

WYROK

z dnia 24 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez wykonawcę: **Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS" S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp treści oferty złożonej przez Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS" S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. w zakresie terminu wykonania zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław, 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., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław** na rzecz wykonawcy: **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa budynku Nr 1 na potrzeby Zintegrowanego Bloku Operacyjnego w 4 Wojskowym Szpitalu Klinicznym z Polikliniką SP ZOZ we Wrocławiu K-2857”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 czerwca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 116-197011.

Wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności podjętej przez zamawiającego w dniu 30 sierpnia 2013 r. w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „WROBIS” S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. (dalej zwane: „Konsorcjum WROBIS”).

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WROBIS pomimo, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WROBIS z postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WROBIS pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WROBIS, której treść jest niezgodna z treścią siwz,
- z ostrożności procesowej - również naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum WROBIS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania Konsorcjum WROBIS, odrzucenie oferty tego wykonawcy, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu niezgodności treści oferty z treścią siwz

i niepotwierdzenia się zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji - wezwania Konsorcjum WROBIS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób wskazanych na stanowisko kierownika budowy oraz specjalisty dendrologa,

- wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, co następuje.

1. Zarzuty dotyczące niespełniania przez Konsorcjum WROBIS warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt VIII.2.3 lit.h siwz oraz ogłoszeniem o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali specjalistą w dziedzinie dendrologii, posiadającym co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe z dziedziny dendrologii. Zgodnie ze zmianą ogłoszenia z dnia 05.07.2013 r., doświadczenie miało być potwierdzone okresami faktycznie wykonywanych usług, a zamawiający miał zliczyć te okresy uwzględniając mm-rr od dnia rozpoczęcia świadczenia usług.

Konsorcjum WROBIS wskazało w ofercie p. Dominikę Krop-Andrzejczuk na stanowisko dendrologa, jednak z załączonego wykazu nie wynika, aby osoba ta posiadała 5 letnie doświadczenie zawodowe w dziedzinie dendrologii. Z treści złożonego wykazu wynika, że osoba ta ma jedynie 48 miesięcy doświadczenia, czyli zaledwie 4 lata, przyjmując korzystny dla wykonawcy sposób zliczania okresów doświadczenia. Tym samym wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania specjalistą dendrologiem.

Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum WROBIS do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Ponieważ jednak oferta Konsorcjum WROBIS podlega odrzuceniu, a wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, to wzywanie do uzupełnienia wykazu osób nie jest zasadne.

2. Zarzuty dotyczące niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podania w ofercie Konsorcjum WROBIS nieprawdziwych informacji:

Zgodnie z VIII.2.3 lit.b siwz oraz ogłoszeniem o zamówieniu (zmienionym dnia 02.07.2013 r., 03.07.2013 r., 05.07.2013 r. i 18.07.2013 r.) zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali kierownikiem budowy posiadającym: „doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową prowadzonej w oparciu warunki kontraktowe FIDIC lub inne równoważne warunki międzynarodowe.”

Konsorcjum WROBIS w swojej ofercie wskazało na stanowisko kierownika budowy p. Wojciecha D.a. Jak wynika z treści wykazu załączonego do oferty, jako doświadczenie zawodowe tej osoby w kierowaniu budową prowadzoną w oparciu warunki kontraktowe FIDIC lub inne równoważne warunki międzynarodowe, Konsorcjum WROBIS wskazało jedną

inwestycję, która mogłaby spełniać postawione przez zamawiającego wymagania, tj. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych budynku 9A we Wrocławiu przy ul. Stabłowickiej 147-149 w ramach projektu: Dolnośląskie Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskie Centrum Badań EIT+.

Jak wynika z informacji uzyskanych przez odwołującego bezpośrednio od inwersora, tj. Wrocławskiego Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o., którego pismo odwołujący przedłożył w załączeniu, funkcję Kierownika budowy na obiekcie wskazanym przez Konsorcjum WROBIS pełnił p. Antoni P., a następnie p. Radosław M., a nie p. Wojciech D.. Tym samym wykonawca, wbrew oświadczeniu zawartemu w wykazie, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a ponadto - wykonawca podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz w konsekwencji podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zaistniały wszystkie przesłanki skutkujące koniecznością wykluczenia z postępowania Konsorcjum WROBIS.

