

WYROK

z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2020 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku**

B. w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **ALBUILDING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osieku Małym**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Izbę Administracji Skarbowej w Łodzi**

przy udziale:

A. wykonawcy **ALBUILDING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osieku Małym**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2121/20 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Nowator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2121/20 oraz KIO 2167/20 po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy **VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2167/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie wniesione przez **VIK-BUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Łasku** i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa - Izbie Administracji Skarbowej w Łodzi** - unieważnienie czynności

wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert, w tym ustalenie, czy wykonawca **Nowator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi** spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym rozdziale V w punkcie 1 podpunkt 2.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. odrzuca odwołanie wniesione przez **ALBUILDING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osieku Małym**,

3. kosztami postępowania obciąża **Nowator Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Łodzi** oraz **ALBUILDING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osieku Małym** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **VIK-BUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową z siedzibą w Łasku** oraz **ALBUILDING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osieku Małym** tytułem wpisów od odwołań (po 10 000 zł 00 gr od każdego z nich),

2) zasądza od **Nowator Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w Łodzi** na rzecz **VIK-BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w Łasku** kwotę 13 897 zł 54 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt cztery grosze), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Łodzi.

KIO 2167/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na przebudowie nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi, przy ul. Żeromskiego 88.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1983 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 31 sierpnia 2020 r. wykonawca VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku oraz wykonawca ALBUILDING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osieku Małym wnieśli odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Sygn. akt KIO 2121/20

Odwołujący VIK-BUD Sp. z o.o. Sp. k. podniósł, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy dokonał następujących czynności:

1. Bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy Nowator jako najkorzystniejszej.
2. Bezpodstawnie zaniechał wezwania Nowator, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., do uzupełnienia dokumentów — Wykazu robót, w którym wskazane będą roboty budowlane /robota budowlana, zgodnie z pkt 1 ppkt 2. 1 .3 Rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 r., wykonane/wykonana przez Nowator i spełniające/spełniająca wymóg określony w tym postanowieniu s.i.w.z. — oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych/tej robót/roboty.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Bezprawne działania zamawiającego zamknęły odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z kryterium oceny ofert zajęła drugą lokatę. Gdyby zamawiający dokonał czynności względem wykonawcy Nowator Sp. z o.o. Sp. k. (zwanego dalej: Nowator), to oferta odwołującego miałaby szansę przesunąć się na pierwszą pozycję i w efekcie zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zatem, jeśli zamawiający dokona czynności, do których jest zobowiązany, odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Odwołujący zarzucił, że zaniechania i czynności podjęte przez zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p. W szczególności naruszają dyspozycje art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów (Dz.U.2016.1126), art. 26 ust. 3 ustawy, a także art. 91 ust. 1 ustawy, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku nakazującego zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Wezwanie Nowator, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., do uzupełnienia dokumentów — Wykazu robót, w którym wskazane będą roboty budowlane/roboty budowlane, zgodnie z pkt 1 ppkt 2.1.3 Rozdziału V s.i.w.z. w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 r., wykonane/wykonana przez Nowator — oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych/tej robót/roboty.
3. Ponowne badanie ofert po uzupełnieniu dokumentów przez Nowator lub nieuzupełnieniu dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Odnosząc się do braku wykazania przez Nowator spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia, odwołujący podniósł, że zamawiający bezpodstawnie uznał za spełniony przez Nowator warunek posiadania wymaganego doświadczenia, mimo że Nowator przedstawił referencję (poświadczenie) z dnia 20 maja 2020 r., z której wynika, że robota w niej wskazana nie została ukończona (została wykonana w 90%). Wprawdzie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed zmianą z dnia 13 maja 2020 r., w Rozdziale V pkt 2.1 ppkt 3) s.i.w.z., zamawiający zawarł uwagę o treści: „w

