorem dla wskazanej inwestycji referencyjnej, który to podmiot jednoznacznie wskazał, że ww. inwestycja referencyjna posiada powierzchnię użytkową faktycznie znacznie mniejszą niż wymagane przez Zamawiającego 5.500 m². Po otrzymaniu takiej informacji Zamawiający wystosował do Wykonawcy WARBUD S.A. wezwanie z dnia 11 października 2016 r., w którym wezwał Wykonawcę WARBUD S.A. do złożenia prawidłowego Załącznika Nr 11 do SIWZ („Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”) w zakresie błędu dotyczącego osoby wskazanej pod numerem 1 - projektanta w specjalności architektonicznej Pana Jana Kraśnickiego. W odpowiedzi na wskazane wezwanie Zamawiającego Wykonawca WARBUD S.A. przedstawił poprawiony w jego ocenie „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (sporządzony z zastosowaniem Załącznika Nr 11 do SIWZ), w którym oprócz nowych inwestycji referencyjnych dla Pana Jana Kraśnickiego Wykonawca WARBUD S.A. wskazał nową osobę jako potencjalnego projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej - Pana Marka Salaka.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający pismem z dnia 11 października 2016 r. nie wzywał Wykonawcy WARBUD S.A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP

w zakresie osoby wskazanej pod numerem 2 Wykazu Osób - projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Tymczasem Wykonawca w tym zakresie dokonał samodzielnego uzupełnienia Załącznika Nr 11 (Wykaz Osób) poprzez zamianę dotychczas widniejącego w tym wykazie projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – Pana Jerzego Bochenka legitymującego się doświadczeniem (jako członek zespołu projektowego) przy projektowaniu inwestycji oznaczonej jako „Budowa Ośrodka Radioterapii dla Szpitala Specjalistycznego im. L.Rydygiera w Krakowie, na projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – Pana Marka Salaka.

Samodzielne przedłożenie przez wykonawcę dokumentów, bez odrębnego wezwania przez zamawiającego, nie może być traktowane jako uzupełnienie dokumentów. Po terminie składania ofert uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP może zostać dokonane jedynie w ściśle określonych sytuacjach i w ściśle określonym trybie opisanym w art. 26 ust. 3 PZP, tj. na żądanie zamawiającego. Przyjęcie, jako uzupełnienie oferty, dokumentów przedłożonych mimo braku wezwania do ich przedłożenia prowadzi w sposób niedopuszczalny przepisami ustawy do negocjacji w tym zakresie pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, co nie może być skuteczne z uwagi na treść art. 87 ust. 1 PZP. W wyroku z dnia 28 lipca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1521/11) Izba wskazała, że „samodzielne uzupełnianie przez wykonawców dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) nie poprzedzone wezwaniem zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne.”. Jeśli więc uzupełnienie dokumentów w zakresie pkt 2 Wykazu Osób (projektant specjalności konstrukcyjno-budowlanej) nie było skuteczne, to wskazany przez Wykonawcę w Wykazie Osób złożonym wraz z ofertą projektant w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – Pan Jerzy Bochenek, nie posiada doświadczenia wymaganego w pkt 1.3.1. ppkt 2 lit. d) SIWZ, tj. w odniesieniu do projektanta w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wymagane jest, aby była to osoba, która zrealizowała wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę co najmniej dwa projekty konstrukcyjno - budowlane dla budowy budynków użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej co najmniej 5.500 m² każdy, w tym co najmniej jeden projekt budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza.

Tymczasem powierzchnia użytkowa dla inwestycji oznaczonej jako „Budowa Ośrodka Radioterapii dla Szpitala Specjalistycznego im. L.Rydygiera w Krakowie, przy której projektowaniu uczestniczył Pan Jerzy Bochenek, jest mniejsza niż wymagane przez Zamawiającego 5.500 m², albowiem zgodnie z decyzją Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Krakowie Nr 737/13 z dnia 20 listopada 2013 r. wynosi 3 363,86m².

Wskazana inwestycja została również przywołana przez Wykonawcę WARBUD S.A. w celu wykazania spełnienia warunku z pkt 1.3.1. ppkt 1 lit. d) SIWZ, w odniesieniu do projektanta w specjalności architektonicznej – Pana Jana Kraśnickiego. W tym zakresie warunek ten nie został wykazany, ponieważ inwestycja referencyjna „Budowa Ośrodka Radioterapii dla Szpitala Specjalistycznego im. L.Rydygiera w Krakowie”, posiada powierzchnię użytkową mniejszą niż określona ww. warunkiem SIWZ.

