Sygn. akt KIO 334/17

WYROK
z dnia 8 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawcę: **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp.k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław i AGB 2 Sp. z o.o., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp.k. i AGB 2 Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia;**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od zamawiającego: 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz na rzecz wykonawcy: Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 344/17

Uzasadnienie

Zamawiający – 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa kompleksu Polikliniki", znak sprawy: 41/2016, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją, zwanej dalej „ustawa Pzp" lub „ustawa".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31.05.2016 r., pod numerem 2016/S 103-184112. Strona internetowa

Zamawiającego, na której została udostępniona SIWZ: www.10wsk.mil.pl

I. Odwołujący – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. oraz AGB 2 Sp. z o.o. z siedzibami w Inowrocławiu, zwanych dalej „Konsorcjum ALSTAL", pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 przez zaniechanie, przy ponownym badaniu i ocenie ofert, uwzględnienia dokonania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nakazany przez Izbę w wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r. KIO 2323/16; tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ALSTAL pomimo potwierdzenia się informacji o tym, że podmiot udostępniający zasoby - Block sp. z o.o. nie wykonał całości konstrukcji budynku, z którego realizacji udostępnia wiedzę i doświadczenie, a także, że Etap III obejmuje zmianę funkcji budynku nr 4 z tymczasowych na docelowe, a zatem Block sp. z o.o. nie wykonał całości prac dotyczących tego budynku;
3. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum ALSTAL, pomimo że zakres udostępnionych przez podmiot trzeci - Block sp. z o.o. - zasobów nie jest wystarczający do wykazania przez Konsorcjum ALSTAL spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

4. art. 24 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum ALSTAL, mimo że wykonawca ten nie przedłużył terminu związania ofertą oraz ważności wadium;
5. art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również dokonanie wyboru oferty wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy).

IV. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
4. wykluczenia Konsorcjum ALSTAL z postępowania;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

V. Zachowanie terminu i wymogów formalnych.

1. Zamawiający w dniu 9 lutego br. przekazał Odwołującemu drogą e-mailową zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym, odwołanie jest odwołaniem wniesionym w terminie ustawowym. 2. Wpis od odwołania został uiszczony, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. Interes i szkoda. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów Odwołania, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, że wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny: (…)

2. W dniu 29 sierpnia br. *[prawidłowo 2016 r.]* Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Na czynność wyboru wpłynęły dwa odwołania, w tym m.in. odwołanie Warbud S.A. W zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum ALSTAL, Zamawiający pismem z dnia 20.09.2016 r. uznał, że nastąpiły uchybienia w postępowaniu

Zamawiającego w zakresie określonym w cz. III pkt 2 lit. a i b odwołania i w konsekwencji uwzględnił zarzuty odwołania wniesionego przez Warbud S.A. dotyczące oferty Konsorcjum ALSTAL zobowiązując się do ponownego badania i rozpatrzenia oferty Konsorcjum ALSTAL, w tym do wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty.

3. Zamawiający, w wyniku powtórnego badania i oceny ofert ponownie dokonał w dniu 30 listopada 2016 r. wyboru oferty Konsorcjum ALSTAL jako najkorzystniejszej. Przedmiotowa decyzja Zamawiającego stanowiła podstawę do wniesienia przez Warbud odwołania, które następnie zostało uwzględnione wyrokiem Izby z dnia 30 grudnia 2016 r. KIO 2323/16.

a. Izba nakazała Zamawiającemu zwrócenie się do Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. Jana z Dukli, czyli podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane roboty budowlane przez podmiot udostępniający zasoby, tj. Block sp. z o.o. na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu, jak również Izba nakazała wezwanie Konsorcjum ALSTAL do wyjaśnienia treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia złożonego przez Block sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b Pzp.
b. W ocenie Izby, istniały wątpliwości związane z realizacją ww. inwestycji na rzecz Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, bowiem nie została ona ukończona, a wykonawca udostępniający zasoby Konsorcjum ALSTAL – Block sp. z o.o. odstąpił od umowy, ponadto Izba nakazała wyjaśnienie czy Block sp. z o.o. wykonał całość konstrukcji budynku nr 4. Izba wskazała tym samym, że zasadne i konieczne jest wyjaśnienie wątpliwości ujawnionych podczas postępowania odwoławczego przed KIO.
c. Izba stwierdziła ponadto, że treść zobowiązania do udostępnienia zasobów jest zbyt ogólna, gdyż nie wskazano, jakie usługi będą świadczone przez Block sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum ALSTAL i również w tym zakresie należy przeprowadzić procedurę wyjaśniającą.
d. Izba wskazała również, że w omawianym zakresie dokumenty nie mogą podlegać dalszemu uzupełnieniu, ze względu na wyczerpanie procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp (str. 19 wyroku).

4. Należy stwierdzić, że dokumenty, które zostały przedłożone w wyniku czynności nakazanych Zamawiającemu przez Izbę w ww. wyroku nie pozwalają uznać, że Konsorcjum ALSTAL legitymuje się doświadczeniem, jakiego wymagał Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

II. Zarzuty dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunków przez Konsorcjum ALSTAL w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

1. Zamawiający wymagał:

• *dot. wykonawstwa - w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał co najmniej 3 budynki w tym: 3 użyteczności publicznej i 2 dla służby zdrowia (na podstawie odrębnej*

umowy lub zlecenia, itp.) o wartości inwestycji powyżej 40.000.000 zł brutto każdy (o powierzchni użytkowej co najmniej 8000m 2), w tym jeden wykonany w systemie zaprojektuj i wybuduj, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, dat i miejsca wykonania z załączeniem dokumentów potwierdzających, że zlecenie zostało wykonane należycie.

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

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 z dnia 10.06.2016 r. Zamawiający sprostował liczbę budynków w ten sposób, że 2 budynki miały być budynkami użyteczności publicznej a co najmniej jeden budynkiem służby zdrowia.

a. Jak było wskazane powyżej, odnośnie uzupełnienia przez Konsorcjum ALSTAL dokumentów o referencję udostępnioną przez podmiot trzeci, tj. Block Sp. z o.o. dotyczącą realizacji inwestycji pod nazwą *„Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii*

Ziemi Lubelskiej" oraz wykazu robót, powstały istotne wątpliwości dotyczące zakresu i jakości wykonanych prac.

b. Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 2323/16 jednoznacznie stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie uznał w oparciu o przedłożone przez Konsorcjum ALSTAL dokumenty, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i w związku tym winien zwrócić się do Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej na rzecz, którego roboty budowlane były wykonywane o przedłożenie dodatkowych i jednoznacznych informacji dotyczących tej inwestycji, tj. w szczególności co do:
   - wykonania przez podmiot trzeci udostępniający zasoby Block sp. z o.o. *„w całości konstrukcji budynku nr 4";*
   - faktu ukończenia inwestycji w zakresie przedmiotowego budynku;
   - uzyskania przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie.

c. Dokumenty przedstawione Zamawiającemu w wyniku procedury wyjaśniającej z § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzają, że Konsorcjum ALSTAL nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym przez Zamawiającego w SIWZ, w związku z czym powinno być wykluczone z postępowania.

d. Zgodnie z treścią pisma z dnia 24 stycznia 2017 r. będącego odpowiedzią Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej na pismo Zamawiającego z dnia 17 stycznia 2017 r.: *"3. Przedmiotowa referencja dotyczy I etapu realizacji inwestycji, tj. dokończenia wykonania pawilonu łóżkowego - budynku nr 4, jako samodzielnego obiektu, który przejął wszystkie dotychczasowe funkcje. Zakres robót budowlanych zrealizowanych przez konsorcjum BLOCK sp. z o.o. obejmował wszystkie roboty budowlane w budynku nr 4, za*

wyjątkiem większości prac konstrukcyjnych (robót żelbetowych) *oraz części prac murarskich (ścian osłonowych i* ścianek *działowych), zrealizowanych przez poprzedniego Wykonawcę (…)".*

e. Z odpowiedzi wystosowanej przez Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej jednoznacznie wynika, że potwierdzone zostały wcześniej podnoszone wątpliwości, iż Konsorcjum Block nie wykonało konstrukcji budynku nr 4, z tego względu, że roboty te wykonał poprzedni wykonawca, który również nie dokończył realizacji zamówienia. Fakt, iż Izba w wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r. KIO 2323/26 wyraźnie wskazała, że procedurze wyjaśniającej podlega okoliczność wykonania w całości robót konstrukcyjnych oznacza, że zakres tych prac jest istotny dla oceny doświadczenia udostępnianego przez Block sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum ALSTAL.

f. Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej wskazało, że zakres robót wykonanych przez Konsorcjum Block - w skład którego wchodził Block sp. z o.o. - nie polegał na wykonaniu budynku, a wyłącznie na dokończeniu prac po poprzednim wykonawcy. Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane przez budynek rozumie się *"taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach".* Roboty budowlane obejmujące prace konstrukcyjne są zatem podstawowym elementem prac, jakie należy przeprowadzić aby wykonać budynek. Nie ulega wątpliwości, że brak wykonania prac konstrukcyjnych oraz prac murarskich w zakresie określonym w piśmie z dnia 24 stycznia 2017 r. potwierdza, że Konsorcjum Block - a tym samym również Konsorcjum ALSTAL - nie legitymuje się doświadczeniem polegającym na wybudowaniu budynku. Przeciwnie - jak zostało wskazane powyżej, roboty przeprowadzone przez ten podmiot zostały określone przez Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej jako dokończenie wykonania budynku nr 4. W konsekwencji, nie sposób uznać, że Konsorcjum ALSTAL posiada wystarczające doświadczenie do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, dla którego wskazano w SIWZ, że ma obejmować wykonanie budynku o określonych parametrach.

g. Zamawiający pominął również okoliczność, że z Informacji przekazanych przez Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej jednoznacznie wynika, iż Etap III, którego Block nie wykonał (pkt 9 Informacji), gdyż odstąpił od umowy, obejmuje realizacje robót budowlanych związanych ze zmianą funkcji tymczasowych na docelowe w budynku nr 4 w zakresie przebudowy części pomieszczeń w tym budynku oraz montażu wyposażenia. Nie można zatem uznać, że Wykonawca ten zrealizował wszystkie prace, dotyczące budynku nr 4, wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia.

2. Również dokumenty przedstawione Zamawiającemu w celu określenia charakteru udziału podmiotu trzeciego - Block sp. z o.o. w realizacji zamówienia nie potwierdzają realności udostępnionych zasobów. Block sp. z o.o. udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie

w zakresie robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wykonanie budynku), natomiast zobowiązuje się do udziału w realizacji zamówienia jedynie w zakresie usług.

a. W pierwszej kolejności podnieść należy, że Zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę dodatkowych dokumentów złożonych przez ALSTAL, wobec jednoznacznego zakazu wynikającego z wyroku Izby.
b. Niemniej jednak, złożone dokumenty nie potwierdzają realności udostępnienia zasobów. Zgodnie z umową o współpracy z dnia 1 lipca 2016 r. zawartą pomiędzy Konsorcjum ALSTAL a Błock sp. z o.o., podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania usług: doradztwa technicznego przy zakupie sprzętu medycznego, doradztwa w zakresie wykonania sal operacyjnych/ zabiegowych oraz usług w zakresie instalacji gazów medycznych (§ 1 ust. 3 ww. umowy). Należy stwierdzić, że doradztwo podmiotu trzeciego na rzecz Konsorcjum ALSTAL nie może być określone jako podwykonawstwo, bowiem nie stanowi realizacji jakiejkolwiek części zamówienia - przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Ponadto, doradztwo opisane w ww. umowie z dnia 1 lipca 2016 r. nie obejmuje czynności związanych z robotami budowlanymi, a wyłącznie usługami. Nie może budzić wątpliwości fakt, że usługi doradcze dotyczące zakupu sprzętu, czy bliżej niesprecyzowanego wykonania sal nie obejmują wykonania robót budowlanych. Należy wskazać w kontekście wyroku KIO 2323/16, w którym nakazano wyjaśnienie, jakie konkretnie usługi będą świadczone przez Block sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum ALSTAL, że przedmiotowa okoliczność nie została dostatecznie wyjaśniona - w umowie bardzo ogólnikowo określono zakres ”doradztwa” i nie wskazano np. z jaką częstotliwością będzie się ono odbywać, kto będzie je świadczyć etc. Usługi w zakresie instalacji gazów medycznych również nie obejmują wykonania robót budowlanych dotyczących wykonania budynku. Pomimo nakazu wynikającego z wyroku, nadal nie wskazano również zakresu usług.
c. Nie ulega wątpliwości, że przekazanie Konsorcjum ALSTAL doświadczenia wyłącznie na zasadzie usług nie jest wystarczające do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania robót budowlanych.

Podkreślenia wymaga fakt, że ewentualne udostępnienie zasobów w przedmiotowym postępowaniu obejmuje wykonawstwo budynków użyteczności publicznej i służby zdrowia (na podstawie odrębnej umowy lub zlecenia, itp.) o wartości inwestycji powyżej 40.000.000 zł brutto każdy (o powierzchni użytkowej co najmniej 8 000m ^{2}), w tym jeden wykonany w systemie zaprojektuj i wybuduj. W związku z tym, ogólne wskazanie na doradztwo techniczne w zakresie niezwiązanym z wykonaniem budynku (czyli nieodpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu) oraz wykonaniem wyłącznie zakresu prac związanych z instalacją gazów medycznych nie pozwala na przyjęcie, że Konsorcjum ALSTAL legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem.

d. W ocenie Konsorcjum Warbud, treść zobowiązania oraz umowy o współpracy zawartej pomiędzy Konsorcjum ALSTAL oraz Block sp. z o.o. wskazuje, że udostępnienie zasobów nie ma charakteru rzeczywistego, a służy jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, z treści zobowiązania oraz umowy o współpracy z dnia 1 lipca 2016 r., w żaden sposób nie wynika, że Konsorcjum ALSTAL będzie dysponowało na etapie realizacji zamówienia doświadczeniem, jakiego wymaga Zamawiający w SIWZ.

3. Podsumowując, stwierdzić należy, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, w związku z czym, podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

III. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia ze względu na brak przedłużania terminu związania ofertą.

1. Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum ALSTAL nie przedłużyło terminu związania ofertą w prowadzonym przez Zamawiającego

postępowaniu. W dokumentacji postępowania, udostępnionej przez Zamawiającego, znajduje się tylko jedno pismo zawierające oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą (pismo z dnia 30 września 2016 r.) przedłużające termin związania ofertą o kolejne 60 dni licząc od dnia 1 października 2016 r. Zaniechanie przedłużenia przez Konsorcjum ALSTAL terminu związania ofertą uniemożliwia dokonanie wyboru oferty tego Wykonawcy, jako najkorzystniejszej. W przypadku nieprzedłużenia przez Wykonawcę terminu związania ofertą czy to z własnej inicjatywy czy na wezwanie Zamawiającego (art. 85 ust. 2 Pzp) Zamawiający nie ma możliwości wyboru oferty wykonawcy i zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

a. Jak wskazuje się, bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w dacie związania ofertą. Przykładowo, można wskazać, że w tym zakresie w wyroku KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1470/15 stwierdzono *„Upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie, jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli o gotowości do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Należy mieć na względzie także ten skutek, że dopuszczenie do oceny ofert wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy, którego ofertę - pomimo wygaśnięcia terminu związania - wybrano. Taki wykonawca mógłby, bez ujemnych konsekwencji, odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przeciwieństwie do wykonawcy, którego ofertę wybrano przed upływem ww. terminu.”*

b. Powyższe stanowisko zostało podzielone również w orzeczeniu Izby z dnia 18 lutego 2015 r. KIO 217/15 zgodnie, z którym: *„W zakresie terminu związania ofertą i skutków związanych z jego upływem, Izba stoi na stanowisku, że wybór oferty najkorzystniejszej winien być dokonany wyłącznie w okresie związania ofertą przez danego wykonawcę. Stan związania ofertą to element konstytutywny oferty. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Wskazać tu należy w szczególności na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt VI Ga 240/10 z dnia 21 grudnia 2010 r., gdzie sąd wskazał, że nie może budzić wątpliwości, wobec literalnego brzemienia art. 85 ust. 2 ZamPublU, że to wykonawca, chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą, winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie. W podobny sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 r. sygn. akt XIII GA 379/12 wskazując: wykonawca chcąc być nadal uczestnikiem postępowania winien przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r. sygn. akt I CA 495/13 podkreślił, że w ramach procedury przetargowej pozostaje nadal aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest immanentnym elementem konstrukcyjnym oferty, a skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać w oparciu o normy Kodeksu cywilnego.*
Z kolei możliwość wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą należy analizować w świetle *norm Kodeksu cywilnego w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 ZamPublU. Znajduje tu zastosowanie art. 60 Kodeksu cywilnego, który pozwala wyrazić wolę osoby dokonującej czynności prawnej w każdy sposób uzewnętrzniający ją w sposób dostateczny, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie. Wyjątki te odnoszą się do formy czynności prawnej. W kontekście czynności przedłużenia terminu związania ofertą ustawodawca nie zastrzegł szczególnej formy pod rygorem nieważności. Tym samym czynność ta może być dokonana w każdej formie. Jednakże wola wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą musi być wyrażona w sposób dostateczny i jednoznaczny zamawiającemu. Zamawiający musi mieć bowiem pewność, iż wykonawca chce nadal być związany ofertą oraz na jaki okres owe związanie ofertą następuje.”*