przypadku robót budowlanych (umów) będących w trakcie wykonywania, Wykonawca winien podać ich wartość tylko w zakresie już zrealizowanym (tj. od dnia rozpoczęcia realizowania roboty, do upływu terminu składania ofert) — wartości tych umów nie mogą być mniejsze niż wymagane przez Zamawiającego”, ale już w zmienionej treści s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 r. tej uwagi nie ma. Pełna treść ppkt 3 po zmianie jest następująca: „zdolności technicznej lub zawodowej — Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100), dla każdej z wykonanych robót lub co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100)”. Zmianą s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 r, zamawiający rozszerzył zakres możliwości spełnienia warunku posiadania doświadczenia, bowiem oprócz możliwości spełnienia warunku poprzez wykonanie 2 robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł brutto, dodał alternatywnie jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10 mln zł brutto. Zmiana s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 r. miała jeszcze szerszy zakres, gdyż zamawiający zmianą tą usunął z s.i.w.z. uwagę o możliwości wykazania się posiadanym doświadczeniem w wykonywaniu robót nieukończonych (będących w trakcie wykonywania). Fakt nieukończenia przed dniem składania ofert roboty budowlanej wskazanej w Wykazie robót i w referencji (poświadczeniu) z dnia 20 maja 2020 r., potwierdził sam Nowator w piśmie z dnia 26 sierpnia 2020 r. skierowanym do zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że gdyby uwaga zawarta w pierwotnej treści s.i.w.z., o możliwości wykazania się wymaganym doświadczeniem poprzez wskazanie nieukończonych robót, nie została usunięta z s.i.w.z. zmianą z dnia 13 maja 2020 r., to i tak nie byłaby możliwa do zastosowania, bowiem jest ona sprzeczna z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów. Odwołujący zauważył, że postanowienia s.i.w.z. są przepisami prawa ustanowionego przez zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś przepisy rozporządzenia są przepisami prawa wyższego rzędu ustanowionymi przez ustawodawcę do powszechnego stosowania przy wszystkich postępowaniach. Wszyscy stosujący prawo zobowiązani są do stosowania reguł kolizyjnych w przypadku wystąpienia kolizji pomiędzy przepisami w różnych aktach prawnych. Zastosowana w tym przypadku reguła kolizyjna *lex superior derogat legi inferiori* (norma wyższa uchyla normę niższą) ma ten skutek, że przepisy rozporządzenia uchylają postanowienie s.i.w.z. o możliwości wykazania się posiadaniem doświadczenia poprzez wskazanie roboty budowlanej nieukończonej.

Odwołujący podniósł, że zgodnie ze zmienionym postanowieniem rozdziału V pkt 2.1 ppkt 3 s.i.w.z., dla spełnienia wymogu posiadania wymaganego doświadczenia, wykonawca m.in. winien wykonać co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości, nie mniejszej niż 10 mln zł brutto. Nowator w wykazie robót wskazał robotę budowlaną polegającą na wymianie części pionów w kondygnacjach 02-09 kanałów oddymiających w budynku A1 CKD w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251. Z treści referencji (poświadczenia) z dnia 20 maja 2020 r. załączonej do wykazu robót, wynika pokrętnie, że wykonane 90% robót, zamówionych przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, są częścią zakresu budowy inwestycji Centrum Kliniczno-Dydaktycznego realizowanej w oparciu o pozwolenie na budowę nr 343/80 z dnia 12 października 1980 r. z późniejszymi zmianami. Jest to nieprawdziwa informacja, bowiem budowa na podstawie tego pozwolenia została ukończona w 2013 r. Taki opis roboty w referencji (poświadczeniu) jest nierzetelny, bowiem robota wykonana w 90% przez Nowator, nie jest częścią zakresu budowy inwestycji Centrum Kliniczno-Dydaktycznego w Łodzi. Budowa CKD w Łodzi została ukończona w roku 2013 i w tym to roku wykonano dokumentację powykonawczą. Zaś dopiero w roku 2019 Uniwersytet Medyczny zlecił Nowatorowi remont instalacji, oddymiania budynku A1 (wymianę kanałów oddymiających) — na podstawie m.in. sporządzonej w 2013 r. dokumentacji powykonawczej budynków A1 i A2 (dowód 2 załączony do odwołania). Z całą mocą podkreślić należy, że robota polegająca na wymianie kanałów oddymiających w budynku A1 nie była wykonywana w oparciu o pozwolenie na budowę i projekt budowlany. Robota ta obejmowała remont (wymianę) kanałów oddymiających i odwzorowanie uszkodzonych podczas remontu lub zdemontowanych ścian i sufitów podwieszanych oraz elementów instalacji elektrycznej, do których wykonania nie było potrzebne pozwolenie na budowę ani projekt budowlany. Roboty te były wykonane wewnątrz budynku, nie naruszały elementów konstrukcyjnych budynku. Roboty te nie były nawet remontem budynku, nie mówiąc już o budowie, przebudowie, czy rozbudowie, były one wyłącznie remontem kanałów oddymiających, remontem instalacji oddymiającej. Zgodnie ze wskazanym, w pkt 2. I .2) ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 2019/S 144-353773 z dnia 29 lipca 2019 r., kodem CPV Wspólnego Słownika Zamówień określającym rodzaj robót: 45300000, wynika jednoznacznie, że są to roboty instalacyjne w budynkach.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Nowatora do uzupełnienia dokumentów - wykazu robót, w którym wskazane