- informacje zostały podane w oświadczeniu wykonawcy, złożonym w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Informację co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy - aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność, (tak KIO w wyroku z dnia 6 sierpnia 2010 r., KIO 1578/10).

- informacje miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający, działając w zaufaniu do oświadczenia złożonego przez wykonawcę „Konsorcjum WROBIS” w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonał wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Gdyby zaś w ofercie nie znalazła się nieprawdziwa informacja dotycząca doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, to oferta wykonawcy „Konsorcjum WROBIS” nie mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W sytuacji, w której wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje, zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

3. Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Konsorcjum WROBIS z treścią siwz.

Zgodnie z pkt VII.2. siwz, zamawiający wskazał, iż termin zakończenia Umowy/Kontraktu to dzień Wystawienia Świadectwa Wykonania, jednak nie później niż do 31.12.2016 r., w tym Okres Zgłaszania Wad trwający 12 miesięcy. Zgodnie z treścią siwz wykonawcy w formularzu ofertowym w pkt 1 mieli wskazać termin wykonania zamówienia. Termin ten

miał, zgodnie z pkt VII.2. siwz, obejmować Okres Zgłaszania Wad trwający 12 miesięcy. Jednocześnie zgodnie z pkt XV 3 lit.c siwz, wykonawcy mieli obowiązek złożenia, jako części oferty, harmonogramu rzeczowo-finansowego robót budowlanych.

Konsorcjum WROBIS, w formularzu ofertowym złożyło oświadczenie, iż zamówienie wykona w terminie do 31.12.2015 r. Identyczna data znajduje się w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Jednak z dokumentu tego jednoznacznie wynika, iż Konsorcjum WROBIS nie uwzględniło 12 miesięcznego Okresu Zgłaszania Wad, a także czasu na uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. W ofercie brakuje co najmniej 14 dni na uzyskanie dopuszczenia obiektu przez Państwową Straż Pożarną i Sanepid, a także kolejnych, co najmniej 21 dni, na wydanie pozwolenia na użytkowanie przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego. 12 miesięczny Okres Zgłaszania Wad dotyczy budynku eksploatowanego, a zatem może rozpocząć swój bieg dopiero po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie.

O ile sam zadeklarowany przez wykonawcę termin wykonania zamówienia, tj. 31.12.2015 r. jest zgodny z treścią siwz (mieści się w wymaganym okresie, tj. przed dniem 31.12.2016 r.), to nieuwzględnienie w harmonogramie Okresu Zgłaszania Wad stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, bowiem zamawiający jednoznacznie wskazał, iż Okres Zgłaszania Wad musi być uwzględniony przez wykonawcę w ramach terminu realizacji zamówienia, jako dodatkowy okres gwarancji, którego wymagał zamawiający. Jeżeli wykonawca nie przewidział tego okresu w swojej ofercie, to zamawiający na etapie realizacji zamówienia nie będzie mógł go wyegzekwować. Okres ten związany jest z dodatkowymi kosztami ponoszonymi przez wykonawcę wynikającymi chociażby z kosztów wydłużonej gwarancji na oferowane urządzenia. Ponieważ harmonogram rzeczowo-finansowy jest treścią oferty i jednocześnie data wynikająca z harmonogramu rzeczowo-finansowego jest w świetle oświadczenia Konsorcjum WROBIS zawartego w formularzu ofertowym datą zakończenia realizacji całego zamówienia, to należy uznać, iż treść oferty jest niezgodna z treścią siwz, a zatem oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS" S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 20 września 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że w wyniku wniesienia odwołania wezwał Konsorcjum WROBIS do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia

dokumentów w zakresie objętym zarzutami odwołania. W wyniku wyjaśnień i uzupełnień zamawiający stwierdził, iż zarzuty zawarte w odwołaniu nie mają podstaw. Wskazał, że Konsorcjum WROBIS omyłkowo nie wpisało wszystkich okresów doświadczenia zawodowego p. Dominiki Krop Andrzejczuk – specjalisty dendrologa. W wyniku uzupełnienia załącznika nr 5 uwzględniono te okresy co w konsekwencji potwierdziło 5 – letnie doświadczenie wymagane w siwz. W wyniku wyjaśnień Konsorcjum WROBIS potwierdziło doświadczenie p. Wojciecha D.a w kierowaniu budową prowadzoną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, na co przedstawiło stosowną dokumentację. Z kolei wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp złożone w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia potwierdziły w ocenie zamawiającego fakt, że oferta w tym względzie jest zgodna z treścią siwz.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, stosownie do wymogów art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „WROBIS” S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. Wykonawcy wykazali swój interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, stosownie do art. 185 ust. 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