c. Powyższe stanowisko zostało podzielone przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 3 czerwca 2016 r., w sprawie o sygn. akt X Ga 40/16, który w wygłoszonym uzasadnieniu słusznie podkreślił, *„iż z chwilą upływu dnia do jakiego wyznaczono termin związania ofertą, oferta ta przestaje wiązać i obojętnie czy uznamy, że z tym dniem oferta*

wygasła, czy też stała się niewiążąca dla wykonawcy, czy też nadano temu jakiekolwiek

inne znacznie, to za istotne uznaje Sąd to, że z tym dniem okres obowiązywania tej oferty upłynął i uznaje Sąd dalej, że zgodnie z art. 24 ustęp 2 punkt 2 w takiej sytuacji istniałyby podstawy do wykluczenia wykonawcy. Gdyby nawet zakwestionować te prawo do wykluczenia wykonawcy to uznaje Sąd, że na pewno od tego dnia oferta nie może być skutecznie wybrana, na tę okoliczność wcześniej już cytowałem orzeczenia KIO, a odnosząc się do zarzutów odwołującego w zakresie przedłożonego przepisu należy wyjaśnić, że niezależnie, bowiem od tego czy uznamy, że byłyby podstawy do skutecznego wykluczenia wykonawcy, to bez wątpienia powstałaby tutaj taka sytuacja, ewentualny wybór dotyczyłby oferty nieistniejącej, niewiążącej, która wcześniej wygasła i tutaj ponownie odwołam się do orzeczenia KIO z dnia 31 marca 2015 roku KIO 520/15, gdzie wskazano, że zamawiający nie ma możliwości wyboru oferty, którą wykonawca nie jest już związany. Uznając, że skoro wykonawca nie jest już związany swoją ofertą to wybór takiej oferty jest niedopuszczalny, bowiem stawiałby zamawiającego w sytuacji, gdy nie istniałyby żadne *instrumenty pozwalające na wyegzekwowanie zawarcia umowy z wybranym wykonawcą i w ocenie Sądu Okręgowego jest to wystarczający argument, aby uznać, że wykonawca, może inaczej, że oferta wykonawcy, która nie jest już wiążąca nie może być w postępowaniu wybrana. Na koniec należy jeszcze dodać, że w ocenie Sądu taka wykładania wskazanych przepisów pozwala zachować zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co zresztą było słusznie podnoszone w toku postępowania przez jego uczestników, inna wykładania prowadziłaby bowiem do sytuacji, gdy oczywiste zaniedbanie czy wręcz zaniechanie jednego z wykonawców byłoby ignorowane, a te ignorowanie miałoby miejsce z oczywistym poprzedzeniem pozostałych wykonawców. Należy jeszcze raz powtórzyć, że dopuszczenie do oceny ofert wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców tego ofertą mimo wygaśnięcia terminu związania wybranym. Prawo zamówień publicznych wymaga zaś równego traktowania wszystkich wykonawców bez [ns 00:30:24.244] tub dyskryminacji któregokolwiek z nich."*
(por. transkrypcja uzasadnienia wygłoszonego w dniu 3.06.2016 r., w sprawie X Ga 40/16 w zakresie znaczników czasowych 00:02:24-00:32:15).

2. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że okres związania ofertą musi pozostać ciągły i nieprzerwany. Brak jest możliwości przywrócenia tego terminu po jego upływie czy też przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie. Ponadto, oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi być wyraźne i musi być złożone na piśmie, nie może być to oświadczenie dorozumianie.
3. Konsorcjum ALSTAL nie przedłużyło terminu związania ofertą – przedłużany był tylko przez tego wykonawcę okres ważności wadium. Należy jednak podkreślić, że:

a. Czynności polegające na złożeniu oświadczenia w przedmiocie terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium są odrębnymi czynnościami w postępowaniu w związku z czym, przedłużenie okresu ważności wadium nie oznacza automatycznie, że wykonawca przedłużył termin związania ofertą. Gdyby przyjąć, że o związaniu ofertą może stanowić wyłącznie fakt zabezpieczenia jej wadium, bezprzedmiotowe byłoby istnienie w ustawie regulacji dotyczących terminu związania ofertą w takich postępowaniach, w których żądanie wadium jest obowiązkowe. Przepisy ustawy przewidują możliwość przedłużenia okresu związania ofertą, a jednocześnie związaną z tym konieczność przedłużenia ważności wadium. Tym samym, nie jest wystarczające przedłużenie tylko ważności wadium, aby uznać, że przedłużony został termin związania ofertą (por. uchwała KIO/KD z dnia 3 grudnia 2013 r. KIO/KD 98/13). Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą lub nie przedłużyli okresu ważności wadium - również w przedmiotowym zakresie ustawa nakazuje traktowanie ww. instytucji oddzielnie.
b. Zarówno w treści Aneksu nr 3 z dnia 20 grudnia 2016 r., jak i Aneksu nr 4 z dnia 26 stycznia 2017 r. sporządzonych dla gwarancji ubezpieczeniowej wadium nr

280000126417 zostało zawarte sformułowanie, że Gwarancja jest ważna od dnia 2 sierpnia 2016 r. do upływu terminu związania ofertą, nie dłużej jednak niż do - dnia 6 lutego 2017 r. (Aneks nr 3), - 8 marca 2017 r. (Aneks nr 4). Tym samym, już z literalnej treści przedkładanych Zamawiającemu dokumentów aneksów do gwarancji wadialnej wynikało, że wadium jest ważne do upływu terminu związania ofertą, co z kolei oznacza, że brak przedłużenia terminu związania ofertą oznacza automatyczną utratę ważności wadium. Skoro zatem, Konsorcjum ALSTAL nie przedłużało terminu związania ofertą należy stwierdzić, że wobec jednoznacznej treści aneksów do gwarancji wadialnej - przedłużenie ważności wadium było nieskuteczne.

4. Wobec powyższego, Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum ALSTAL z postępowania. Brak przedłużenia terminu związania ofertą przez ww. wykonawcę stanowi de facto brak zgody na związanie złożoną Zamawiającemu ofertą w związku z czym, zasadne i konieczne jest wykluczenie tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

IV. W związku z powyższą argumentacją odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie, wniósł o:
1. oddalenie odwołania z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów oraz złożonych wniosków; 2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów

zawartych w dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu podniósł.

1. Chybiony zarzut niewykazania przez BLOCK sp. z o.o. należytego wykonania zamówienia na rzecz Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej oraz niewykonania wyroku KIO 2323/16.

1.1. Całkowicie chybione są twierdzenia Odwołującego jakoby konsorcjum wykonawców ALSTAL GRUPA BUDOWLANA sp. z o.o. sp.k. i AGB 2 sp. z o.o. (dalej jako „ALSTAL") nie wykazało spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z przedstawionym zobowiązaniem, ALSTAL polega na udostępnionej mu wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, tj. BLOCK sp. z o.o. (dalej jako „BLOCK") - wykonawca zamówienia na roboty budowlane na rzecz Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Jana z Dukli (dalej jako „COZL"), uzyskanej w ramach realizacji na rzecz COZL I etapu zamówienia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej", ZP/27/2014.

1.2. Zgodnie z wyrokiem Krajowej izby Odwoławczej (dalej jako „KIO" lub „Izba") Zamawiający zwrócił się do COZL z prośbą o wyjaśnienie, jaki był faktyczny zakres wykonanych robót budowlanych, które zrealizował BLOCK, oraz czy prace te zostały wykonane należycie. Pytanie Zamawiającego dotyczyło również tego, czy rzeczywisty zakres robót obejmował wybudowanie obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej równej 8000m ^{2} i wartości powierzchni w kwocie 40.000.000 zł, czy uzyskano pozwolenie na użytkowanie i czy ten zakres robót był zrealizowany przez BLOCK.

Dowód: pismo Zamawiającego do COZL z 17.01.2017 r.; pismo Zamawiającego do COZL z 27.01.2017 r.

1.3. W odpowiedzi na skierowane zapytanie, COZL udzielił wyczerpujących wyjaśnień, jednoznacznie potwierdzających, że prace te obejmowały wykonanie pawilonu łóżkowego, stanowiącego samodzielny obiekt budowlany. Ponadto zamówienie obejmowało wykonanie niezbędnej infrastruktury towarzyszącej, elementów małej architektury, zieleni, budynku energetycznego, budynku tlenowni oraz dostawą i montaż wyposażenia. Jednocześnie COZL wyjaśnił, że prace zrealizowane przez BLOCK nie obejmowały części prac konstrukcyjnych w zakresie robót żelbetowych oraz części prac murarskich w zakresie ścian osłonowych i ścian działowych, które były wykonane jeszcze przez poprzedniego wykonawcę. Po analizie uzyskanych wyjaśnień Zamawiający prawidłowo uznał, że BLOCK wykonał zamówienie wskazane na potwierdzenie posiadanej przez ALSTAL wiedzy i doświadczenia, zaś zastrzeżenia Odwołującego w tym zakresie należy uznać za całkowicie bezzasadne.