będą roboty budowlane/robota budowlana, zgodnie z pkt 1 ppkt 2.1.3 rozdziału V s.i.w.z. w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13.05.2020 r., wykonane przez wykonawcę Nowator, oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót/tej roboty - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zaistniałej sytuacji, opisanej powyżej w pkt II ppkt 1 i 2 uzasadnienia, odwołujący wskazał, że zamawiający winien wezwać Nowator do uzupełnienia Wykazu robót, w którym wskazane będą roboty/roboty, zgodnie z pkt 1 ppkt 2.1.3 Rozdziału V s.i.w.z. w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 r., wykonane przez Nowator. Do Wykazu robót, Nowator winien załączyć dokumenty potwierdzające, że ujawnione w wykazie roboty/roboty wykonał należyście, w szczególności, że te roboty/robotę wykonał zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył. Zamawiający nie wzywając wykonawcy Nowator do uzupełnienia wskazanych wyżej dokumentów, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do kwestii bezpodstawności wyboru oferty wykonawcy Nowator, która na moment wyboru nie była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, odwołujący wskazał, że wobec powyżej prezentowanej argumentacji, mającej oparcie w faktach i prawie, stwierdzić trzeba, że zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy Nowator jako najkorzystniejszej, czym, oprócz przepisów wskazanych wyżej, naruszył także art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili skutecznie wykonawcy Albuilding Sp. z o.o. z siedzibą w Osieku Małym oraz Nowator Sp. z o.o. Sp. k. w Łodzi.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 września 2020 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione przez odwołującego w złożonym odwołaniu.

Zamawiający stwierdził, że zgadza się z odwołującym, iż bezpodstawnie uznał za spełniony przez wybranego wykonawcę Nowator warunek posiadania wymaganego doświadczenia. Z przedłożonych referencji (poświadczenie) z dnia 20 maja 2020 r. wynika, że robota w niej wskazana nie została ukończona (została wykonana w 90%). Zgodnie z 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów „wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie 5 lat przed upływem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu(...) wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje(...).

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający uznał, iż złożone w postępowaniu przez Nowator dokumenty z dnia 17.08.2020 r. oraz z dnia 26.08.2020 r. nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym samym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione przez odwołującego w złożonym odwołaniu.

W dniu 14 września 2020 roku przystępujący Nowator wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez odwołującego zarzutów odwołania. Nowator wniósł o:

1. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego określenia warunku udziału (zarzut naruszenia 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia);
2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie (zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.);
3. zasądzenie od odwołującego VIK-BUD sp. z o.o. sp.k. na rzecz przystępującego Nowator sp. z o.o. sp.k. kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł plus VAT tj. 4.428 zł zgodnie z załączoną fakturą.

Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania, przystępujący zauważył, że odwołujący kwestionuje sposób określenia przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Przystępujący stwierdził, że podnoszenie przez odwołującego zarzutów wobec określenia warunków udziału w postępowaniu jest na obecnym etapie niedopuszczalne, w konsekwencji czego odwołanie w zakresie zarzutu niezgodności działania zamawiającego z przepisem § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia winno podlegać odrzuceniu.

Przystępujący wskazał, że ogłoszenie jak i s.i.w.z. zostały opublikowane w dniu 30 kwietnia 2020 r. 5 — dniowy termin na wniesienie odwołania w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu upłynął tym samym 5 maja 2020 r. Wobec powyższego

nie może budzić wątpliwości, że odwołanie z dnia 31 sierpnia 2020 r. w zakresie zarzutu dotyczącego określenia warunków udziału podlega odrzuceniu i nie może być przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosząc się do kwestii wskazania roboty nieukończony, przystępujący Nowator zauważył, że stanowisko odwołującego o sprzeczności określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest błędne.

Przystępujący stwierdził, że § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia ma następujące brzmienie:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Z kolei, zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Przystępujący Nowator zauważył, że powoływane rozporządzenie w sprawie dokumentów w § 2 ust. 4 pkt 1 nie wskazuje, że przez ukończenie robót budowlanych należy rozumieć wykonanie kompletnych robót budowlanych składających się na budowę, przebudowę, montaż, remont czy też rozbiórkę obiektu budowlanego. Nie ma tym samym jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że warunek udziału nie może obejmować pewnego zakresu robót wykonanych w ramach budowy, przebudowy, montażu, remontu lub rozbiórki obiektu budowlanego. Nie ma jakichkolwiek przeciwwskazań do tego, aby wymóg prawidłowego wykonania (w tym w szczególności zgodności z przepisami prawa budowlanego) i ukończenia odnosić do danego zakresu robót budowlanych.

Ponadto przystępujący Nowator zwrócił uwagę na to, że odwołujący błędnie odczytuje treść s.i.w.z. po modyfikacji dokonanej w dniu 13 maja 2020 r.

