

WYROK
z dnia 16 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Mikołaja Kopernika Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy**, ul. Jagiellońska 13-15, 85-067 Bydgoszcz,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Bydgoszczy, **ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą lidera w Bydgoszczy**, ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Warbud S.A.**, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa na rzecz **Uniwersytetu Mikołaja Kopernika Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy**, ul. Jagiellońska 13-15, 85-067 Bydgoszcz kwotę 574 zł 30 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt cztery złote trzydzieści groszy) tytułem uzasadnionych kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku przeznaczonego na cele medyczne oraz ładowiska wyniesione dla śmigłowców LPR realizowanych w ramach inwestycji pn. „Wieloletni program medyczny - rozbudowa i modernizacja Szpitala Uniwersyteckiego nr 2 im. dr. Jana Biziela w Bydgoszczy”, nr sprawy: AKDR-01.2110.1.2020. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2020 r. pod nr 2020/S 050-117703.

Drogą elektroniczną w dniu 5 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. oraz ALSTAL IIWESTMENT Sp. z o.o. Sp.k. (dalej jako „Konsorcjum Alstal” lub „ALSTAL”). W terminie ustawowym wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Alstal z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie wykonał wezwania Zamawiającego i nie przedłożył uzupełnionego wykazu robót budowlanych potwierdzającego spełnianie warunku opisanego w pkt 1 ppkt 2) lit. c) części V SIWZ w sytuacji, gdy z treści wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r. wynikało, że Zamawiający uznał, że wskazana w wykazie inwestycja realizowana na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a brak wykonania wezwania stanowi wystarczającą podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, co świadczy o tym, że Konsorcjum Alstal nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, a

w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez Konsorcjum Alstal,

alternatywnie do zarzutu sformułowanego w pkt 1 powyżej, w przypadku, jeśli Izba uzna go za niezasadny. Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający naruszył:

- 2.art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Alstal z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie niekompletnych informacji wskazujących na fakt, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mające (lub mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez Konsorcjum Alstal,
- 3.art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Alstal, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie warunku określonego w Części V ust. 1 pkt 2) lit. c) tiret pierwsze dot. jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 30.000.000,00 zł brutto (punkt 1), a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez Konsorcjum Alstal.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył przepisy:

- 4.art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z Postępowania Konsorcjum Alstal oraz zasady legalizmu prowadzonego postępowania poprzez wybór oferty Konsorcjum Alstal, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)uwzględnienia odwołania,
- 2)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Alstal i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3)wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania i uznania złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą.

oraz o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000 zł.

W uzasadnieniu zarzutu nie wykonania wezwania Zamawiającego i nie przedłożenia uzupełnionego wykazu robót budowlanych o nową robotę potwierdzającą spełnianie warunku Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w Części VI ust. 3 pkt 9. SIWZ zastrzegł, że przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnego na dzień złożenia, wykazu robót budowlanych wykonanych 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 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, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Postanowienie to stanowiło transponowanie do treści SIWZ regulacji przewidzianej przez ustawodawcę w §2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów.

W następstwie przedstawionych przez wykonawcę Konsorcjum Alstal dokumentów w przedmiotowym przetargu Odwołujący złożył w dniu 2 listopada 2020 r. odwołanie (sygn. akt: KIO 2857/20), w którym wskazywał, że skoro celem referencji jest weryfikacja czy roboty budowlane, których wykonanie ma być podstawą do uzyskania kolejnego kontraktu, zostały wykonane w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami prawa budowlanego, to w treści referencji, która do nich się odnosi, muszą znaleźć się sformułowania wartościujące wykonane prace i wskazujące na ich pozytywną ocenę, prawidłowość i staranność. W przeciwnym wypadku taki dokument nie spełnia swojej funkcji i nie może stanowić potwierdzenia, zdefiniowanego w §2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów. Na takim stanowisku stanęła też Izba po rozpatrzeniu stanowisk stron i po analizie złożonych dokumentów i uwzględniła złożone przez Budimex S.A. odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 2 grudnia 2020 r. (KIO 2857/20) uznała, że przedstawiona robota wskazana przez wykonawcę Konsorcjum Alstal w załączniku nr 7 do SIWZ „Wykaz robót” pod pozycją nr 1 wykazu realizacji pod nazwą „Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Ośrodek Radioterapii, w celu zwiększenia dostępności do wysokiej jakości usług zdrowotnych w obszarze chorób nowotworowych” - nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji takiego ustalenia stanu faktycznego Izba nakazała unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

Następnie, w dniu 4 stycznia 2021 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Konsorcjum Alstal na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w związku z wyrokiem KIO z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 2857/20) wezwanie do uzupełnienia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tj.: wykazu robót budowlanych wykonanych 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 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, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wzór Wykazu stanowi załącznik nr 7 do SIWZ; wykaz ma potwierdzać spełnianie warunku opisanego w pkt 1 ppkt 2) lit. c) części V SIWZ. Dodatkowo w treści pisma in fine, Zamawiający podsumował, że: W konsekwencji przedstawiona robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem przedłożony dokument nie spełnia swojej funkcji i nie może stanowić potwierdzenia, że roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Biorąc pod uwagę takie sformułowanie treści wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, Zamawiający zażądał przedłożenia przez Konsorcjum Alstal uzupełnionego o nową robotę / inwestycję wykazu robót budowlanych potwierdzającego jednoznacznie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w

postępowaniu opisywany w pkt 1 pkt 2) lit. c) części V SIWZ. Wykonawca Konsorcjum Alstal tymczasem pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. przedłożył m.in. pismo z dnia 23.11.2020 r. wraz z poświadczeniem wykonania prac, o którym wspomina WSzW w Gorzowie Wielkopolskim.