Dowód: odpowiedź COZL z 24.01.2017 r.; odpowiedź COZL z 01.02.2017 r.

1.4. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że całkowicie nietrafione i niezrozumiałe są wywody Odwołującego, jakoby Zamawiający nie wykonał wyroku Izby o sygn. KIO 2323/16 i nie skierował do COZL prośby *„o przedłożenie dodatkowych jednoznacznych informacji dotyczących tej inwestycji, tj. w szczególności co do wykonania przez Konsorcjum Block w całości konstrukcji budynku nr 4 w ramach realizacji zamówienia „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej" oraz co do faktu ukończenia inwestycji w zakresie tego budynku z uzyskaniem przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie"* (str. 18 uzasadnienia wyroku). Otóż z treści pism Zamawiającego jednoznacznie wynika, że o potwierdzenie powyższych okoliczności zapytał COZL, a z kolei wyjaśnienia tego zamawiającego potwierdziły, że BLOCK powyższe prace wykonał w całości, inwestycja w zakresie etapu I została ukończona, a wykonawca uzyskał także pozwolenie na użytkowanie.

1.5. Zauważyć też należy, że zgodnie z warunkami w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca powinien legitymować się m. in. zrealizowaniem co najmniej 3 budynków, przy czym w tym jeden w systemie *„zaprojektuj i zbuduj"* (pkt 6.2 SIWZ). Zamawiający nie - precyzował dalej idących wymagań, w szczególności nie przesądził, że każde z zamówień musi obejmować wykonanie obiektu budowlanego w całości, łącznie z fundamentami. Przeciwnie, w istocie z wymogu, aby co najmniej jedno zamówienie referencyjne obejmowało realizację na podstawie umowy *„zaprojektuj i zbuduj"* należy wywieść, że ten jeden projekt musi obejmować kompleksową realizację inwestycji, począwszy od sporządzenia projektu, po uzyskanie fundamentów, wobec czego w stosunku do pozostałych referencyjnych projektów wymogów takich nie sformułowano, zaś Odwołujący dokonuje w tym zakresie nieuzasadnionej nadinterpretacji.

1.6. W istocie nietrafna argumentacja Odwołującego opiera się wyłącznie na błędnym twierdzeniu, jakoby BLOCK nie wykonał elementów żelbetowych i ścian działowych, a zatem nie wykonał obiektu budowlanego. Przeczy temu wyraźnie stanowisko COZL, z którego jednoznacznie wynika, że BLOCK nie wykonał jedynie części wyżej wymienionych elementów, a które były zrealizowane przez wcześniejszego wykonawcę, natomiast z powodzeniem zrealizował resztę prac w tym zakresie, a ponadto wszystkie pozostałe zadania objęte umową z COZL. Co więcej, podążając błędną logiką zaproponowaną w odwołaniu, należałoby uznać, że niedopuszczalne jest legitymowanie się wcześniej zdobytym doświadczeniem zdobytym wspólnie z innym konsorcjantem w realizacji obiektu budowlanego, bowiem wówczas każdy z tych wykonawców odpowiada za realizację jedynie części budynku, a zatem - nie ma doświadczenia w wykonaniu całości. Pogląd ten jednak wielokrotnie kwestionowała Izba w swoim orzecznictwie. Idąc dalej, należałoby uznać, że posługiwanie się podwykonawcami również oznacza, że wykonawca nie wykonał samodzielnie całego obiektu, a zatem nie posiada odpowiedniego doświadczenia. Powyższe

doskonale ilustruje nadużycia, jakiego dopuścił się Odwołujący kwestionując referencje przedstawione przez BLOCK.

1.7. Podsumowując, w tym stanie rzeczy nie można mieć dalszych wątpliwości BLOCK należycie zrealizował wskazane przez ALSTAL w wykazie usług zamówienie na rzecz COZL. Argumentacja proponowana przez Odwołującego nie odnajduje potwierdzenia nie tylko w uzyskanych przez Zamawiającego wyjaśnieniach uzyskanych od COZL, ale przeczy też ugruntowanej zasadzie interpretacji treści warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na korzyść wykonawców. Nieuwzględnienie zatem doświadczenia przedstawionego przez BLOCK byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Skuteczne udostępnienie zasobów przez BLOCK na rzecz ALSTAL.

2.1. Niezasadnie również Odwołujący kwestionuje realność udostępnienia doświadczenia i wiedzy posiadanej przez BLOCK na rzecz ALSTAL. Treść oświadczenia złożonego przez BLOCK jest jednoznacznym dowodem, potwierdzającym zobowiązanie się tego podmiotu do udostępnienia posiadanych zasobów w zakresie niezbędnym do realizacji udzielanego zamówienia. Zważywszy, że BLOCK udostępnia swoje doświadczenie i wiedzę, a nie np. potencjał techniczny, to jest wówczas oczywiste, że takie wsparcie będzie miało formę usługi np. doradztwa. Mylna jest z tego powodu interpretacja Odwołującego, jakoby chodziło o wsparcie w zakresie realizacji usług, zaś dla Zamawiającego oczywistym jest, że wsparcie będzie dotyczyło realizacji robót budowlanych, w drodze usług świadczonych na rzecz

ALSTAL.
3. Brak upływu terminu związania ofertą ALSTAL w dacie ogłoszenia wyników postępowania.
3.1. Nie można podzielić poglądu Odwołującego, jakoby termin związania ofertą ALSTAL upłynął przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z pkt 11.1 SIWZ termin związania ofertą wynosił 60 dni i został następnie przedłużony przez ALSTAL o kolejne 60 dni zgodnie z pismem z dnia 30 września 2016 r.
3.2. Co jednak istotne, termin związania wykonawców złożonymi ofertami był dwukrotnie zawieszany wskutek toczących się postępowań odwoławczych przed Izbą. Wobec konsekwencji przerwania biegu terminu związania ofertą i mogących wynikać stąd nieporozumień, Zamawiający kierował do uczestników postępowania oświadczenia o wznowieniu biegu terminu związania ofertami. Ostatnie takie oświadczenie zostało przekazane w dniu 17 stycznia 2017 r. i wówczas od terminu składania ofert upłynęło łącznie 85 dni związania ofertą, wobec też czego termin związania ofertą powinien upłynąć dopiero 21 lutego br. (został jednak ponownie zawieszony wobec kolejnego odwołania wniesionego w postępowaniu). Sam Odwołujący nie wskazuje zresztą kiedy termin ten jego zdaniem miał upłynąć.
Dowód: zawiadomienie Zamawiającego o terminie związania ofertami z 17.01.2017 r.

3.3. W tym stanie rzeczy biorący udział w postępowaniu wykonawcy zasadnie zatem mogli polegać na oświadczeniach Zamawiającego odnośnie terminu związania ofertą i nie mieli podstaw do składania dodatkowych deklaracji odnośnie przedłużenia tego terminu w stosunku do złożonych ofert, skoro z treści zawiadomień Zamawiającego jasno wynikało, że termin ten jeszcze nie upłynął.
3.4. Niezależnie od tego należy podkreślić, że oferta ALSTAL nie dość, że była ważna do dnia ogłoszenia wyboru oferty najkorzystniejszej, to w dodatku przez cały ten okres była zabezpieczona wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Wykonawca przedkładał kolejne aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej, z których wynikało, że termin jej obowiązywania został przedłużony wpierw do 6 lutego br., a następnie do 8 marca br. Skoro zatem ALSTAL konsekwentnie przedłużał ważność złożonego wadium, to rozsądnie oceniając sprawę nie można mieć wątpliwości, że uważał się za związanego złożoną ofertą i za konieczne uważał jedynie zadbanie o to, aby przez cały czas trwania związania ofertą gwarancja pozostawała w mocy. Wobec tego należy stwierdzić, że Zamawiający prawidłowo wybrał ofertę wykonawcy ALSTAL jako najkorzystniejszą z ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.
Z uwagi na powyższe, wniósł jak we wstępie.
Załączniki: 1. pismo Zamawiającego do COZL z 17.01.2017 r.; 2. pismo Zamawiającego do COZL z 27.01.2017 r.; 3. odpowiedź COZL z 24.01.2017 r.; 4. odpowiedź COZL z 01.02.2017 r.; 5. zawiadomienie Zamawiającego o terminie związania ofertami z 17.01.2017 r.; 6. odpisy odpowiedzi na odwołanie dla Odwołującego i Przystępującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp.k. i AGB 2 Sp. z o.o. – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnieśli o oddalenie odwołania. Na rozprawie złożyli dodatkowe pismo wraz z plikiem załączników.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest jednym z dwóch wykonawców, których oferty zostały ocenione w postępowaniu, zatem naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, przy zainteresowaniu odwołującego uzyskaniem zamówienia, może spowodować szkodę po stronie odwołującego. Podniesiona na rozprawie kwestia braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody, wobec ceny oferty

odwołującego przewyższającej kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie mogła stanowić podstawy do oddalenia odwołania bez jego

merytorycznego rozpoznania, gdyż zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty – art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie przedstawił dowodu potwierdzającego okoliczności odpowiadające przesłankom unieważnienia postępowania.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp.k. i AGB 2 Sp. z o.o., w wyniku skutecznego przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Odwołanie dotyczy czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego będących skutkiem nakazu Izby wynikającego z wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2323/16 (orzeczenie łączne z drugim odwołaniem sygn. akt KIO 2325/16) oraz dodatkowo zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, mimo że wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą oraz ważności wadium.