Nowator stwierdził, że zamawiający w dokumencie datowanym na dzień 13 maja 2020 r. opatrzonym tytułem „Modyfikacja i wyjaśnienie treści SIWZ” w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 wskazuje, że zmienia brzmienie pkt 1 ppkt 2.1.3 Rozdziału V s.i.w.z. Zamawiający nie wskazał jednak, aby usunął z pkt 1 ppkt 2.1.3 Rozdziału V s.i.w.z. zawarty tam fragment, rozpoczynający się od słowa „Uwaga”. Z treści pytania i odpowiedzi zamawiającego jednoznacznie wynika, iż wola zamawiającego było wprowadzenie zapisu, iż zamawiający uzna, iż wykonawca spełnia warunek techniczny zarówno w przypadku wykazania się realizacją 2 robót o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto jak i co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100)”. Ani w treści pytania, ani w treści odpowiedzi zamawiający nie odnosi się do dalszej części s.i.w.z. i nie wykreśla zapisów znajdujących się po słowie UWAGA.

Odnosząc się do kwestii wskazania roboty budowlanej niewypełniającej wymogów s.i.w.z., przystępujący wskazał, że błędne jest również prezentowane przez odwołującego stanowisko o tym, iż roboty budowlane, na które powołuje się przystępujący celem wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie spełniają wymagań pkt 1 ppkt 2.1.3 Rozdziału V s.i.w.z., bowiem nie stanowią robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku.

Przystępujący zauważył, że Budowa Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi nie została ukończona w roku 2013 i trwa do chwili obecnej. Wykonana wówczas dokumentacja powykonawcza dotyczy wyłącznie pewnego zakresu zrealizowanych w ramach przedmiotowej budowy prac i nie doprowadziła do uzyskania bezwarunkowego pozwolenia na budowę. Obiekt CKD posiada bowiem warunkowe pozwolenia na budowę i to w zakresie części a jednego z budynków - budynku A1. Część objęta warunkowym pozwoleniem obejmuje zarówno tylko część jego kondygnacji, jak i część jego osi (ok. dwie trzecie szerokości i dwie trzecie wysokości). Budowa Centrum Kliniczno Dydaktycznego trwa natomiast nadal, czego dowodem jest dokonanie przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi w dniu 1 sierpnia 2020 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum WARBU — BUDOMAL w postępowaniu nr ZP/100/2019 Drugi etap budowy Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym. Wartość tego etapu inwestycji to kwota ponad 350 mln zł. Budowa Centrum Kliniczno

Dydaktycznego w Łodzi jest nadal realizowana na podstawie pozwolenia na budowę nr 343/80 z dnia 12 października 1980 r., tj. tego samego pozwolenia w oparciu o które prace realizował przystępujący, co wynika wprost z postanowień s.i.w.z. do ww. postępowania nr ZP/100/2019 — rozdział 3 Opis przedmiotu zamówienia pkt 3.2 ppkt 5.

Przystępujący zauważył ponadto, że udzielone Uniwersytetowi Medycznemu w Łodzi w 2013 r. pozwolenie na użytkowanie części budynku A1 Centrum Kliniczno-Dydaktycznego w Łodzi obejmuje tylko część obiektu, a na dodatek ma charakter warunkowy, a jednym z jego warunków była realizacja prac objętych zamówieniem zrealizowanym przez wykonawcę.

Przystępujący Nowator wskazał, że zgodnie z art. 59 ust 2 ustawy Prawo budowlane, organ nadzoru budowlanego może w pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego określić warunki użytkowania tego obiektu albo uzależnić jego użytkowanie od wykonania, w oznaczonym terminie, określonych robót budowlanych. Podkreślił, że roboty budowlane realizowane przez przystępującego w ramach umowy nr ZP/26/2P/2019 wykonywane były zarówno w części budynku objętej warunkowym pozwoleniem na użytkowanie, jak w zdecydowanym zakresie i poza częścią objętą tym pozwoleniem. Roboty budowlane realizowane w ramach umowy nr ZP/26/2P/2019 były tym samym niezbędne dla uzyskania bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie obiektu Centrum Kliniczno Dydaktycznego w zakresie, w jakim obiekt ten jest już użytkowany, jak również dla uzyskania w przyszłości pozwolenia na użytkowanie obiektu w pozostałym zakresie. Bez wykonania tych robót budowlanych Uniwersytet Medyczny w Łodzi nie miałby możliwości kontynuowania procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Przystępujący zauważył, że w świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że roboty budowlane realizowane w ramach umowy nr ZP/26/2P/2019 objęte są inwestycją w postaci budowy Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Tym samym nietrafiony jest argument odwołującego o braku realizacji przedmiotowej roboty budowlanej w oparciu o pozwolenie na budowę i projekt budowlany.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z umową zawartą pomiędzy przystępującym, a Uniwersytetem Medycznym między innymi:

- 1)§ 4 ust. 1 str. 4 umowy wykonawca zobowiązany był ustanowić kierownika budowy -
- 2)§ 5 ust. 9 str. 5 - Obiekt CKD stanowi cały czas teren budowy, na którym obowiązuje Regulamin Placu budowy”
- 3)§ 11 ust. 5 b str. 14 - wykonawca zgłaszając gotowość do odbioru zobowiązany był przedłożyć oświadczenia kierownika budowy jak w art. 57 prawa budowlanego

Art. 57. . Do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie inwestor jest obowiązany dołączyć: 2)oświadczenie kierownika budowy:

- a)o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami,
- b)o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także - w razie korzystania - drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu;

W ocenie przystępującego, kolejnym nieprawdziwym twierdzeniem odwołującego jest twierdzenie, według którego to roboty budowlane zrealizowane w ramach umowy nr ZP/26/2P/2019 nie były budową, przebudową lub rozbudową budynku. Przystępujący odwołał się definicji zawartych w przepisach art. 3 pkt 6 (definicja pojęcia „budowa”) i pkt 7a (definicja pojęcia „przebudowa”) ustawy Prawo budowlane i stwierdził, że obiekt CKD Uniwersytetu Medycznego w Łodzi w dalszym ciągu w trakcie budowy realizowanej na podstawie pozwolenia na budowę nr 343/80 z dnia 12 października 1980 r. która to budowa nie została ukończona i nadal trwa. W ocenie wykonawcy nie ulega zatem wątpliwości, iż realizowane przez niego prace stanowiły budowę w rozumieniu przepisów ustawy prawo budowlane. Przystępujący zauważył, że zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr ZP/26/2P/2019 - pkt 1 ppkt 1.1 - wymiana kanałów polegała na demontażu starych kanałów oddymiających, demontażu obudów tych kanałów, wykonaniu kanałów wentylacji pożarowej w technologii płyt ognioodpornych Promatect L 500, montażu nowych klap ppoż., wpięciu w system ppoż., odtworzeniu ścian i sufitów podwieszanych, malowaniu ścian. Z kolej zgodnie z pkt 1 ppkt 1.4 Ogólne właściwości funkcjonalno - użytkowe wymiana kanałów instalacji oddymiania miała być wykonana w taki sposób, aby instalacja oddymiania w budynku A1 Centrum Kliniczno Dydaktycznego spełniała wymagania norm PN-EN 1507:2007 i PN- 78/B10440.

W ocenie przystępującego, w świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że skoro dotychczasowa instalacja oddymiania nie spełniała wymagań ww. norm i konieczne było wykonanie robót budowlanych celem dostosowania instalacji oddymiania w budynku A1 do tych wymagań, to zrealizowanie robót w ramach umowy nr ZP/26/2P/2019 doprowadziło do zmiany parametrów technicznych obiektu. Nie może bowiem być mowy o dostosowaniu instalacji oddymiania istniejącej w danym obiekcie do wymagań

określonych norm bez zmiany parametrów technicznych obiektu.

Przystępujący zauważył ponadto, że o tym, czy roboty budowlane stanowią przebudowę budynku decyduje to, czy w ich wyniku dochodzi do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego budynku. Dla dokonania przedmiotowej oceny nie ma natomiast znaczenia kod CPV użyty dla określenia rodzaju robót. Nie ma żadnych przeciwwskazań, aby roboty instalacyjne w budynkach stanowiły przebudowę budynku, o ile - tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - w wyniku ich wykonania zmianie ulegają parametry użytkowe lub techniczne.

Przystępujący zauważył, że zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, iż wskazane przez przystępującego roboty budowlane spełniają wymagania pkt 1 ppkt 2.1.3 Rozdziału V s.i.w.z., a tym samym stanowią budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku. Zamawiający zwrócił się bowiem do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. o wyjaśnienia jedynie w zakresie wartości robót zrealizowanych na dzień składania ofert.

Przystępujący ALBUILDING Sp. z o.o. w Osieku Małym w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą stwierdził, że zamawiający musi być precyzyjny w tym, czego wymaga. Wskazał, że Nowator spełnił warunki tego postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed zmianą z dnia 13 maja 2020 r., w Rozdziale V pkt 2.1 ppkt 3 s.i.w.z., zamawiający stwierdził, że uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100), dla każdej z wykonanych robót.

Poniżej wskazanego warunku zamawiający zawarł uwagę o treści: „W przypadku robót budowlanych (umów) będących w trakcie wykonywania, Wykonawca winien podać ich wartość tylko w zakresie już zrealizowanym (tj. od dnia rozpoczęcia realizowania roboty, do upływu terminu składania ofert) — wartości tych umów nie mogą być mniejsze niż wymagane przez Zamawiającego”.