Następnie Odwołujący stwierdził, że w związku z faktem, że Zamawiający wezwał Konsorcjum Alstal w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia nowej inwestycji w treści wykazu robót, natomiast wykonawca Konsorcjum Alstal zamiast tego przedstawił dokument z dnia 23 listopada 2020 r. wystawiony przez Inwestora stanowiący informację odpowiadającą referencji, należy stwierdzić, że Konsorcjum Alstal nie odpowiedziało na wezwanie w sposób wymagany przez Zamawiającego. Nie wykonanie wezwania i brak przedłożenia uzupełnionego wykazu robót budowlanych potwierdzającego spełnianie warunku opisanego w pkt 1 pkt 2) lit. c) części V SIWZ oznacza, że Konsorcjum Alstal nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, a już sam brak wykonania wezwania stanowi wystarczającą podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 28 sierpnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 1611/17) i w dalszej kolejności podkreślił, że w sytuacji gdyby wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp budziło jakiegokolwiek wątpliwość wykonawcy Konsorcjum Alstal - wykonawca ten mógł wnioskować o wyjaśnienie treści wezwania. W sytuacji, gdy sprzeciwiałby się jego zakresowi i gdyby uznał, że jest niezasadne, mógł również kwestionować treść wezwania w drodze zastosowania środków ochrony prawnej. W sytuacji, w której Konsorcjum Alstal nie formułowało jakichkolwiek zastrzeżeń, co do treści wezwania, a jednocześnie w odpowiedzi nie przedłożyło uzupełnionego o nową robotę wykazu robót, należy uznać, że nie zastosowało się do treści wezwania, w konsekwencji nie potwierdziło spełniania warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący powołując się na orzecznictwo Izby wskazał, że w systemie zamówień publicznych w Polsce od lat funkcjonuje jedna z podstawowych zasad jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem nie ma na tym etapie możliwości, aby wykonawca Konsorcjum Alstal został przez Zamawiającego ponownie wezwany w tym trybie do uzupełnień mających na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym, że wykonawca Konsorcjum Alstal uzupełnił samodzielnie - bez wezwania - poświadczenie wykonania prac z 23 listopada 2020 r., nie ma już możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dowodu, że inwestycja wskazana pod pozycją nr 1 wykazu robót została wykonana należyście, zgodnie z zasadami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona. W przypadku akceptacji możliwości „samouzupełniania” przez wykonawcę brakujących dokumentów, doprowadziłoby to w istocie do sytuacji, w której możliwe byłoby wielokrotne uzupełnianie dokumentów na potwierdzenie tej samej okoliczności, co w świetle orzecznictwa KIO jest niedopuszczalne.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznaczając, że czyni to z daleko idącej ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Izba mimo powyższej argumentacji uznała, że zarzut jest niezasadny wskazał mając na uwadze uzasadnienie powyżej sformułowanego zarzutu, że wykonawca Konsorcjum Alstal złożył (bez wezwania) pismo z dnia 23 listopada 2020 r., z którego wynika, że omawiana inwestycja została przez wykonawcę należyście i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i jednocześnie inwestor nałożył na wykonawcę karę umowną za 7 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Odwołującemu udało się pozyskać informacje i dokumenty, z których wynika, że realizacja inwestycji nie została wykonana należyście, nie została prawidłowo ukończona, inwestor wyszczególnił również szereg niezgodności wynikających z realizacji inwestycji. W konsekwencji uprawniony jest wniosek, że całość zrealizowanych prac została wykonana niezgodnie z indywidualną dokumentacją techniczną oraz z wadami istotnymi uniemożliwiającymi lub utrudniającymi korzystanie z rzeczy. Wykonawca Konsorcjum Alstal podał nierzetelne lub nieprawdziwe informacje, wprowadzające Zamawiającego w błąd. W konsekwencji uzasadnione jest twierdzenie, że wykonawca Konsorcjum Alstal nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, zaś wskazanie omawianej inwestycji, jako spełniającej parametry wobec tak rażącego ich nie wypełniania stanowi, co najmniej o rażącej lekkomyślności Konsorcjum Alstal. W konsekwencji powyższej argumentacji uznać, zatem należy, że Konsorcjum Alstal wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do inwestycji wskazanej pod pozycją nr 1 wykazu robót, przez co Zamawiający uznał, że Konsorcjum Alstal spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego mając na względzie jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie Konsorcjum Alstal (Wykaz robót) oraz treść dokumentów pozyskanych przez Odwołującego, świadczących o licznych i istotnych nieprawidłowościach podczas realizacji inwestycji, uwzględniając jednocześnie, że oczywistym celem złożenia w wykazie robót oświadczenia tej treści było spełnienie warunków udziału w postępowaniu, powyższe ocenić należy, jako umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Wobec tego, uznać należy, że działanie Konsorcjum Alstal wypełnia znamiona przepisów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odwołujący z powołaniem się na orzecznictwo Izby przeprowadził analizę ww. przepisów ustawy Pzp oraz stwierdził, że Konsorcjum Alstal umieściło w wykazie robót informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczące jakości i sposobu ukończenia wykonanych robót w ramach inwestycji wskazanej pod pozycją nr 1 wykazu robót. Swoim działaniem Konsorcjum Alstal doprowadziło do przekonania Zamawiającego, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu. Doszło, zatem do wywarcia nie tylko potencjalnego, ale faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do zachowania należytej staranności, w tym obowiązany jest do uprzedniego zweryfikowania informacji przekazywanych w postępowaniu zamawiającemu. Przede wszystkim zobowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej oceny swoich działań w ramach inwestycji. Szczególnej staranności wykonawca winien dołożyć w odniesieniu do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a za takie uważa się między innymi - jak to miało miejsce w niniejszej sprawie - informacje oceniane w ramach warunku udziału. Stopień naganności działania wykonawcy Konsorcjum Alstal potęgowany jest przez fakt, iż wykonawca ten miał świadomość, że przedstawiona w Wykazie robót inwestycja nie została ukończona prawidłowo ani należyście. Biorąc pod uwagę, że Konsorcjum Alstal przedstawiło Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wykonawca ten spełnia warunki udziału, bezspornym, zatem jest, że Konsorcjum Alstal, jako profesjonalny wykonawca, nie sprostał obowiązkom spoczywającym na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. W analizowanym stanie faktycznym ziściły się, zatem wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, co przekłada się na uznanie, że Konsorcjum Alstal podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z Postępowania.