C.


Wykonawca WARBUD S.A. popełnił uchybienia analogiczne do uchybień, które zarzucał w niniejszym postępowaniu ERBUD S.A. i które były przedmiotem orzekania w

sprawie przed Sądem Okręgowym w Gliwicach o sygn. akt: X Ga 457/16 (wyrok z dnia 22 listopada 2016 r.) oraz w sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO 1576/16 (wyrok KIO z dnia 7 września 2016 r.). Wykonawca WARBUD S.A., próbując wykazać doświadczenie osób mających uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, przedstawił bowiem inwestycje mające rzekomo dokumentować te doświadczenie w taki sposób, z którego nie wynika, aby wskazane inwestycje swoim przedmiotem odpowiadały wymaganiom co do inwestycji referencyjnych stawianym przez Zamawiającego. W konsekwencji nie można wywnioskować, czy konkretne inwestycje można traktować jako prawidłowo dokumentujące nabycie wymaganego w SIWZ doświadczenia przez osoby zgłaszane przez WARBUD S.A. do uczestniczenia w wykonywaniu zamówienia (zgodnie z „Wykazem osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”). Przykładowo zgodnie z SIWZ, kierownikiem budowy ma być osoba, która m.in. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przez cały okres realizacji inwestycji na co najmniej jednej budowie budynku szpitalnego włącznie z odbiorem końcowym o właściwościach szczegółowo wymienionych w SIWZ. Tymczasem WARBUD S.A. w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, w odniesieniu do osoby mającej pełnić tę funkcję wskazuje np. inwestycje polegające na „modernizacji” czy „adaptacji”, które to pojęcia można przecież różnie rozumieć. Nie sposób przyjąć, aby taka prezentacja inwestycji prowadziła do wykazania doświadczenia osoby zgłaszanej przez WARBUD S.A. do pełnienia określonej funkcji w ramach wykonywania zamówienia. Jak widać Spółka WARBUD S.A., wskazując na konieczność posługiwania się przez Zamawiającego i ERBUD S.A. przy okazji prowadzenia postępowania przetargowego pojęciami ustawowymi (co potwierdziły ww. wyroki KIO i Sądu Okręgowego w Gliwicach) jednocześnie wskazanego obowiązku nie odnosi do złożonej przez nią oferty. Zgodnie z ww. wyrokami KIO i Sądu Okręgowego w Gliwicach wydanymi w niniejszej sprawie, pojęcia ustawowe należy interpretować ściśle i wprost zgodnie z treścią ustawy. W rezultacie niedopuszczalnym jest rozszerzające interpretowanie pojęcia „budowa” i przyjmowanie, że budową są również „modernizacja”, „adaptacja”, „remont” czy „przebudowa”.

Dodatkowo wskazać należy, że znaczna część inwestycji przedstawianych przez WARBUD S.A. celem wykazania posiadania przez osoby mające uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia doświadczenia wymaganego w SIWZ w istocie nawet nie może być traktowana jako inwestycje wykazujące takie doświadczenie. Wykonawca WARBUD S.A. sam podnosił w sprawie o sygn. akt KIO 1576/16, że jeżeli doświadczenie danej osoby ma być potwierdzone pełnieniem określonej funkcji w odniesieniu do robót polegających na "budowie" określonego obiektu, to takiego doświadczenia nie zapewnia pełnienie funkcji w ramach realizacji inwestycji, której przedmiotem jest inny rodzaj robót (np. "remont"). Wskazane pojęcia, w ocenie Wykonawcy WARBUD S.A. są bowiem pojęciami ustawowymi, które są zdefiniowane w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane. Pojęcia zdefiniowane ustawowo należy zaś rozumieć zgodnie z ich definicjami ustawowymi i nie można tych pojęć traktować w sposób rozszerzający.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że Zamawiający dopuścił się uchybień wskazanych w zarzutach niniejszego odwołania, które w efekcie miały bezpośredni i decydujący wpływ na prowadzenie i rozstrzygnięcie postępowania przetargowego.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.


Wacław Ryczan
radca prawny
WA-8029

W załączeniu:

1. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
2. pełnomocnictwo do reprezentowania ERBUD S.A.;
3. odpis pełny z KRS dot. ERBUD SA;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.