W dniu 13 maja 2020 roku zamawiający dokonał modyfikacji Rozdziału V pkt 2.1 ppkt 3 s.i.w.z., nadając mu następujące brzmienie: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100), dla każdej z wykonanych robót lub co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100)“.

Nowator w Wykazie robót wskazał robotę budowlaną polegającą na wymianie części pionów w kondygnacjach 02-09 kanałów oddymiających w budynku A1 CKD w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251. Z treści referencji z dnia 20 maja 2020 r. załączonej do Wykazu robót wynika, że wykonane 90% robót, zamówionych przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, są częścią zakresu budowy inwestycji Centrum Kliniczno Dydaktycznego realizowanej w oparciu o pozwolenie na budowę nr 343/80 z dnia 12 października 1980 r. z późniejszymi zmianami.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, chociaż nie wszystkie argumenty odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający, dokonując modyfikacji rozdziału V pkt 2.1 ppkt 3 s.i.w.z., usunął z treści specyfikacji uwagę dopuszczającą wskazanie roboty nieukończonyj w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że kompozycja pkt. 2.1. s.i.w.z. wskazuje, że tekst rozpoczynając się od słowa „Uwaga” nie jest częścią ppkt. 3. Przedmiotowy fragment został wyodrębniony przy pomocy innej czcionki oraz odstępu od tekstu zawartego w ppkt. 3. Poza tym zamawiający zmodyfikował wyłącznie brzmienie dotyczące właściwego warunku udziału w postępowaniu. Fragment

rozpoczynający się od słowa „uwaga” był w istocie wskazówką, jak zamawiający będzie oceniał spełnianie tego warunku.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż wskazany fragment specyfikacji, dopuszczający możliwość wykazania się robotą nieukończoną, i tak nie mógłby być stosowany, ponieważ jest sprzeczny z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, Izba wskazuje, że treść specyfikacji została przez zamawiającego ogłoszona w dniu 30 kwietnia 2020 r. W sytuacji, gdy którykolwiek z wykonawców kwestionował postanowienia specyfikacji, był uprawniony do wniesienia odwołania na jej treść. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W przypadku braku zaskarżenia treści specyfikacji, jej postanowienia stają się ważne i obowiązujące wobec wszystkich uczestników postępowania

Oudzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie podziela przy tym stanowiska odwołującego, jakoby postanowienia s.i.w.z. są przepisami prawa ustanowionego przez zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że - obok ogłoszenia - zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że w sytuacji, w której istnieją wątpliwości co do interpretacji postanowień s.i.w.z., okoliczność ta nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie

1nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70¹ § 4 k.c.). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Tym samym, w ocenie Izby, przystępujący Nowator, był uprawniony do wykazania, jako warunek udziału w postępowaniu, roboty, która nie została jeszcze ukończona.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku wykazania przez Nowator w wykazie robót, że robota budowlana, którą wskazał, była budową, przebudową lub rozbudową budynku.

W ocenie Izby, podnoszone przez odwołującego okoliczności dotyczące wątpliwości co do tego, jaki był charakter prac wykonanych przez przystępującego Nowator, wymagają wyjaśnienia. Odwołujący przytoczył szereg argumentów, które zamawiający winien rozpoznać z zastosowaniem mechanizmów przewidzianych ustawą P.z.p, w tym w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. W tym celu zamawiający może zwracać się zarówno do wykonawcy, jak i innych podmiotów, żądając stosownych wyjaśnień. Jest m.in. uprawniony do dokonania ustaleń na podstawie chociażby informacji uzyskanych od inwestora, na rzecz którego wykonana robota

została wykonana.

Z okoliczności sprawy wynika, że zamawiający nie prowadził żadnych ustaleń w zakresie podniesionym w odwołaniu. Mimo że zamawiający uwzględnił przedmiotowe odwołanie, w wyjaśnieniu swojego stanowiska wskazał jedynie na fakt, że przystępujący Nowator przedstawił robotę, która nie została ukończona. Zamawiający uwzględnił zatem tę część zarzutu, która de facto została przez Izbę oceniona jako niezasadna. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w ogóle nie odniósł się do tej argumentacji, która dotyczy wskazania, że wykazana przez Nowator robota budowlana nie jest przebudową budynku.

Izba wskazuje, że w postępowaniu odwoławczym ocenia czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy. Izba nie może natomiast wyřęcać zamawiającego w dokonaniu kompleksowej oceny oferty wykonawcy. Rolą Izby jest ustalenie, czy czynności zamawiającego, podjęte w postępowaniu, zostały przez niego właściwie wykonane, względnie - czy zamawiający zasadnie zaniechał dokonania innych czynności w postępowaniu. W tym ostatnim przypadku, w zależności od dokonanych ustaleń, Izba może nakazać zamawiającemu wykonanie czynności niesłusznie zaniechanych.

Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający obowiązany jest ponownie ocenić ofertę przystępującego Nowator pod kątem ustalenia, czy wykazana przez niego robota budowlana była przebudową budynku. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w tym zakresie oraz po dokonaniu ponownej oceny, zamawiający obowiązany będzie podjąć dalsze czynności, w zależności od dokonanych ustaleń.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p. w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy P.z.p.

Sygn. akt: KIO 2167/20

Odwolujący ALBUILDING Sp. z o.o. w Osieku Małym (dalej: odwołujący ALBUILDING) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, kwestionując następujące czynności zamawiającego:

- 1)wykluczenie odwołującego ALBUILDING z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2)odrzucenie oferty odwołującego ALBUILDING (uznania jego oferty za odrzuconą),
- 3)zaniechanie wyboru oferty odwołującego ALBUILDING,
- 4)wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Nowator Sp. z o.o. Sp.k.

Odwolujący ALBUILDING zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 22a ustawy P.z.p.,
- 2)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p.,
- 3)art. 7 ustawy P.z.p.,
- 4)art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy p.z.p.

Odwolujący ALBUILDING wniósł o:

- 1)przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji postępowania,
- 2)uwzględnienie odwołania oraz uchylenie czynności zamawiającego:
 - a)wykluczenie oferty odwołującego ALBUILDING,
 - b)uznanie oferty odwołującego ALBUILDING za odrzuconą,
 - c)wyboru oferty Nowator Sp. z o.o. Sp.k.
- 3)nakazanie zamawiającemu dokonania czynności: uznania oferty odwołującego ALBUILDING za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru jego oferty.
- 4)zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą na podstawie przedłożonej faktury.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący BUILDING wskazał, że w dniu 27 sierpnia 2020 roku zamawiający poinformował go o dokonaniu zaskarżonych czynności. Zamawiający wskazał, że wymóg określonego doświadczenia jest wymagany wyłącznie od odwołującego ALBUILDING bezpośrednio.

W ocenie odwołującego ALBUILDING stanowisko zamawiającego jest niezrozumiałe i niezasadne. Odwołujący ALBUILDING wskazał, że podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie, czyniąc je immamentną treścią argumentacji.

Odwołujący ALBUILDING stwierdził, że zamawiający:

- 1)nie zakwestionował doświadczenia powołanych przez odwołującego ALBUILDING podmiotów,
- 2)nie wnosił o żadne uzupełnienie czy wyjaśnienie w zakresie doświadczenia powołanych podmiotów trzecich.

Odwołujący ALBUILDING podniósł, że pośrednio z uzasadnienia zamawiającego zdaje się wynikać, że zamawiający nie akceptuje powoływania się na doświadczenie innych podmiotów.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 września 2020 roku zamawiający podniósł, że zamawiający przy piśmie nr 1001-111.260.30.2020.37 z dnia 22 czerwca 2020 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego ALBUILDING. W dniu 26.06.2020 r. VIK - BUD sp. z o.o. sp.k. odwołanie, zarzucając zamawiającemu, że zaniechania i czynności podjęte przez Zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy, w szczególności naruszenie dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w związku z art. 22a ust. 2 i ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p.

Odwołujący ALBUILDING nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione przez odwołującego, a postępowanie odwoławcze postanowieniem z dnia 7 lipca 2020 r. zostało umorzone.

Po ponownym badaniu i ocenie ofert Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty przy piśmie nr 1001-11Z.260.30.2020.74 z dnia 27.08.2020 r. W dniu 31.08.2020r. odwołujący ALBUILDING złożył odwołanie od czynności zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający zauważył, iż zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy P.z.p., odwołujący ALBUILDING nie może skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 26 czerwca 2020 roku wykonawca VIK-BUD Sp. z o.o. Sp. k. w Łasku wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 i ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 i art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym VIK-BUD wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku.