Uzasadniając zarzut braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że czym się kategorię nie zgadza, że Konsorcjum Alsta zastosowało się do wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to jedynymi dokumentami wartościującymi oraz oceniającymi realizację w Gorzowie Wielkopolskim są następujące dokumenty: Protokół odbioru końcowego z dnia 23.11.2018 r., Protokół odbioru końcowego z dnia 14.11.2018 r., Poświadczenie wykonanych prac z dnia 28.08.2020 r. W toku prowadzonej pisemnej korespondencji z Zarządem Szpitala w Gorzowie Wielkopolskim Odwołujący uzyskał oficjalne potwierdzenie następujących faktów: zarząd Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim nie dokonywał w żadnym z pism i oświadczeń wartościowania i oceny jakości wykonanych prac (pismo z dnia 08.02.2021 r.), jedynymi dokumentami w tym zakresie są protokoły odbioru końcowego z dnia 23.11.2020 r. oraz 14.11.2018 r., a także poświadczenie wykonanych prac z dnia 28.08.2020 r., wystąpienie wad istotnych i nieprawidłowość opisanych w dalszej części odwołania, nałożenie kar umownych w wysokości 429.279,00 zł za zwłokę w realizacji inwestycji nie została wykonana w pełni zgodnie z umową, inwestycja została wykonana częściowo niezgodnie z indywidualną dokumentacją techniczną, do momentu zakończenia procedury odbiorowej Wykonawca nie przedstawił wszystkich wymaganych prawem budowlanym dokumentów. Biorąc pod uwagę powyższe fakty oraz ustalenia stan faktyczny przez KIO jak wyżej, Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku realizacji podanej przez Konsorcjum Alsta pozycją nr 1 wykazu robót pod nazwą „Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlk Sp. z o.o. Ośrodek Radioterapii, w celu zwiększenia dostępności do wysokiej jakości usług zdrowotnych w obszarze chorób nowotworowych”, doszło po stronie wykonawcy Konsorcjum Alsta do szeregu nieprawidłowości, które zaprzeczają należytemu wykonaniu tej inwestycji. Okoliczności te zostały stwierdzone m.in. w oparciu o szereg dokumentów, przygotowanych i przedstawionych przez Odwołującego już na pierwszej rozprawie dotyczącej tego postępowania, wraz z dokumentami uzupełniającymi uzyskanymi w późniejszym terminie. Podstawowe dokumenty pozwalające na weryfikację sposobu wykonanych przez Konsorcjum Alsta prac to: Protokół końcowego odbioru robót dla zadania sporządzony dnia 23 listopada 2018 r. w sprawie odbioru robót wykonanych przez ALSTA Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Inowrocławiu na podstawie umowy nr ZP/N/Rb/58/16 z dnia 31 marca 2017 r. wraz załącznikiem nr 1 (wraz ze sprostowaniem omyłki pisarskiej dotyczącej daty). Uwaga do dokumentu: wykaz wad i usterek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego dotyczących najważniejszych pomieszczeń w zrealizowanym szpitalu tj. nr 0.57, 0.58, 0.59, 0.60, 0.61, 0.62, wykazano na oddzielnym dokumencie, co jest odnotowane w dokumencie. 00.5 STEROWNIA Wg. odrębnego protokołu, 00.58 BUNKIER RADIOTERAPII Wg. odrębnego protokołu, POMIESZCZENIE MODULATORÓW Wg. odrębnego protokołu, 00.60 STEROWNIA Wg. odrębnego protokołu, POMIESZCZENIE MODULATORÓW Wg. odrębnego protokołu, 00.62 BUNKIER RADIOTERAPII Wg. odrębnego protokołu oraz Protokół odbioru końcowego z dnia 14 listopada 2018 r. - protokół z czynności odbiorowych w zakresie pomieszczeń o nr 0.57, 0.58, 0.59, 0.60, 0.61, 0.62 tj. pomieszczeń bunkrów, sterowni, modulatorów, magazynu dozymetrii. Analizując Protokół końcowego odbioru robót dla zadania z dnia 23 listopada 2018 r. wraz załącznikiem nr 1. pozwala wyciągnąć następujące wnioski: że zgłoszenie przez wykonawcę faktu zakończenia robót nastąpiło dnia 16 września 2018 r., z kolei rozpoczęcie czynności odbiorowych nastąpiło dnia 21 września 2018 r. Kolejne informacje podane w treści protokołu wskazują, że czynności odbioru końcowego były powtarzane 3-krotnie ze względu na wystąpienie wielu wad i trwały 6 dni, co stanowi okres aż 2 miesięcy i 7 dni. Pierwszy odbiór końcowy odbył się w terminie 21.09.2018 r., w świetle stwierdzonych w toku odbioru wad Zamawiający odmówił dokonania odbioru robót. Wykonawca usunął wskazane w protokole wady i czynność została powtórzona. Drugi odbiór końcowy nastąpił w terminie 26.10.2018 r., po raz kolejny Zamawiający nie dokonał odbioru z uwagi na wskazane wad. Wykonawca po raz drugi dokonał usunięcia wad wskazanych w protokole. Trzecią próbę odbioru końcowego przeprowadzono w dniu 23.11.2018 r. w świetle czynności odbiorowych spisany został protokół warunkowy. Z treści Protokołu wynika, że zgłoszeń dotyczących wad stwierdzonych w toku czynności odbiorowych dokonano kilkakrotnie, a schemat działania w tym przypadku przedstawiał się następująco: 14 października 2018 r. - nastąpiło przekazanie wykazu wad drogą mailową wraz z dwoma załącznikami oraz wykazu wad wykonanego przez pracowników WSzW w dniach 2 października 2018 r. - 4 października 2018 r.; 22 października 2018 r. - nastąpiło wówczas zgłoszenie zakończenia wykonywania wad; 26 października 2018 r. wyznaczono termin odbioru końcowego i zgłoszonych wad; 13 listopada 2018 r. zgłoszono zakończenie wykonywania wad; 13 listopada 2018 r. wyznaczono termin odbioru końcowego i zgłoszonych wad; 22 listopada 2018 r. zgłoszono gotowość do zakończenia odbioru końcowego. Co istotne, pod kalendarium czynności wykonywanych w ramach odbioru inwestor opisał na stronie 2 protokołu również szereg istotnych niezgodności wynikających z realizacji inwestycji. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na użyte przez inwestora sformułowania, że „roboty budowlane pod względem technicznym zostały wykonane zgodnie z dostarczoną dokumentacją, jednak niezgodnie z Indywidualną dokumentacją techniczną w zakresie montażu drzwi do bunkrów. Roboty zostały wykonane z wadami, w tym z wadami istotnymi opisanymi poniżej, w związku z powyższym Komisja dokonuje odbioru warunkowego z uwzględnieniem zapisów zawartych w punkcie „Zastrzeżenia i uwagi Komisji”. Dodatkowo w dalszej części Protokołu inwestor opisał również Zastrzeżenia i uwagi Komisji, z których wynika m.in., że „skrzydło drzwiowe uderza o ościeżnicę, a powyższa wada wskazuje, że przyczyną takiego uderzenia jest niewłaściwie dobrany silnik i system sterowania. (...) Niewłaściwy sposób domykania skrzydła drzwiowego i związane z tym konsekwencje stanowią wadę istotną, gdyż utrudnia to lub uniemożliwia Zamawiającemu korzystanie z rzeczy. Do Protokołu dołączono również Załącznik nr 1, w którym znalazła się tabela wyszczególnieniem nazwy pomieszczenia i stwierdzonymi wadami. Wady zostały zgodnie z załącznikiem stwierdzone w piwnicy, na parterze, I piętrze, na klatkach schodowych oraz na przyległym terenie oraz w elewacji, a zatem w wszystkich elementach wchodzących w skład inwestycji. Wszystkie stwierdzone wady i usterki mają zdanier Odwołującego charakter istotny, to znaczy nie są wyłącznie drobnostkami, które mogły zostać w sposób szybki i nieuciążliwy naprawione, np. w wierszu „Uwagi ogólne” w zakresie pomieszczenia „Piwnica” inwestor podał, że „stwierdzono drastyczne różnice w temperaturze barwowej świecenia, wypalenie panelu LED”. Jeśli chodzi o pozostałe elementy, to wystąpiły liczne pęknięcia na ścianach, nie wykonano prac wykończeniowych na klatkach schodowych nr 01.01; 01.41, „Cała do wykończenia - sufity, ściany, podłogi, schody”. W zakresie pomieszczenia „Parter” ponownie stwierdzono drastyczne różnice w temperaturze barwowej świecenia, a ponadto błędnie osadzono ścianki HPL, nie wykończono szafek, rur wodnych, rur w ścianach również nie zabezpieczono, ponadto wykazano również szereg innych niezgodności dotyczących montażu różnych elementów czy przemalowania niektórych powierzchni. Dalej, jeśli chodzi o kolejne pomieszczenia, tj. „I Piętro” - w tym przypadku z treści protokołu wynika, że we wszystkich łazienkach dla niepełnosprawnych błędnie wykonano spadki do krótkich odpływowych, powodujące wypływanie wody na korytarz. Ponadto z tabeli wynika, że nieprawidłowo tj. niezgodnie z dokumentacją wykonano montaż rur pod zlewozmywakiem w pomieszczeniu 1.07, wystąpiły również liczne pęknięcia na ścianach, a także nie wykonano prac wykończeniowych w takich pomieszczeniach jak pokój pracy lekarzy czy dyżurka pielęgniarek. Jeśli chodzi o zagospodarowanie terenu elewację, to na terenie przekazanym dla wykonawcy stwierdzono pozostałości materiałów budowlanych, niewyregulowane studnie w stosunku do terenu i studnie rewizyjne od drenażu, teren nie został również doprowadzony do stanu przed rozpoczęciem budowy, a także nie odtworzono chodników po likwidacji zaplecza budowy.

Brak wykonania tych prac stanowi o niewypełnieniu obowiązku umownego określonego w Umowie pomiędzy Konsorcjum

Alstal, a Szpitalem w Gorzowie Wlkp. dokładnie z zapisami §2 „Obowiązki Zamawiającego i Wykonawcy” ust. 2 lit r.) o następującej treści: Do obowiązków Wykonawcy należy: po zakończeniu robót uporządkowanie terenu budowy oraz terenu przyległego i doprowadzenie go do stanu nie gorszego od pierwotnego, najpóźniej do dnia odbioru końcowego”.