Izba ustaliła stan następujący faktyczny związany z zarzutami odwołania.

Oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia przez obecnych oraz występujących w takim samym charakterze w poprzednim postępowaniu odwoławczym uczestników postępowania odwoławczego (ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp.k. i AGB 2 Sp. z o.o.), Izba nakazała zamawiającemu (w wyroku KIO 2323/16) w wyniku ustalonego stanu faktycznego zwrócenia się do COZL:

I. *(…) o przedłożenie dodatkowych i jednoznacznych informacji dotyczących tej inwestycji, tj. w szczególności co do wykonania przez Konsorcjum Block w całości konstrukcji budynku nr 4 w ramach realizacji zamówienia „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej" oraz co do faktu ukończenia inwestycji w zakresie tego budynku z uzyskaniem przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie. (…);*

oraz o wyjaśnienie zobowiązania firmy Block Sp. z o.o.:

II. *Złożone przez Konsorcjum ALSTAL w ramach uzupełnienia dokumentów zobowiązanie firmy Block Sp. z o.o. do udostępnienia wykonawcy jego zasobów nie potwierdza, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych, poprzez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie usług, ma charakter realny i nie budzi wątpliwości. W zobowiązaniu nie wskazano*

jakie usługi będą świadczone *przez ten podmiot na rzecz Konsorcjum ALSTAL. W związku z powyższym wskazany dokument zobowiązania powinien podlegać wyjaśnieniu w zakresie udziału firmy Block Sp. z o.o. w realizacji zamówienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. (…).*

1. Zamawiający zwrócił się do COZL pismem z 17.01.2017 r. *„o wyjaśnienia w zakresie przedłożenia dodatkowych informacji lub dokumentów w zakresie:*

W ramach potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum ALSTAL przedłożyło referencję (wg zał. nr 2 do pisma) udostępnioną przez konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. dotyczącą realizacji inwestycji pod nazwą „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej" oraz uzupełniło Wykaz robót (zał. nr 3).

Jaki był faktyczny zakres wykonanych robót budowlanych zrealizowanych przez konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. (w tym czy wybudowano budynek, lub jaką jego część, jego powierzchnię użytkową w m, wartość wybudowanego obiektu - wycena robót budowlanych w załączniku nr 2 niejednoznacznie określa, że BLOCK zafakturował prace na tę wartość, oraz czy i kto i kiedy uzyskał pozwolenie na użytkowanie obiektu (zał. nr 4).

Czy konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. wykonał należycie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył całe zamówienie pn. „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej" (mając na względzie termin uzupełnienia oferty przez konsorcjum ALSTAL w dniu 08.11.2016, a spełnianie warunku na dzień złożenia ofert tj. 02.08.2016 r.).

W szczególności chodzi o informacje czy zakres robót obejmował wybudowanie obiektu służby zdrowia o pow. użytkowej poz. 8000m ^{2} i wartości pow. 40 000 000 PLN, czy uzyskano pozwolenie na użytkowanie i czy ten zakres robót był zrealizowany przez BLOCK Sp. z o.o.

Co prawda treść przedstawionej referencji jest czytelna i jasna niemniej jednak w toku

postępowania przez KIO jedna ze stron podważała wykonany zakres zrealizowanych robót przez wskazanego Wykonawcę powołując się m.in., że:
- z treści załączonej referencji wynika że *dotyczy ona jedynie I Etapu inwestycji tj. budynku szpitalnego nr 4, a nie realizacji całego zamówienia, a z powszechnie dostępnych informacji wynika, iż przedmiotowa inwestycja do dnia dzisiejszego nie została ukończona,*
- „z dokumentacji postępowania ze strony zamawiającego – Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. *Jana z Dukli, tj. wzoru Umowy wynika,* że *w zakresie budynku nr 4 którego dotyczy referencja część robót miała zostać zakończona w Etapie III tj. do dnia 30.11.2016 r. W tym też terminie wykonawca miał uzyskać pozwolenie na użytkowanie ...",*
- „że Konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. nie wykonało większości konstrukcji budynku nr 4, gdyż roboty te wykonał poprzedni wykonawca, który również nie dokończył realizacji zamówienia. W związku z powyższym trudno uznać, że *konsorcjum BLOCK w ramach tego zamówienia wybudowało budynek".*

---

2. COZL udzieliło odpowiedzi pismem z 24 stycznia 2017 r.: *„(…) w odpowiedzi na Państwa pismo nr 263/17 z dnia 17 stycznia 2017 roku niniejszym informuję,* że:
1. Konsorcjum wykonawcze firm: BLOCK Sp. z o.o. Warszawa – Lider konsorcjum, BLOCK a.s. Praga oraz JP Contracting PI Sp. z o.o. Warszawa podpisało z Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. *Jana z Dukli w dniu 17 lutego 2014 roku umowę nr ZP/27/2014, której przedmiotem było: wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu zadania pn. „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej" zlokalizowanej w Lublinie przy ul. Jaczewskiego 7.*
2. Wystawiliśmy na prośbę Block Sp. z o.o. – Lidera konsorcjum wykonawczego referencje z dnia 16 grudnia 2016 (wł. 2015) roku (Nasz znak: COZL/DIN/KW/2350/162/15).
3. Przedmiotowa referencja dotyczy I etapu realizacji inwestycji, tj. dokończenia wykonania pawilonu łóżkowego – budynek nr 4. jako samodzielnego obiektu, który przejął wszystkie dotychczasowe funkcje. Zakres robót budowlanych zrealizowanych przez konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. obejmowało wszystkie roboty budowlane w budynku nr 4, za wyjątkiem większości prac konstruktorskich (robót żelbetowych) *oraz części prac murarskich (ścian osłonowych i* ścianek *działowych), zrealizowanych przez poprzedniego Wykonawcę. Realizacja Etapu I obejmowała poza pawilonem łóżkowym – budynkiem nr 4, wykonanie również niezbędnej infrastruktury towarzyszącej, elementów małej architektury, zieleni, budynku energetycznego nr 6, budynku tlenowni nr 5 oraz dostawę i montaż wyposażenia.*
4. Powierzchnia użytkowa budynku nr 4 wynosi: 11.064,64 m ^{2} *.*
5. Na podstawie odebranych przez Zamawiającego (COZL) prac w ramach I Etapu realizacji inwestycji, konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. zafakturował wykonane prace na kwotę 75.750.610,63 zł brutto, w tym budynek nr 4 na kwotę 54.467.010,93 zł brutto. Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. *Jana z Dukli zapłacił Wykonawcy przedmiotowe wynagrodzenie za wykonane prace.*
6. Zgodnie z zapisami § 2 ust. 3 pkt 3.2.4. ww. umowy Wykonawca uzyskał w dniu 1 kwietnia 2015 roku w imieniu i na rzecz Zamawiającego, pozwolenie na użytkowanie budynku nr 4 jako samodzielnego obiektu, który przejął dotychczasowe funkcje COZL (1 etap realizacji inwestycji).
7. Budynek nr 4 w oparciu o wykonane prace uzyskał pozwolenie na użytkowanie jako samodzielny obiekt z wyłączeniem etapów II i III.
Etap II obejmuje realizację budynku nr 1 (zespołu poradni specjalistycznych), budynku nr 2 (administracyjno-dydaktycznego), budynku nr 3 (diagnostyczno-laboratoryjnego z częścią łóżkową), budynku nr 13 (przedsionka do akceleratora Oncor 3), budynku nr 15 (radioterapii) oraz infrastruktury towarzyszącej, elementów małej architektury, zieleni oraz montaż wyposażenia.

Etap III obejmuje realizację robót budowlanych związanych ze zmianą funkcji tymczasowych na docelowe w budynku nr 4 w zakresie przebudowy części pomieszczeń w tym budynku oraz montażu wyposażenia.
8. Potwierdzamy, że *użytkujemy budynek nr 4 od momentu uzyskania pozwolenia na użytkowanie.*

9. Konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. nie ukończył całego zamówienia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej", a jedynie wykonał należycie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył I etap realizacji inwestycji, tj. budynek nr 4."