VIK-BUD zarzucił zamawiającemu, iż ten bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy ALBUILDING do uzupełnienia dokumentów - wykazu robót, w którym wskazane będą roboty budowlane zgodnie z pkt. 1 ppkt 2.1.3. rozdziału V s.i.w.z. w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 roku, wykonane przez samego wykonawcę ALBUILDING, oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

VIK-BUD wniósł o:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)wezwania wykonawcy ALBUILDING do uzupełnienia dokumentów - wykazu robót, w którym wskazane będą roboty budowlane zgodnie z pkt. 1 ppkt 2.1.3. rozdziału V s.i.w.z. w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 roku, wykonane przez samego wykonawcę ALBUILDING, oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p,

Żądanie alternatywne:

- 3)nakazanie zamawiającemu wezwania Albuilding do uzupełnienia dokumentów - wykazu robót, w którym wskazane będą roboty budowlane zgodnie z pkt. 1 ppkt 2.1.3. rozdziału V s.i.w.z. w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 roku, wykonane w całości przez jeden z podmiotów trzecich, na zasobach których Albuilding polega oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót, a także poprawnego zobowiązania tego podmiotu, z którego wynikać będzie rzeczywiste udostępnienie doświadczenia w zakresie pozwalającym na wykonanie zamówienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Dalsze żądanie alternatywne:

4)) nakazanie zamawiającemu wezwania Albuilding do uzupełnienia dokumentów - poprawnych zobowiązań podmiotów trzecich, z których wynikać będzie rzeczywiste udostępnienie doświadczenia w zakresie pozwalającym na wykonanie zamówienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 1421/20.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, zgodnie z którą uwzględnił odwołanie w całości.

Postanowieniem z dnia 7 lipca 2020 roku wydanym w sprawie KIO 1421/20 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy ALBUILDING na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. i uznania jego oferty za odrzuconą, zgodnie z wykładnią art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzono w oparciu o zapisy art. 24aa ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca w złożonej ofercie, w pkt 4 formularza ofertowego oświadczył, że przedmiotowe zamówienie zostanie przez niego zrealizowane samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Jednocześnie do oferty dołączył zobowiązanie dwóch podmiotów Global Park Sp. z o. o. Sp. k. oraz Rock Park One Sp. z o. o. do oddania do dyspozycji zasobów własnych na zasadach określonych w art. 22a ustawy P.z.p., w przedmiocie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Ze złożonych wraz z ofertą dokumentów wynika, iż wymagane przez zamawiającego doświadczenie: zdolność techniczna lub zawodowa tj. co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto, dla każdej z wykonanych robót lub co najmniej jedna robota budowlana polegająca na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto, zostały wykonane nie przez wykonawcę, a przez podmioty wskazane w formularzu ofertowym jako podmioty, na które zasoby powołuje się wykonawca. Albuilding Sp z o.o. nie wykazała natomiast żadnego własnego doświadczenia. W tym wypadku wykonawca winien wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, zgodnie ze złożonym przez siebie oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym. Zamawiający ocenił ofertę ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszą, dlatego też na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. wezwał wykonawcę do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których została te roboty wykonane - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do s.i.w.z.. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Tym samym wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p.

Art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p. zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 ustawy P.z.p.

Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono 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.

Hipoteza tej normy obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby lub uwzględnienia odwołania, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 27 sierpnia 2015 roku, sygn. akt KIO 1744/15).

W rozpoznawanej sprawie zamawiający uwzględnił odwołanie wykonawcy VIK-BUD i wykonał żądanie wezwania wykonawcy ALBUILDING do uzupełnienia dokumentów - wykazu robót, w którym wskazane będą roboty budowlane zgodnie z pkt. 1 ppkt 2.1.3. rozdziału V s.i.w.z. w brzmieniu po zmianie s.i.w.z. z dnia 13 maja 2020 roku, wykonane przez samego wykonawcę ALBUILDING, oraz

dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

W związku z tym, że zamawiający wykonał żądanie odwołania, odwołanie na te czynności podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego ALBUILDING z dnia 30 września 2020 roku o otwarcie na nowo posiedzenia wstępnego oraz o wyznaczenie rozprawy. Odwołujący ALBUILDING wniosek ten uzasadnił okolicznością, iż zamawiający nie wykonał żądań wskazanych w pkt. 3 i 4 odwołania, lecz jedynie żądanie wskazane w pkt. 2. Odwołujący ALBUILDING podniósł, iż w przypadku uznania w całości odwołania, zamawiający winien dokonać czynności tak jak w żądaniach 2, 3 i 4 odwołania.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego ALBUILDING. Izba wskazuje, że głównym żądaniem odwołania było żądanie wskazane w pkt. 2 odwołania. Żądania wskazane w pkt. 3 i 4 podniesione zostały jedynie alternatywnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania 2. Podkreślenia wymaga, że art. 186 ust. 2 ustawy P.z.p. nie mówi o uwzględnieniu odwołania przez zamawiającego, ale o uwzględnieniu przez niego zarzutów odwołania. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, iż zamawiający był obowiązany do wykonania żądań alternatywnych, wskazanych w odwołaniu, w sytuacji, gdy wykonał żądanie główne. W ocenie Izby, czynność ta czyni zadość wymogowi wskazanemu w art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy P.z.p., zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.