Analiza natomiast dokumentu z pkt nr 2 Protokół odbioru końcowego z dnia 14 listopada 2018 r. - protokół z czynności odbiorowych w zakresie pomieszczeń o nr. 0.57, 0.58, 0.59, 0.60, 0.61, 0.62. pozwala wyciągnąć następujące wnioski: Podobnie jak prace w pozostałej części obiektu, również w zakresie ww. pomieszczeń Zamawiający zapisał uwagę o wykonaniu prac niezgodnie z dokumentacją techniczną, z wadami istotnymi. W pkt. 3 protokołu zawarto informację o braku odbioru od Wykonawcy dokumentacji powykonawczej w zakresie bunkrów. Protokół odbioru prac w tych pomieszczeniach został wyodrębniony od pozostałej części z uwagi na ich rangę i kluczowe znaczenie w kontekście całego zamówienia. Znajduje to odzwierciedlenie w treści protokołu w części „Zastrzeżenia i uwagi Komisji”, Zamawiający używa następującego sformułowania „Bunkry i zamontowany w nich sprzęt medyczny są podstawowymi elementami budowanego Ośrodka Radioterapii”. Z treści protokołu w tej części wynika, że Konsorcjum Alstal nie wykonało tj. nie zakończyło prac wykończeniowych w tej części obiektu, co w konsekwencji uniemożliwiło Zamawiającemu uruchomienia Akceleratorów - co stanowi wadę istotną. Ponadto w pkt. 2 wymieniono wadę dotyczącą drzwi do pomieszczeń bunkrów polegającą na braku montażu listwy uderzeniowej. Inwestor używa w tym miejscu protokołu następującego określenia „brak ww. listwy stanowi realne zagrożenie dla pracowników Zamawiającego oraz pacjentów” oraz „Drzwi nie zapewniają bezpieczeństwa użytkownika -jest więc to wada istotna. Kolejno w pkt. 3 wyspecyfikowano nieprawidłowy montaż drzwi do pomieszczenia akceleratorów w taki sposób, że skrzydło drzwiowe uderza w ościeżnicę. Jako przyczynę Inwestor wskazał błędnie dobrany i zamontowany silnik oraz system sterowania drzwiami oraz brak indywidualnej dokumentacji technicznej w tym zakresie. Wspomniane nieprawidłowości, jak pisze Inwestor stanowią wadę istotną, gdyż utrudnia to lub uniemożliwia Zamawiającemu korzystanie z rzeczy”, Ponadto, treść załącznika do przedmiotowego protokołu definiuje wiele innych wad: brak DTR zamontowanego silnika GFA, brak schematów połączeń silnika z zasilaniem, brak doboru zabezpieczeń, brak dokumentów wymaganych prawem dla wszystkich wbudowanych elementów, niedokończone prace wykończeniowe, brak oznakowania instalacji chłodzenia awaryjnego, uszkodzone płyty sufitowe i inne. Na marginesie na uwagę zasługuje także fakt, że Wykonawca Konsorcjum Alstal do dnia dzisiejszego nie usunął wszystkich wad i usterek stwierdzonych w ww. protokołach. Poza tak licznymi nieprawidłowościami związanymi z jakością wykonania prac Inwestor naliczył i skompensował znaczącą karę umowną w wysokości 1,4% wartości kontraktu tj. 439.279,00 zł tytułem 7 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż stanowi to sprzeczność ze stanem faktycznym, którego analiza (choćby na podstawie §2 z Aneksu nr 5 z dnia 27 lipca 2018 r.) wskazuje na ponad 2-miesięczny okres zwłoki. Zgodnie z §3 ust. 11 Umowy „za wykonanie przedmiotu umowy i dotrzymanie umownego terminu (15.09.2018 r.) zakończenia robót, uznają zakończenie przez Wykonawcę robót objętych przedmiotem zamówienia oraz podpisanie protokołu odbioru końcowego robót, a także przekazanie dokumentacji, o której mowa w §2 ust 2 lit. c” W świetle powyższych zapisów umownych Odwołujący wskazuje, że podpisanie warunkowego protokołu odbioru końcowego robót nastąpiło w dniu 23.11.2018 r., a więc 69 dni, co stanowi 2 miesiące i 8 dni po terminie przewidzianym w umowie, jako termin końcowy. Ponadto na dzień sporządzenia protokołu nie została dostarczona dokumentacja, o której mowa w §2 ust. 2 lit. c, co wynika jasno z treści protokołów odbioru i ich załączników. W związku z powyższym faktyczna zwłoka w realizacji tej inwestycji wynosiła ponad 2 miesiące, co po raz kolejny świadczy o rażącym niewywiązywaniu się wykonawcy Konsorcjum Alstal z zobowiązań umownych w realizacji przedmiotowej Inwestycji.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że przedmiot Umowy dotyczący realizacji inwestycji pn. Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala w Gorzowie Wielkopolskim sp. z o. o. i Ośrodka Radioterapii, w celu zwiększenia dostępności do wysokiej jakości usług zdrowotnych w obszarze chorób nowotworowych nie został zrealizowany w sposób należyty, nie został prawidłowo ukończony, a także nie został wykonany w pełni zgodnie z umową oraz przepisami prawa budowlanego w tym dokumentacją projektową z uwagi na: wystąpienie wad istotnych, w tym wad stanowiących zagrożenie dla pracowników Zamawiającego oraz pacjentów Szpitala, w tym wad utrudniających lub uniemożliwiających Zamawiającemu korzystanie z obiektu, częściowe wykonanie robót niezgodnie z indywidualną dokumentacją techniczną, częściowe niewykonanie przedmiotu zamówienia do momentu procedury odbioru końcowego (wykończenie klatek schodowych), naliczenie i potrącenie kar umownych w wysokości 429.279 zł, a tym samym brak możliwości potwierdzenia prawidłowego ukończenia inwestycji, 68-dniowe opóźnienie w realizacji Inwestycji, niewypełnienie obowiązku umownego określonego w § 2 ust. 2 lit r.), tj. doprowadzenia terenu budowy i przyległego terenu do stanu sprzed realizacji inwestycji najpóźniej do dnia odbioru końcowego, brak odbioru przez Zamawiającego dokumentacji powykonawczej do momentu zakończenia procedury odbiorowej, nie przedłożenie podstawowych dokumentów wymaganych prawem budowlanym w zakresie drzwi do bunkrów przed ich wbudowaniem i odbiorem końcowym. Powyższe w całości znajduje potwierdzenie w przytoczonych dokumentach odbiorowych. Jak słusznie zauważa sam Inwestor w piśmie z dnia 08.02.2021 r. tylko i wyłącznie te dokumenty stanowią o ocenie i wartościowaniu wykonanej Inwestycji.

Następnie Odwołujący wskazał, że w dniu 31.12.2020 r. skierował do Zamawiającego tj. Collegium Medicum obszerne pismo wskazujące na powyższe, liczne nieprawidłowości, jeszcze przed czynnością wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Alstal. Zamawiający nie uwzględnił ich w toku powtórnego badania oferty, co jest niezrozumiałe dla Odwołującego. Z punktu widzenia Zamawiającego tak jaskrawe i jednoznaczne fakty jak wady istotne, kary umowne i inne wskazane powyżej zagadnienia, w tym także, co istotne treść wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 2857/20 powinny skutkować decyzją Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum Alstal z postępowania i o uznaniu oferty tego wykonawcy za odrzuconą. Odwołujący przywołał orzecznictwo dotyczące stwierdzenia należytego wykonania umowy i niezależnie od powyższego wskazał, że z treści pozyskanych przez niego dokumentów wynika również, że inwestor naliczył wykonawcy Konsorcjum Alstal kary umowne w wysokości 429.279,00 zł i aktualnie toczy się między stronami spór w Sądzie Okręgowym w Szczecinie Wydział Gospodarczy (sygn. sprawy: VIII GC 589/20). Mając świadomość tak wysokich kar umownych naliczonych w związku z niewywiązaniem się z postanowień umowy, Konsorcjum Alstal dąży do udowodnienia, że nie mają one mimo wszystko znaczenia, stąd konsekwentnie przedstawia dokument mający stanowić dowód należytej realizacji i prawidłowego ukończenia inwestycji. Konsorcjum Alstal w treści pisma z dnia 15 stycznia 2021 r. przekazanego Zamawiającemu w odpowiedzi na pismo z 5 stycznia 2021 r. z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp opisuje powyższy stan faktyczny ze swojej perspektywy, jednak w ocenie Odwołującego powoływane fakty, okoliczności i dokumenty również świadczą na niekorzyść tego wykonawcy, ponieważ stanowią o nienależytej realizacji i nieprawidłowym ukończeniu inwestycji wskazanej pod pozycją nr 1 wykazu robót. Odwołujący częściowo odniósł się do złożonych w dniu 15.01.2021 r. przez Konsorcjum Alstal wyjaśnień w zakresie nieterminowej realizacji, stwierdzając, że uznaje je w całości za nietrafione i bezzasadne. Konsorcjum Alstal stara się wyjaśnić, że kary zostały naliczone niezasadnie, wskazując, że umowa pomiędzy nim a Zamawiającym „tworzy niejako fikcję prawną, na potrzeby weryfikacji, czy można uznać, że termin wykonania robót został dochowany” - nie odnosząc się jednocześnie do najbardziej istotnych zapisów umownych. Ponadto, jako jeden z argumentów uzupełniających, wskazuje na wniesiony pozew przeciwko WSzW w Gorzowie z dnia 26.10.2020 r. o zapłatę w postępowaniu nakazowym. Kary umowne zostały naliczone w dniu