3. Zamawiający zwrócił się ponownie do COZL pismem z 27 stycznia 2017 r.: *„(…) o złożenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie zrealizowanego zakresu robót budowlanych budynku nr 4 tj.:*

*- szczegółowego zestawienia **zakresu i wartości** (roboty budowlane, instalacyjne prac konstrukcyjnych i pozostałych budowlanych),*
- jako wartość całego budynku, wartość robot budowlanych,
- wartość wyposażenia,
- wielkości wybudowania nowych powierzchni,
- wartości zrealizowanego wyposażenia budynku nr 4 z podziałem na medyczne i pozostałe (powyższe informacje dotyczą konsorcjum BLOCK Sp. z o.o.).

Ponadto proszę o informacje jaka była wartość wykonanego budynku nr 4 jako całości przez wszystkich Wykonawców realizujących budynek nr 4:
- jako wartość całego budynku,
- jako wartość robot budowlanych,
- jako wartość wyposażenia."

4. COZL udzieliło ponownie odpowiedzi pismem z 1 lutego 2017 r.: „(…) *w odpowiedzi na Państwa pismo nr 486/17 z dnia 27 stycznia 2017 roku niniejszym informuję,* że:

1. Konsorcjum wykonawcze firm: BLOCK Sp. z o.o. Warszawa – Lider konsorcjum, BLOCK a.s. Praga oraz JP Contracting PI Sp. z o.o. Warszawa w ramach realizacji umowy nr ZP/27/2014 z dnia 17 lutego 2014 roku wykonało w budynku nr 4 roboty na kwotę 54.467.010,93 zł brutto, na którą składają się:

- *roboty ziemne – 45.219,98 zł,*
- *roboty rozbiórkowe – 107.699,69 zł,*
- *konstrukcyjne – 5.064.578,53 zł,*
- *roboty architektoniczne (posadzki, sufity,* ścianki *działowe, stropodach, stolarka,* ślusarka, *odbojnice, parapety, elewacja, dźwigi) – 21.874.216,88 zł,*
- *aranżacja wnętrz - 25.122,21 zł,*

- *tymczasowy łącznik – 36.965,33 zł,*
- *instalacje elektryczne – 9.676.921,96 zł,*
- *instalacje centralnego ogrzewania – 1.555.970,89 zł,*
- *instalacje c.t. nagrzewnic wentylacyjnych – 622.388,36 zł,*
- *instalacja wody chłodniczej – 466.791,27 zł,*
- *instalacja wod-kan i cwu – 2.800.747,60 zł,*
- *wentylacja i klimatyzacja – 8.354.894,06 zł,*
- *oddymianie i napowietrzanie dróg ewakuacyjnych – 466.791,27 zł,*
- *wymiennikownia W2 – 676.500,00 zł,*
- *instalacja gaszenia gazem – 155.597,09 zł,*
- *instalacje gazów medycznych wewnętrznych – 1.863.111,82 zł,*
- *instalacje gazów medycznych sygnalizacji alarmowej – 79.818,56 zł,*
- *stacja sprężarek powietrza med. i pozamed., stacja pomp próżni – 563.462,94 zł,*
- *automatyczne sterowanie stacją sprężarek powietrza medycznego – 30.212,49 zł.*

2. Wartość zrealizowanego przez konsorcjum wyposażenia budynku nr 4 wynosi 1.013.541,84 zł brutto, na które składa się dostawa i montaż:

- *wyposażenia medycznego – 732.686,10 zł,*
- *wyposażenia pozostałego – 280.855,74 zł.*

3. W ramach realizacji Etapu I konsorcjum wykonało również instalacje teletechniczne o wartości 9.191.801,12 zł brutto.

4. Powierzchnia użytkowa zrealizowanego przez konsorcjum budynku nr 4 wynosi: 11.064,64 m ^{2}.

5. Całkowita wartość brutto zrealizowanego budynku nr 4 przez wszystkich Wykonawców realizujących budynek nr 4 wyniosła:

- *księgowa ewidencyjna wartość budynku nr 4 – 48.698.509,61 zł,*
- *księgowa ewidencyjna wartość instalacji i wyposażenia budynku nr 4 – 25.223.115,78*

zł."

5. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ALSTAL pismem z 17.01.2017 r. (wezwanie) *„na podstawie art 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień na piśmie dotyczących oświadczeń i dokumentów oraz treści złożonej oferty do dnia 2017-01-23.*

Wyjaśnienie dotyczące oświadczeń i dokumentów oraz treści złożonej oferty.

(…) zwracam się z wnioskiem o wyjaśnienie treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia złożonego przez Konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum ALSTAL w zakresie usług (wg. złożonego oświadczenia kons. BLOCK) tj. przedstawienie realnych i niebudzących wątpliwości zakresów, sposobu świadczonych *usług*

oraz sposobu ich rozliczania, czy udziału w ramach ewentualnego realizowania przedmiotu zamówienia tj. budowy kompleksu Polikliniki."

6. Konsorcjum ALSTAL udzieliło zamawiającemu odpowiedzi pismem z dnia 20.01.2017 r.: *„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 stycznia 2017 r. do wyjaśnień w sprawie referencji dotyczącej zasobów udostępnionych w zakresie wiedzy i doświadczenia, złożonego przez Konsorcjum Block Sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum Alstal w zakresie usług wskazujemy i wyjaśniamy, co następuje:*

1. Zobowiązanie Block Sp. z o.o. w pełni odpowiada zakresowi zobowiązania - wynikającego z obowiązujących przepisów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym postępowaniu (przepisy sprzed nowelizacji ustawy z lipca 2016 r.), udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaga udziału podmiotu udostępniającego zasoby jako podwykonawcy zamówienia. Powyższe zostało potwierdzone przez Block Sp. z o.o. w formie oświadczenia o udziale w realizacji zamówienia w tym charakterze, co przesądza o realności tego zobowiązania. Wieloletnia praktyka w zakresie udostępniania zasobów nie wykazuje przypadków, w których wymagane jest dodatkowe poza podobnym zobowiązanie do wykorzystania zasobów.

2. Przewidywany zakres prac - usług doradczych Block sp. z o.o. dotyczyć będzie doradztwa technicznego przy zakupie sprzętu medycznego, doradztwa w zakresie wykonania sal operacyjnych/zabiegowych, doradztwa/usług w zakresie instalacji gazów medycznych. Z umowy o podwykonawstwo, stanowiącej załącznik nr 4 do przedmiotowego pisma wynika jasno zarówno zakres prac przewidzianych do wykonania przez Block Sp. z o.o., warunki wynagrodzenia za te prace oraz sposób ich rozliczania i tym samym faktycznego udziału Block Sp. z o.o. w realizacji tego potencjalnego zamówienia. Zakres usług Block podlegający udostępnieniu w związku z planowaną potencjalną realizacją zamówienia oraz w związku z koniecznością spełnienia warunków udziału w postępowaniu związany jest z potrzebami Alstal w zakresie uzupełnienia posiadanych przez Alstal kompetencji do realizacji Zamówienia. Alstal zrealizował liczne inwestycje podobne o większej powierzchni niż oczekiwana przez Zamawiającego w tym postępowaniu oraz o wyższej wartości, zrealizował również samodzielnie inwestycje w zakresie budynków szpitalnych. W kontekście powyższego potrzeby komplementarnego uzupełnienia kompetencji Alstal do realizacji przedmiotowego zamówienia wynikają z zakresu objętego umową o współpracy, stanowiącą załącznik nr 4 do przedmiotowego pisma i tylko w tym zakresie konieczne jest skorzystanie przez Alstal z potencjału innego podmiotu.

3. Wskazujemy ponadto, że zadaliśmy zamawiającemu - odbiorcy zamówienia, realizowanego przez Block sp. z o.o. pytania zamknięte – które w niebudzący wątpliwości sposób rozstrzygają o tym, że referencja przedłożona na podstawie udostępnienia zasobów przez Block sp. z o.o. jest wystarczająca i w pełni pokrywa postawione wymogi

Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia w tym Postępowaniu. W załączeniu przedkładamy zadane pytanie i udzieloną odpowiedź oraz odpowiedź PINB Lublin w zakresie pozwolenia na użytkowanie (kolejno załączniki nr 1, 2 i 3).

W przypadku konieczności dodatkowych wyjaśnień, pozostajemy do dyspozycji.

Załączniki: 1. Zapytanie do wystawcy referencji COZL Lublin z 02.01.2017 r., Odpowiedź wystawcy referencji COZL Lublin - z 03.01.2017 r., Pismo PINB Lublin z dnia 04.01.2017 r., Umowa z firmą Block z dnia 01.07.2017 r."