30.01.2019 r. tj. ponad 2 lata temu. Konsorcjum Alstal złożyło natomiast pozew dopiero w dniu 26.10.2020 r. tj. w ocenie Odwołującego tylko i wyłącznie na potrzeby pierwszego odwołania KIO o sygn. KIO 2857/20. Umowa pomiędzy Szpitalem w Gorzowie a wykonawcą Konsorcjum Alstal jasno i czytelnie definiuje kwestię terminu realizacji. To §3 „miejsce i termin wykonania robót” ust. 11 oraz § 4 ust. 4 Umowy, stanowi o terminie i warunkach koniecznych do spełnienia, aby uznać prawidłowe i terminowe zakończenie i wykonanie przedmiotu umowy. Wynika z nich zdaniem Odwołującego, że aby uznać zakończenie realizacji, wykonawca musiał przedstawić podpisane protokoły odbioru końcowego oraz dokonać zakończenia prac. Co najistotniejsze, w tym miejscu za datę zakończenia uznaje się datę podpisania protokołów odbioru końcowego, w tym przypadku datę 23.11.2018 r., wobec terminu umownego 15.09.2018 r., a więc 69 dni, co stanowi 2 miesiące i 8 dni po terminie przewidzianym w umowie, jako termin końcowy. Nie można, zatem uznać, że w przypadku naliczenia Konsorcjum Alstal kar umownych w wysokości niemal pół miliona złotych omawiana inwestycja została należycie wykonana i prawidłowo ukończona, wręcz przeciwnie: naliczenie kar umownych wyklucza możliwość uznania należytości realizacji.

W dalszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na chronologię korespondencji z inwestorem roboty wskazanej w treści wykazu robót pod pozycją nr 1, i niekonsekwencję wynikającą z częstych zmian stanowiska inwestora, co do oceny wartościowania opisywanej realizacji.

Dnia 23.11.2020 r. Szpital w Gorzowie Wielkopolskim w odpowiedzi na pytanie Odwołującego wystosował pismo, w którym określił realizację, jako wykonaną należycie, jednocześnie potwierdzając fakt nałożenia na Konsorcjum Alstal kar umownych. Następnie w trybie dostępu do informacji publicznej Odwołujący uzyskał od Szpitala w Gorzowie protokoły odbioru końcowego, z których wynika wystąpienie wad istotnych ograniczających lub uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu zamówienia, częściowe wykonanie niezgodnie z indywidualną dokumentacją techniczną, brak dostarczenia wymaganych prawem dokumentów, niewypełnienie obowiązków umownych w zakresie doprowadzenia terenu zewnętrznego do stanu sprzed realizacji i innych licznych nieprawidłowości skrupulatnie odnotowanych w przedmiotowych dokumentach. W następstwie zdobytych informacji Odwołujący wystosował do Szpitala w Gorzowie Wielkopolskim pismo w dniu 31.12.2020 r., w którym wniósł o sprostowanie treści pisma potwierdzającego należyte wykonanie, powołując się w jego treści na liczne zgromadzone i udostępnione dowody. Ostatecznie w dniu 08.02.2021 r. Zarząd Szpitala w Gorzowie Wielkopolskim przyznał, że „nie dokonywał wartościowania Inwestycji, a ocena, co do jakości wykonania zawarta jest w protokołach odbiorowych oraz wystawionym poświadczeniu wykonania robót.” Informujemy jednocześnie, że Zarząd Spółki, co do jakości wykonania przedmiotu zamówienia, nie dokonywał wartościowania a ocena zawarta jest w protokołach odbiorowych oraz poświadczeniu wykonania robót budowlanych z dnia 28.08.2020r. Jednocześnie w pierwszej części tego pisma Szpital w Gorzowie potwierdził, że realizacja została wykonana zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane oraz zawartą umową, a także dokumentacją projektową. Pismo należy, zatem określić, jako zawierające wewnętrznie sprzeczne twierdzenia: z jednej strony Zarząd Spółki przyznaje, że nie dokonywał wartościowania realizacji inwestycji, a wszelkie niezbędne informacje zostały zawarte w treści protokołów, z drugiej zaś strony w tym samym piśmie ocenia, że inwestycja została zrealizowana zgodnie z przepisami prawa budowlanego, umową i dokumentacją projektową. W odpowiedzi na pismo z dnia 08.02.2021 r. informujemy, że ww. zadanie inwestycyjne zostało wykonane przez Wykonawcę zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, zawartą umową oraz dokumentacją projektową. Na Państwa wniosek o dostępie do informacji publicznej otrzymaliście. W dalszym ciągu, zatem istnieją poważne wątpliwości dotyczące należytości wykonania realizacji inwestycji, biorąc pod uwagę, że z treści protokołów wynika, że inwestycja nie została zrealizowana należycie z uwagi na wystąpienie licznych wad istotnych i usterek. Odwołujący sprzeciwił się takiemu potwierdzeniu w dniu 10.02.2021 r. kierując pisemnie prośbę o potwierdzenie, że Inwestycja nie została zrealizowana w pełni zgodnie z umową, dokumentacją projektową oraz przepisami prawa budowlanego, co znajduje po raz kolejny potwierdzenie w jedynych właściwych dokumentach, na podstawie których można w tej sytuacji dokonać jakiegokolwiek wartościowania, tj. protokołach odbioru końcowego. Ostatecznie Zamawiający odpowiedzią z dnia 10.02.2021 r. potwierdził, że nałożył karę umowną, a więc Inwestycja nie została w pełni zakończona zgodnie z umową. Potwierdził również, że drzwi do bunkrów zgodnie z treścią protokołu odbioru końcowego nie zostały zamontowane zgodnie z indywidualną dokumentacją projektową oraz, że do dnia odbioru końcowego Konsorcjum Al stal nie złożyło dokumentów wymaganych prawem budowlanym w zakresie drzwi do bunkrów. Tym samym Odpowiedź Szpitala w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 08.02.2021 r. stanowiącą o wykonaniu zgodnie z przepisami prawa budowlanego, zawartą umową oraz dokumentacją projektową należy uznać za niewiążącą. Zgodnie z przeprowadzoną korespondencją to protokoły odbioru końcowego stanowią jedyne dokumenty oceniające wykonane prace pod kątem jakości i wartościującymi je. W toku prowadzonej korespondencji zauważalna jest zatem istotna modyfikacja oceny realizacji Inwestycji przez Szpital w Gorzowie Wielkopolskim z nieostrożnej i pochopnej oceny należytego wykonania z dnia 23.11.2020 r. do ostatecznego braku wartościowania i braku oceny oraz odniesienia się jedynie do protokołów odbioru końcowego w tym zakresie. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności zdaniem Odwołującego Konsorcjum Alstal nie wykazało, że spełnia warunek określony przez Zamawiającego w Części V ust. 1 pkt 2) lit c) SIWZ.

Odnosząc zarzut prowadzenia postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, Odwołujący wskazał, że konsekwencją wszystkich ww. uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad. Emanacją respektowania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest także skrupulatne weryfikowanie spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, któremu udzielone zostać ma zamówienie, pamiętając, iż weryfikacja ta nie może być oderwana od podstawowego celu tego mechanizmu, jakim jest udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Do odwołania została doręczona Korespondencja ze Szpitalem w Gorzowie Wielkopolskim: 10.02.2021r. - odpowiedź Gorzów 10.02.21 r. - pismo Budimex, 08.02.2021r. - pismo Gorzów, 08.02.2021 r. - pismo Budimex, 31.12.2020 r. - Pismo Budimex, 23.11.2020 r. - Pismo Gorzów - należyte wykonanie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził bezzasadność zarzutów odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie pierwszego zarzutu, Zamawiający podał, że wyrokiem z dnia 2 grudnia 2020 roku wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO 2857/20 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części V ust. 1 pkt 2) lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W dniu 4 stycznia 2021 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru

najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownej czynności badania i oceny ofert, a także na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał konsorcjum ALSTAL do uzupełnienia wykazu robót budowlanych. Wykaz miał potwierdzać spełnianie warunku opisanego w pkt 1) lit. c) część V SIWZ. Pismem z dnia 15 stycznia 2021 roku konsorcjum ALSTAL, powołując się na uprzednio złożony wykaz, przedłożyło dokumenty potwierdzające, że roboty budowlane zrealizowane na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. zostały wykonane należyście.