7. Komisja przetargowa zamawiającego przedstawiła w dniu 09.02.2017 r. propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty: *„Na spotkaniu Komisji Przetargowej w dniu 09.02.2017 r. dokonano analizy wystosowanych zapytań do Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej w Lublinie (COZL) i otrzymanych wyjaśnieniach (pismo wch.71/fax/17 z dn. 25.01.2017 oraz pismo wch. 97/fax/17 z dn. 02.02.2017 w ramach realizacji wyroku KIO z dnia 30.12.2016 r. oraz wystosowanych zapytaniach i otrzymanych wyjaśnieniach Wykonawcy WARBUD S.A. (pismo wch. 1480 z dn. 08.02.12017) i Kons. ALSTAL (pismo wch. 862 z dn. 23.01.2017) Komisja Przetargowa ustaliła, co następuje:*

Wartość wykonanych robót budowlanych zakresie realizacji I etapu realizacji inwestycji budowy budynku nr 4 przez konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. w COZL w Lublinie wyniosła ponad 54 mln PLN z czego wg załącznika nr 1 wynika, iż zrealizowano ponad 73% wartości budynku w tym roboty ziemne i konstrukcyjne (wg wartości kwot i % udziału określonych robót w wyjaśnieniach COZL i załączniku nr 1RB-COZL) w porównaniu do wielkości i wartości przedmiotu zamówienia oraz postawionych wymagań w SIWZ wynika, iż przedłożona referencja w zakresie robót, wybudowania powierzchni oraz wartości budowy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Potwierdzono, iż to Wykonawca wystąpił o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu i uzyskano je dnia 01 kwietnia 2015 r. jako samodzielnego obiektu i budynek ten uzyskał pozwolenie na użytkowanie jako samodzielny obiekt z wyłączeniem etapów II i III.

Konsorcjum ALSTAL przedstawiło w ramach wyjaśnień zakres współpracy przy realizacji zamówienia z kons. BLOCK Sp. z o.o. w zakresie przedstawionego zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia udzielonego przez BLOCK Sp. z o.o. poprzez, umowę o współpracy z dnia 01.07.2017 r. określającą zakres współpracy tj. doradztwa i usług w zakresie obejmującym zakres zamówienia (pismo wch. nr 862 zd. 23.01.2017).

Po rozpatrzeniu wyjaśnień Komisja wnioskuje o uznanie za najkorzystniejszą ofertę: Oferta nr: 5, Firma (nazwa): konsorcjum: lider ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. i członek konsorcjum AGB 2 Sp. z o.o. Adres (siedziba): ul. Jacewo 76, 88-110 Inowrocław. ***Uzasadnienie wyboru:*** *Wybrana oferta spełnia wszystkie warunki określone w specyfikacji*

istotnych warunków zamówienia i zgodnie z określonymi w niej kryteriami jest ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z art. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych."

8. Zamawiający przedstawił 2 zawiadomienia o wznowieniu postępowania, jakie były przekazywane wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia, dotyczące zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Pierwsze z 27.10.2016 r. „Zawiadomienie o wznowieniu postępowania" – w związku z otrzymaniem wyroku KIO z dnia 23 września 2016 r., *„(…) z dniem 27.10.2016 r. wznowiono postępowanie* ***w 39 dniu*** *obowiązywania ofert i Zamawiający zgodnie z treścią wyroku dokona ponownego badania i oceny złożonych ofert."* Drugie z 17.01.2017 r. *„Zawiadomienie o wznowieniu postępowania" – „(…) z dniem 17.01.2017 wznawiam postępowanie* ***w 85 dniu*** *obowiązywania ofert i Zamawiający zgodnie z treścią wyroku powtórzy czynności badania ofert, w tym:*
a) zwróci się o przedłożenie dodatkowych informacji i dokumentów (dot. oferty konsorcjum ALSTAL);
b) wezwie konsorcjum ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. AGB 2 Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści zobowiązania o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia."

9. Pismo wykonawców ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. AGB 2 Sp. z o.o. z 17 lutego 2017 r. – o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

Izba zważyła.

Zamawiający został zobowiązany wyrokiem KIO 2323/16 do wykonania dwóch czynności w zakresie ustalenia spełniania warunków udziału wykonawców w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia: pierwsza – zwrócenie się do COZL o przedłożenie dodatkowych i jednoznacznych informacji co do wykonania przez Konsorcjum Block w całości konstrukcji budynku nr 4 w ramach realizacji zamówienia „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej" oraz co do faktu ukończenia tego budynku z uzyskaniem przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie; druga – wyjaśnienia zobowiązania firmy Block Sp. z o.o. dotyczącego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, gdyż zobowiązanie przedłożone w ramach

uzupełniania dokumentów nie potwierdza, że udostępnianie wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych, przez udział tego podmiotu, ma charakter realny i nie budzi wątpliwości. Nie wskazano jakie usługi będą świadczone przez ten podmiot na rzecz Konsorcjum ALSTAL.

W wyroku podkreślono, że wyjaśnienia dotyczące udziału podmiotu w realizacji usługi oraz deklarowanego udostępnienia zasobu, mogą być uzyskane wyłącznie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (…),

---

z uwagi na fakt, że dokumenty nie mogą podlegać dalszemu uzupełnieniu, wobec wyczerpania procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

Zatem, zamawiający mógł żądać wyłącznie wyjaśnień, a nie dokumentów i dokonać oceny podmiotowej wykonawców na podstawie złożonych wyjaśnień. W wezwaniu skierowanym do Konsorcjum ALSTAL z dnia 17.01.2017 r. nie wskazano dokumentów, jednak wykonawcy poza polemiką dotyczącą treści orzeczenia Izby mimo nie zaskarżenia wyroku, dokonali uzupełnienia dokumentów przez przedstawienie umowy o współpracy z 01.07.2016 r., istniejącej w czasie postępowania odwoławczego zakończonego wyrokiem KIO 2323/16 jak wskazuje data zawarcia umowy, lecz nie przedstawionej w postępowaniu odwoławczym celem oceny zobowiązania innego podmiotu.

Pytania skierowane do COZL przez Konsorcjum ALSTAL z 02.01.2017 r. (o potwierdzenie faktów nie wynikających wprost z referencji – pytania zamknięte oznaczające ukierunkowanie odpowiedzi), przedłożone wraz z odpowiedzią, stanowiły czynność wykonawców niewynikającą ani z wyroku ani z wezwania zamawiającego.

Wyjaśnienia COZL z 24 stycznia 2017 r. uzyskane zgodnie z nakazem wyroku, potwierdziły, że referencja z 16 grudnia 2015 r. wystawiona na prośbę Block Sp. z o.o. dotyczy I etapu realizacji inwestycji, tj. dokończenia wykonania pawilonu łóżkowego – budynek nr 4. jako samodzielnego obiektu, który przejął wszystkie dotychczasowe funkcje. Zakres robót budowlanych zrealizowanych przez konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. obejmował wszystkie roboty budowlane w budynku nr 4, za wyjątkiem większości prac konstruktorskich (robót żelbetowych) oraz części prac murarskich (ścian osłonowych i ścianek działowych), zrealizowanych przez poprzedniego Wykonawcę. (…) Budynek nr 4 w oparciu o wykonane prace uzyskał pozwolenie na użytkowanie jako samodzielny obiekt z wyłączeniem etapów II i III. (…) Konsorcjum BLOCK Sp. z o.o. nie ukończyło całego zamówienia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej", a jedynie wykonało należycie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyło I etap realizacji inwestycji, tj. budynek nr 4.

Zatem z wyjaśnień wynika, że referencja z 16 grudnia 2015 r. wystawiona na prośbę Block Sp. z o.o. dotyczy dokończenia wykonania pawilonu łóżkowego – budynek nr 4, a zakres robót budowlanych zrealizowanych w trakcie dokończenia wykonania budynku, nie zawiera większości prac konstruktorskich (robót żelbetowych) oraz części prac murarskich (ścian osłonowych i ścianek działowych), zrealizowanych przez poprzedniego wykonawcę.

Z zapytania zamawiającego z 27.01.207 r. skierowanego do COZL o udzielenie dalszych wyjaśnień co do robót budowlanych budynku nr 4 w przedmiocie **zakresu i wartości** robót, wynika świadomość zamawiającego o niewykonaniu budynku nr 4 w rozumieniu warunku zamieszczonego w SIWZ (wybudowanie budynku), lecz wykonaniu zakresu i wartości robót tam opisanych.

COZL wskazując zakres robót i ich wartości odpowiedziało w piśmie z 01.02.2017 r., że konsorcjum BLOCK w ramach umowy wykonało w budynku roboty (…).

Z propozycji wyboru najkorzystniejszej oferty z 09.02.2017 r. wynika, że Komisja przetargowa oceniła spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia na podstawie zakresu robót i powierzchni *(„przedłożona referencja w zakresie robót, wybudowania powierzchni oraz wartości budowy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.")*.

Realność udostępnienia zasobów przez udział w wykonaniu robót budowlanych w charakterze podwykonawcy, Komisja przetargowa uznała na podstawie umowy o współpracy – dokumentu wskazującego doradztwo w zakresie usług.

Opisując w SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sposób dokonywania oceny spełniania warunku (pkt 6.2. – Lp 2 w tabeli), zamawiający wskazał, że warunek to wykazanie „wykonania budynków" o określonym przeznaczeniu, powierzchni i wartości. Wskazując oświadczenia lub dokumenty, jakie mieli dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, posługując się nazewnictwem z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (…), zamawiający wskazał w pkt SIWZ 7.1. Lp 2 w tabeli – „wykaz robót budowlanych". Nie zmienia to warunku, że jego przedmiotem było wykonanie budynków.

W odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ z 10 czerwca 2016 r. – wskazane w kolejności przedstawionej w piśmie (brak numeracji) – 1, 2, 3, zamawiający posłużył się pojęciem „budynku". Udzielając odpowiedzi na pytanie 28 w kolejności *„(…) Proszę także o wyjaśnienie co należy rozumieć pod pojęciem budynku?",* odpowiedział: *„Pod pojęciem wykonanie budynku należy rozumieć wybudowanie budynku z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie."*

W ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w art. 3 wskazano, ilekroć w ustawie jest mowa o: 1) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych; 2) budynku – należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

W art. 2 ustawy Pzp wskazano, że ilekroć w ustawie jest mowa o: (pkt 5d) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Zatem, dokończenia wykonania pawilonu łóżkowego – budynku nr 4 jako samodzielnego obiektu, czy wykonania zakresu robót budowlanych obejmującego wszystkie roboty budowlane w budynku nr 4, za wyjątkiem większości prac konstruktorskich (robót żelbetowych) oraz części prac murarskich (ścian osłonowych i ścianek działowych), zrealizowanych przez poprzedniego wykonawcę – w świetle wskazanych wyżej pojęć, w sytuacji gdy zamawiający przyjął w SIWZ warunek: wykonanie budynku, potwierdzając jednoznacznie w wyjaśnieniach treści SIWZ: wybudowanie budynku – nie można uznać jako potwierdzającego spełnianie warunku.

BLOCK Sp. z o.o. zobowiązała się oddać do dyspozycji ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie roboty budowlanej polegającej na wykonaniu w pełni zrealizowanego projektu budynku użyteczności publicznej dla służby zdrowia o powierzchni użytkowej co najmniej 8000m ^{2}, wskazując, że spółka będzie uczestniczyła w realizacji części zamówienia w zakresie usług w charakterze podwykonawcy (zobowiązanie z 01.07.2017 r.). Zobowiązanie to zostało ocenione w postępowaniu w poprzednim postępowaniu odwoławczym, jako niewykazujące realności udostępnienia zasobów, wymagające dodatkowego wyjaśnienia.

Na marginesie należy wskazać, że wiedzę i doświadczenie nabyte na podstawie realizacji robót budowlanych, a nie wykonania budynku, nabyło Konsorcjum BLOCK (zespół 3. wykonawców), a wiedzę i doświadczenie z tego tytułu udostępnia spółka BLOCK również spółce ALSTAL.

Podwykonawstwo zostało opisane w pkt 8 SIWZ oraz w załączniku do SIWZ wskazanym w spisie załączników jako Nr 8 – Wykaz części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Zamawiający żądał wskazania części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Dodatkowe wyjaśnienia w zakresie podwykonawstwa zostały zamieszczone w odpowiedzi na pytanie 6 z 10.06.2016 r. dotyczące treści SIWZ – w załączniku Wykaz części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom tym, którzy udostępniając swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp będą brali udział w realizacji zamówienia – należy podać możliwie wszystkich podwykonawców (…). W załączniku wykonawców wskazano roboty o charakterze budowlanym.

Z wyjaśnień wykonawców z 20.01.2017 r. wynika, że zakres usług podlegający

udostępnieniu pozostaje w związku z planowaną potencjalną realizacją zamówienia oraz w związku z koniecznością spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w tym znaczeniu związany jest z potrzebami wykonawców w zakresie uzupełnienia posiadanych kompetencji do realizacji zamówienia. Wykonawcy stwierdzili, że zrealizowali liczne inwestycje podobne, o większej powierzchni niż oczekiwana przez zamawiającego w tym postępowaniu oraz o wyższej wartości, zrealizowali również samodzielnie inwestycje w zakresie budynków

27

---

szpitalnych, co wskazuje, że w ocenie wykonawców realizacja przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu nie wymaga udziału podwykonawców w robotach stricto budowlanych.

Zatem, wskazanie części zamówienia przewidzianej do wykonania przez podwykonawcę jako „usług *doradztwa technicznego przy zakupie sprzętu medycznego, doradztwa w zakresie wykonania sal operacyjnych/zabiegowych, doradztwa/usług w zakresie instalacji gazów medycznych",* w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane – zgodnie z przyjętą w orzecznictwie i doktrynie interpretacją udostępniania zasobów – nie potwierdza realności tego udostępniania.

Cechami umowy o podwykonawstwo, o której mowa w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp w zakresie robót budowlanych, jest: a) pisemność, b) odpłatność, c) oraz jej przedmiot, tj. w przypadku robót budowlanych – roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego.

Roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo muszą być częścią zamówienia publicznego. Na podstawie orzecznictwa Izby (KIO) wykształconego na gruncie poprzednio obowiązującego przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, przyjąć należy, że analogicznie dla interpretacji art. 2 pkt 9b ustawy Pzp „pod pojęciem części zamówienia należy rozumieć fragment większej całości, którą w tym przypadku jest przedmiot zamówienia". Częścią zamówienia na roboty budowlane jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych robót, rozumiany jako część zakresu zamawianego świadczenia – na podstawie UZP www.uzp.gov.pl opinie: *Dotyczące przepisów o podwykonawstwie, obowiązujących od dnia 24 grudnia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473).*

Zamawiający, co do zasady, przeprowadził postępowanie wyjaśniające z uwzględnieniem nakazu wynikającego z wyroku Izby, nie dokonał jednakże oceny wyjaśnień zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ (wraz z wyjaśnieniami). Warunek oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, nie podlegają zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, złagodzeniu nawet gdy okoliczności sprawy temu sprzyjają.

Przedmiotem postępowania odwoławczego jest ocena czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie odwoławcze, podobnie jak o udzielenie zamówienia, jest sformalizowane i nie może być efektem oczekiwań zamawiającego, nawet jeśli oczekiwania znajdują uzasadnienie w sferze chociażby ekonomicznej.

Na podstawie przedstawionych ustaleń Izba uwzględniła odwołanie, uznając za zasadne zarzuty przedstawione w pkt III. 1, 3, 5 odwołania.

28

Izba nie uwzględniła zarzutu przedstawionego w pkt III. 4 odwołania, mimo wykazania na rozprawie, że upływ terminu związania ofertą nastąpił przed wyborem oferty. Błędne ustalanie przez zamawiającego terminu związania ofertą i zawiadamianie o tym wykonawców, zostało spowodowane dwukrotnym zawieszeniem biegu terminu związania ofertą w związku z wniesieniem odwołań po upływie terminu składania ofert. Zamawiający przyjął, że bieg terminu ulega zawieszeniu do czasu otrzymania wyroku Izby, gdy przepis art. 182 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że – do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.

Orzecznictwo Izby, również sądów powszechnych, utrwaliło pogląd o niemożności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, przykładowo wyroki: z 3 września 2012 r., sygn. akt KIO 1804/12; z 7 września 2012 r., sygn. akt KIO 1817/12 i 1822/12 (wyrok łączny); z 6 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2206/16.

Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z 13 lutego 2014 r., sygn. akt I Ca 495/15

potwierdził w okolicznościach sprawy niemożność dokonania wyboru oferty po upływie terminu związania ofertą.

Zarzut przedstawiony w pkt III. 4 odwołania nie znajduje uzasadnienia w stanie prawnym, bowiem wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu wskazanego w tym przepisie – wykonawcy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, następuje wyłącznie w sytuacji, braku zgody wykonawcy na uprzedni wniosek zamawiającego (wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą), o którym stanowi art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Taka sytuacja nie miała miejsca w tym przypadku. Dwukrotne przedłużenie Gwarancji ubezpieczeniowej (do 6 lutego, a następnie do 8 marca 2017 r.), nie uzasadniało przesłanek zastosowania wskazanego w odwołaniu przepisu.

Przepisy podane w zarzucie pkt III. 2 wskazują kompetencje Izby, zamawiający nie mógł więc ich naruszyć.

Na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 20 000 zł uiszczony przez odwołującego oraz zasądziła na rzecz odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: ……...