Zamawiający wskazał, że w sprawie o sygnaturze KIO 2857/20 Krajowa Izba Odwoławcza nie oceniała inwestycji na rzecz szpitala w Gorzowie Wielkopolskim, ale dokument przedłożony przez ALSTAL na potwierdzenie należytego wykonania tej inwestycji. KIO oceniła, że przedłożone przez ALSTAL „poświadczenie” nie mogło stanowić potwierdzenia należytego wykonania robót budowlanych. Tylko z tego powodu KIO uznała robotę na rzecz szpitala w Gorzowie Wielkopolskim za niespełniającą warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał podstaw do uznania tej roboty budowlanej za niespełniającą warunku udziału w postępowaniu z innych przyczyn niż przyczyny podane przez KIO. Fragment pisma Zamawiającego, który w odwołaniu przytacza Odwołujący jest cytatem z uzasadnienia wyroku KIO z 2 grudnia 2020 roku. Odwołujący wysuwa swoje wnioski tylko z podkreślonej przez siebie na czerwono części zdania, zupełnie pomijając pozostałą część, która nadaje zdaniu inny sens. Jest to jawna manipulacja Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wezwał ALSTAL do przedłożenia wykazu uzupełnionego o nową robotę budowlaną.

Odnosząc się do zarzuty nr 2 i 3 Zamawiający podał, że w dniu 31 grudnia 2020 roku Odwołujący skierował do niego obszerne pismo, w którym sformułował, podnoszone także na rozprawie w dniu 27 listopada 2020 roku w sprawie o sygnaturze KIO 2857/20, zarzuty, co do należytego wykonania przez ALSTAL inwestycji na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. Na wezwanie Zamawiającego ALSTAL pismem z dnia 15 stycznia 2021 roku przedłożył pismo wystawione dnia 23 listopada 2020 roku przez Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o., w którym szpital potwierdził, że inwestycja pn. „Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. Ośrodek Radioterapii w celu zwiększenia dostępności do wysokiej jakości usług zdrowotnych w obszarze chorób nowotworowych” została wykonana przez ALSTAL należyście i zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz poinformował, że na ALSTAL została nałożona kara umowna za 7 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia. W swoim piśmie z dnia 15 stycznia 2021 roku ALSTAL dodatkowo obszernie odniósł się do zarzutów sformułowanych w piśmie Odwołującego z dnia 31 grudnia 2020 roku.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zgodnie z §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 roku (t.j. Dz. U. z 2020 roku poz. 1282) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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 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 bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Z przytoczonego przepisu rozporządzenia wynika, że prawodawca wymaga, aby do wykazu robót zostały załączone dowody określające, czy roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Nadto prawodawca wyraźnie wskazuje, że takimi dowodami mogą być jedynie referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Wyjątkowo prawodawca dopuszcza, aby takimi dowodami były inne dokumenty, ale tylko w sytuacji, gdyby wykonawca nie był w stanie uzyskać dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane i to tylko z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Zatem według ww. rozporządzenia, co do zasady, dowód na należyte wykonanie robót budowlanych powinien spełniać następujące warunki: być referencją bądź innym dokumentem wystawionym przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, oraz określać, że roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności, że roboty wykonano zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Przedstawione przez ALSTAL pismo szpitala w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 23 listopada 2020 roku spełnia powyższe warunki. Zostało wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane oraz potwierdza należyte wykonanie tych robót.

Zamawiający podał, że Odwołujący w piśmie z dnia 31 grudnia 2020 roku kwestionuje należyte wykonanie ww. inwestycji, a zatem kwestionuje prawidłowość wystawionej referencji. W związku z powyższym, Zamawiający przesłał Wielospecjalistycznemu Szpitalowi Wojewódzkiemu w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. pismo Odwołującego z dnia 31 grudnia 2020 roku oraz pismo ALSTAL z dnia 15 stycznia 2021 roku z zapytaniem, czy w świetle podniesionych przez Odwołującego zarzutów i wyjaśnień złożonych przez ALSTAL, szpital nadal potwierdza wykonanie przez ALSTAL przedmiotowej inwestycji w sposób należyty i zgodnie z przepisami prawa budowlanego. W odpowiedzi Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. wskazał, że dokonał odbioru od ALSTAL zrealizowanej inwestycji, uzyskał pozwolenie na użytkowanie obiektu wydane przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego, co było poprzedzone kontrolami i otrzymaniem pozytywnych stanowisk Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Gorzowie Wielkopolskim oraz Powiatowej Stacji Sanitarno - Epidemiologicznej w Gorzowie Wielkopolskim w sprawie zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym. Szpital także podał, że otrzymał zezwolenie na wykonywanie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące wydane przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki dla zakładu radioterapii zlokalizowanego w wybudowanym obiekcie, obejmującym między innymi pomieszczenia z akceleratorami oraz tomografem komputerowym. Otrzymanie tego zezwolenia było poprzedzone kontrolami oraz pomiarami osłon stałych, które wypadły pozytywnie. Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. oświadczył, że nadal potwierdza należyte i zgodne z przepisami prawa budowlanego wykonanie inwestycji przez ALSTAL. Nadto poinformował, że nałożył na ALSTAL karę umowną za 7 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zauważył, że nie istnieje ustawowa definicja pojęcia „należyte wykonanie”, nie jest w sposób zamknięty ustalony krąg zachowań, które mieszczą się w należytym wykonaniu, albo jakie zachowania bądź zaniechania

już nie wypełniają tego pojęcia. O należywym wykonaniu można mówić, jeżeli interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania. Do momentu, kiedy istota świadczenia odpowiada potrzebom zamawiającego oraz zgodna jest z zaciągniętym zobowiązaniem, nie może być mowy o nienależytym wykonaniu umowy. Inwestycja na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o. o. wykonywana była na podstawie umowy o roboty budowlane. Stronami umowy były ALSTAL oraz Szpital. Przedmiotowa inwestycja była realizowana przez ponad półtora roku. Odwołujący nie brał udziału w jej realizacji w żadnym charakterze, nie miał dostępu do całej dokumentacji dotyczącej inwestycji, zatem miał wystarczającą, kompleksową wiedzę na temat pełnej realizacji umowy w jej wszystkich aspektach, a swoje zastrzeżenia oparł na kilku wybiórczych dokumentach otrzymanych od inwestora. Tymczasem inwestor miał wiedzę na temat całościowego wykonania umowy i był uprawniony do rozliczenia ALSTAL, jako drugiej strony umowy z prawidłowości wykonania robót budowlanych. W piśmie z dnia 23 listopada 2020 roku stwierdził, że roboty budowlane zostały wykonane należyście. Tym samym potwierdził, że jego interes określony w umowie został zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania. Sprzecznym z zasadami doświadczenia życiowego byłoby skwitowanie przez inwestora robót, jako należyście wykonanych w sytuacji, gdyby w rzeczywistości były wykonane nienależyście. Co więcej, szpital po zapoznaniu się z zarzutami Odwołującego zawartymi w piśmie z dnia 31 grudnia 2020 roku oświadczył, że nadal uznaje te roboty budowlane za wykonane należyście. Nadto Szpital w Gorzowie Wielkopolskim w piśmie z dnia 2 lutego 2021 roku wskazuje, że kara umowna została nałożona na ALSTAL za 7 dni zwłoki, jednak sam szpital w protokole odbioru końcowego uznał roboty budowlane za wykonane w terminie umownym. Łączna analiza protokołu końcowego odbioru robót z 23 listopada 2018 roku, pisma nakładającego karę umowną z 30 stycznia 2019 roku, znak: L. dz. WSW/E/42/19 (dokumenty załączone do pisma ALSTAL z dnia 15 stycznia 2021 roku) oraz umowy pomiędzy ALSTAL a szpitalem pozwala wyprowadzić wniosek, że najprawdopodobniej szpital de facto nałożył karę umowną nie za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia, ale za zwłokę w zgłoszeniu gotowości do odbioru. Umowa nie przewidywała kary umownej w takiej sytuacji. Kara umowna jest kwestią sporną pomiędzy szpitalem a ALSTAL i zostanie rozstrzygnięta przez Sąd Okręgowy w Szczecinie. Zakładając nawet, że nałożenie kary umownej było zasadne, to trudno uznać, aby siedmiodniowa zwłoka w wykonaniu wysoce skomplikowanej inwestycji, której czas realizacji został przewidziany na ponad półtora roku, dyskwalifikowała pozytywną ocenę jej wykonania. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady opiera się na dokumentach i oświadczeniach, nie miał podstaw do kwestionowania należytego wykonania inwestycji na rzecz szpitala w Gorzowie Wielkopolskim, skoro tenże szpital po zapoznaniu się z zarzutami Odwołującego zawartymi w piśmie z dnia 31 grudnia 2020 roku ponownie oświadczył, że inwestycja ta została wykonana w sposób należyty i zgodnie z przepisami prawa budowlanego. Dlatego też zarzut zaniechania wykluczenia ALSTAL z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd jest całkowicie chybiony, albowiem szpital potwierdził twierdzenia, ALSTAL co do należytego wykonania inwestycji. Zatem twierdzenia ALSTAL, co do należytego wykonania tej inwestycji nie były nieprawdziwe. Podobnie chybiony jest zarzut zaniechania wykluczenia z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu skoro przedstawiona przez ALSTAL w wykazie robota budowlana została wykonana należyście i zgodnie z przepisami prawa budowlanego.

Zamawiający stwierdził również, że nie naruszył przepisów Pzp, zatem trudno mówić o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1*.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę. Oferta Odwołującego uzyskała 91,72 pkt i w związku z tym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta Konsorcjum Alstal została sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Istnieje możliwość poniesienia szkody przez Budimex S.A. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Z uwagi na wypełnienie wymogów ustawowych zgłoszenia Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego: po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy, ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą lidera w Bydgoszczy (dalej również: „Przystępujący ALSTAL”) oraz po stronie Odwołującego - wykonawcy Warbud Spółka

Akcyjna.

Izba nie uwzględniła opozycji Zamawiającego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Warbud Spółka Akcyjna, z uwagi na to, iż wykonawca ten, wbrew stanowisku Zamawiającego, w zgłoszeniu przystąpienia wykazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby z dnia 2 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 2857/20 pismem z dnia 4 stycznia 2021 r. wystąpił do Konsorcjum Alstal z wezwaniem: „(...) wnosi uzupełnienie w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy tj.:

- 1) wykazu robót budowlanych wykonanych 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 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, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wzór Wykazu stanowi załącznik nr 7 do SIWZ;

Wykaz ma potwierdzać spełnianie warunku opisanego w pkt. 1 ppkt. 2) lit. c) części V SIWZ.

Zgodnie z zapisami pkt. 1 ppkt. 21 lit. c) części V SIWZ, należało się wykazać m.in. wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - jedną robotą budowlaną o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł brutto polegającą na budowie i/lub rozbudowie budynku zakwalifikowanego wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) do klasy 1264 o powierzchni całkowitej budowanego budynku lub części dobudowywanej nie mniejszej niż 5000 m² i ilości kondygnacji nie mniejszej niż 3 wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Na potwierdzenie powyższego należało przedłożyć zgodnie z zapisami pkt. 3 ppkt. 9) części VI SIWZ aktualny na dzień złożenia Wykaz robót budowlanych wykonanych 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 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, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Wykonawca przedłożył Wykaz robót budowlanych gdzie wskazał m.in. inwestycję pod nazwą Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Ośrodek Radioterapii w celu zwiększenia dostępności do wysokiej jakości usług zdrowotnych w obszarze chorób nowotworowych zrealizowaną na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Jednocześnie, Wykonawca przedłożył poświadczenie wykonanych robót budowlanych z dnia 28 sierpnia 2020 r. wystawione przez Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o., gdzie wskazano, że zrealizowano powyższą inwestycję oraz podano jakie komórki organizacyjne szpitala zrealizowano w ramach zadania, opisano parametry budynku szpitala po rozbudowie, zakres robót objęty zamówieniem oraz wartość kontraktu. Dokument zatytułowany poświadczenie wykonanych robót budowlanych, a z samej treści dokumentu nie wynika, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, do czego zobowiązuje rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 poz. 1126 ze zm.). Z treści przedłożonego dokumentu nie tylko nie wynika, że inwestycja została zrealizowana należycie czy też zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona, ale też nie sposób wywieść, że prace zostały wykonane starannie, prawidłowo, czy też uzyskały pozytywną ocenę. Brakuje zatem jakiegokolwiek sformułowania wartościującego, jakiegokolwiek potwierdzenia oceny jakości wykonanych prac.

W konsekwencji przedstawiona robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem przedłożony dokument nie spełnia swojej funkcji i nie może stanowić potwierdzenia, że roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Konsorcjum Alstal złożył pismo z dnia 15 stycznia 2021 r. zawierające m.in.: pismo Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. o treści: „W odpowiedzi na wniosek z dnia 28 października 2020 r. o udzielenie informacji w ramach dostępu do informacji publicznej w sprawie należytego wykonania i prawidłowego ukończenia inwestycji pt. „Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. sp. z o.o. o Ośrodek Radioterapii w celu zwiększenia dostępności do wysokiej jakości usług zdrowotnych w obszarze chorób nowotworowych” informujemy, że:

1. Inwestycja została wykonana przez Wykonawcę należyście i zgodnie z przepisami prawa budowlanego (w załączeniu kserokopia referencji jakie zostały wystawione Wykonawcy przez Zamawiającego).
2. Inwestor nałożył na Wykonawcę karę umowną za 7 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których izba orzeka.

Ad. zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. Dokumentów, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez Konsorcjum Alstal

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia*

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust.1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1, lub innych dokumentów*

niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.*

W myśl art. 24 ust. 4 ustawy Pzp *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Odwołujący wywodzi, iż wykonawca Konsorcjum Alstal nie wykonał wezwania Zamawiającego i nie przedłożył uzupełnionego wykazu robót budowlanych potwierdzającego spełnianie warunku opisanego w pkt 1 ppkt 2) lit. c) części V SIWZ w sytuacji, gdy z treści wezwania wynikało, jego zdaniem, że Zamawiający uznał, że wskazana w wykazie inwestycja realizowana na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolski, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a brak wykonania wezwania stanowi wystarczającą podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, bowiem świadczy o tym, że Konsorcjum Alstal nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W związku tym, dla rozstrzygnięcia zarzutu, kluczowa jest ocena, czy treść wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r. wskazuje na to, że, jak twierdzi Odwołujący, Zamawiający wymagał złożenia wykazu robót uzupełnionego o nową robotę, w miejsce tej wskazanej w poz. 1, zrealizowanej dla Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim, czy jednak wynika z niego, że wystarczające było złożenie referencji, które spełniałyby wymogi dotyczące potwierdzenia należytego wykonania tej inwestycji, jak twierdzą Zamawiający i Przystępujący ALSTAL.

W ocenie Izby za wystarczające do uznania, że Konsorcjum Alstal zastował się do wezwania, należy uznać złożenie oświadczenia Inwestora o należyтым wykonaniu roboty wymienionej w wykazie. Wobec takiego oświadczenia zbędnym byłoby oczekiwanie ponownego złożenia wykazu o tej samej treści, co pierwotnie.

Analiza treści przedmiotowego wezwania, uwzględniając zarówno jego literalną treść, jak i powód jego wystosowania, wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Alstal do przedłożenia wykazu uzupełnionego o nową robotę budowlaną.

W treści wezwania nie ma informacji, iż złożony wykaz w poz. 1 wymaga zastąpienia tej roboty inną. Jest natomiast nawiązanie do wyroku w sprawie KIO 2857/20, w którym Izba rozstrzygała jedynie kwestię poświadczenia Inwestora tj. Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 sierpnia 2020 r., załączonego do wykazu przez wykonawcę Konsorcjum Alstal. Izba w ww. sprawie nie dokonywała oceny samej inwestycji w Gorzowie Wielkopolskim. Granice rozpoznania przez Izbę wyznacza bowiem treść zarzutu, na który składa się przede wszystkim podstawa faktyczna, a także podstawa prawna. W związku z tym tego zakresu dotyczyło rozstrzygnięcie Izby, w którym Izba nakazała Zamawiającemu m.in. wezwanie Konsorcjum Alstal na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części V ust. 1 pkt 2) lit c) SIWZ.

Należy zatem zgodzić się z Zamawiającym, że wykonując wyrok nie miał podstaw do uznania tej roboty budowlanej za niespełniającą warunku udziału w postępowaniu, z innych przyczyn, niż podana przez Izbę.

W treści wezwania jest wprost wskazanie, iż następuje ono w związku z wyrokiem w sprawie KIO 2857/20, z przytoczeniem fragmentu uzasadnienia, w którym Izba wskazała, że „*W konsekwencji przedstawiona robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem przedłożony dokument nie spełnia swojej funkcji i nie może stanowić potwierdzenia, że roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone*”, a nie jak twierdzi Odwołujący, przytaczając jedynie część zdania, że „*W konsekwencji przedstawiona robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu*”.

W odpowiedzi na wezwanie, a nie jak twierdzi Odwołujący samodzielnie, wykonawca Konsorcjum Alstal, za pismem z dnia 15 stycznia 2021 roku, przekazał oświadczenie Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. z dnia 23 listopada 2020 roku, w którym szpital potwierdził, że przedmiotowa inwestycja została wykonana przez ALSTAL należycie i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i jednocześnie poinformował, że na tego wykonawcę została nałożona kara umowna za 7 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Do pisma, z zaznaczeniem, że chodzi o referencję, zostało załączone poświadczenie z 28 sierpnia 2020 r., które było przedmiotem zaskarżenia w sprawie KIO 2857/20.

W związku z tym, wbrew stanowisku Odwołującego Przystępujący Alstal spełnił wymogi określone SIWZ. Złożył w postępowaniu wykaz robót, w którym w poz. 1 została wskazana inwestycja, co do której podmiot, na rzecz którego została ona zrealizowana, potwierdził jej należyte wykonanie, a dokument ten został złożony na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający wszedł zatem w posiadanie kompletu wymaganych w SIWZ dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do poz. 1 wykazu robót.

Ad. zarzuty nr 2 i 3 tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp stanowią: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:*

„16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”

W myśl art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.*

Odwołujący twierdzi, że Konsorcjum Alstal w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie niekompletnych

informacji wskazujących na to, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w Części V ust. 1 pkt 2) lit. c) tiret pierwsze dotyczące ww. roboty budowlanej dla Szpitala w Gorzowie Wielkopolskim.

Odwolujący w obecnie rozpatrywanym odwołaniu sformułował szereg zastrzeżeń, co to tego, że robota ta nie została należycie wykonana, wskazując na podane w protokołach odbioru z 14 i 23 listopada 2018 r. wady i usterek.

W ocenie Izby zarzut w tym przedmiocie stanowi próbę obejścia przepisu art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, który określa terminy na wniesienie odwołania.

Należy zgodzić się z Przystępującym Alstal, że termin na zgłoszenie zarzutów dotyczących nienależytego wykonania inwestycji upływał w dacie złożenia pierwszego odwołania tj. 2 listopada 2020 r. Podnoszone obecnie okoliczności istniały bowiem przy pierwszym wyborze oferty Konsorcjum Alstal, jako najkorzystniejszej, z uwagi na to, że nie nastąpiła zmiana inwestycji wskazywanej od początku w poz. 1 wykazu robót.

Zauważenia przy tym wymaga, że nie zostało wykazane, aby Odwołujący nie mógł podnieść obecnie postawionych zarzutów w poprzednim odwołaniu. W ocenie Izby okoliczność, iż, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, nie był wówczas w posiadaniu jednego z protokołów odbioru, który wskazuje w obecnie rozpatrywanym odwołaniu, nie stanowi podstawy do przywrócenia terminu na kwestionowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Tym bardziej, że protokoły pochodzą z listopada 2018 r., a zatem z okresu blisko dwa lata poprzedzającego wniesienie pierwszego odwołania. Istniały, zatem w dniu jego wnoszenia.

W związku z tym zarzuty te, w zakresie, w jakim odnoszą się do podniesionych w odwołaniu okoliczności faktycznych dotyczących wad i usterek stwierdzonych w protokołach odbioru z 14 i 23 listopada 2018 r. dotyczących inwestycji z poz. 1 wykazu są spóźnione, co skutkuje tym, że nie mogły być obecnie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Jedynie zatem ubocznie zauważenia wymaga, że w sprawie nie jest sporne, że Zamawiający po otrzymaniu pisma Konsorcjum Alstal z 15 stycznia 2021 r., także pisma Odwołującego z 31 grudnia 2020 r., zawierającego jego zastrzeżenia do przedmiotowej inwestycji, postanowił zweryfikować uzyskane informacje i zwrócić się do Szpitala w Gorzowie Wielkopolskim z prośbą w tym zakresie, załączając ww. pisma wykonawców. W odpowiedzi Szpital utrzymał stanowisko, co do należytego, zgodnie z prawem budowlanym, wykonania zadania, zawarte w referencjach z 23 listopada 2020 r.

Jako okoliczność faktyczną wskazującą na nienależyte wykonanie, Odwołujący w poprzednim odwołaniu wskazał, że przedmiot umowy dotyczący realizacji zadania z poz. 1 wykazu „nie został zrealizowany w sposób należyty, a także nie został prawidłowo ukończony. Powyższe twierdzenie Odwołujący wywodzi z faktu naliczenia i obciążenia w toku realizacji Wykonawcy Konsorcjum Alstal karami umownymi z tytułu nieterminowej realizacji inwestycji” oraz termin wydania ww. poświadczenia. Izba w uzasadnieniu odniosła się do tego terminu, stwierdzając bezzasadność twierdzeń Odwołującego.

Odwolujący nie może dwukrotnie wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, jednakże z uwagi na to, że w piśmie Szpitala złożonym na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2021 r. Inwestor poinformował o naliczeniu tej kary niezależnie od stwierdzenia należytego wykonania zamówienia, a Izba w ww. sprawie nie wypowiedziała się w kwestii kary umownej, Skład orzekający w obecnym postępowaniu odniósł się do stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

W ocenie Izby fakt naliczenia kary umownej za 7 dni zwłoki w wykonaniu umowy w wysokości 429 279,00 zł, stanowiącej 1,4 % wartości zamówienia, w sytuacji, gdy jak sam stwierdził Szpital w piśmie z dnia 23 listopada 2020 r., że zamówienie zostało należycie wykonane, nie niweczy takiego oświadczenia. Tym bardziej, że sprawa o jej zapłatę jest sporna, została skierowana przez Przystępującego Alstal na drogę postępowania sądowego. Jak stwierdził Przystępujący ALSTAL spór dotyczy tego, czy czas przystąpienia do odbioru (7 dni) wlicza się do terminu realizacji umowy, przez co skraca się ten termin. Nadto zamawiający przystąpił do odbioru po 4 dniach, a kary umowne naliczył za 7 dni. Z kolei Zamawiający stwierdził, że kara ta została naliczona za zwłokę w zgłoszeniu wykonania umowy, a takiej podstawy naliczenia kary nie przewiduje odnośna umowa.

Ad. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Odwolujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Alstal oraz zasady legalizmu prowadzonego postępowania poprzez wybór oferty Konsorcjum Alstal, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

Jak zostało powyżej przedstawione, zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Tym samym nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie zostało podniesione przez Odwołującego, a w konsekwencji nie zostało wykazane, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy Konsorcjum Alstal, zatem przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy NPzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz kwota 574 zł 30 gr kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku

postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz
w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia
2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i
sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego o kosztach postępowania orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....