- I. Zarzut dotyczący niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WROBIS pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VIII.2.3 lit. h siwz, tj. dysponowania specjalistą w dziedzinie dendrologii posiadającym co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe z dziedziny dendrologii (z uwzględnieniem

zmiany treści ogłoszenia z dnia 5 lipca 2013 r.) Konsorcjum WROBIS wskazało w ofercie p. Dominikę Krop-Andrzejczuk na stanowisko dendrologa. Załączony do oferty wykaz osób (zał. Nr 5 do siwz) potwierdza doświadczenie zawodowe ww. osoby w dziedzinie dendrologii w okresie 48 miesięcy, co stanowi 4 lata. Wykonawca nie potwierdził zatem spełniania ww. warunku. Powyższe przyznał de facto zamawiający, poprzez dokonanie w dniu 19 września 2013 r. wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu w powyższym zakresie.

Konsorcjum WROBIS uzupełniło w dniu 19 września 2013 r. wykaz, który potwierdza 5 – letnie doświadczenie p. Dominiki Krop-Andrzejczuk na stanowisku dendrologa. Izba nie zgodziła się z odwołującym, iż zliczając wskazane w uzupełnionym wykazie okresy doświadczenia należy odliczyć miesiące skrajne lub pojedyncze. W ocenie Izby nie ma podstaw do pominięcia miesięcy skrajnych, gdyż odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tezy, że są to miesiące niepełne. Zgodnie natomiast z art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp, to na odwołującym (strona, która twierdzi) spoczywa ciężar udowodnienia faktów, na które się powołuje, i z których wywodzi skutki prawne. Izba wzięła również pod uwagę, że brak wskazania dat dziennych poszczególnych okresów doświadczenia nie stanowi niezgodności z wymaganiami opisu sposobu spełniania warunku udziału w omawianym zakresie. Zamawiający przyjął sposób zliczania okresów według reguły mm/rr i zgodnie z takim sposobem prezentacji okresu doświadczenia wykazy osób zostały złożone również przez odwołującego. Zasada równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu przyjęcie tych samych zasad oceny wobec wszystkich wykonawców, chyba że w postępowaniu zostałyby przedstawione dowody potwierdzające, że wskazane miesiące skrajne okresów doświadczenia są niepełne, co jak podkreślono powyżej nie zostało wykazane przez odwołującego.

W danym stanie faktycznym należało uznać, że zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, gdy złożony w ofercie wykaz osób nie potwierdzał spełniania warunku w zakresie dysponowania osobą posiadającą 5 – letnie doświadczenie na stanowisku dendrologa. Biorąc jednak pod uwagę, że zamawiający wykonał tę czynność po wniesieniu odwołania oraz w wyniku tej czynności wykonawca złożył wykaz potwierdzający spełnianie warunku, należało uznać, że stwierdzone naruszenie art. 26 ust. 3 w omawianym zakresie nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zatem stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp Izba nie uwzględniła odwołania w zakresie tego zarzutu.

- II. Zarzuty dotyczące niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podania w ofercie nieprawdziwych informacji oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WROBIS z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum WROBIS przedstawiło w ofercie wykaz osób obejmujący, zgodnie z warunkiem opisanym w pkt VIII.2.3 lit.b siwz oraz ogłoszeniem (z uwzględnieniem zmian z dnia 02.07.2013 r., 03.07.2013 r., 05.07.2013 r. i 18.07.2013 r.), osobę wskazaną na stanowisko kierownika budowy – p. Wojciecha D. – wobec której wymagane było m.in. „doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową prowadzonej w oparciu warunki kontraktowe FIDIC lub inne równoważne warunki międzynarodowe”. W wykazie złożonym w ofercie (Załącznik nr 5 do siwz), jako doświadczenie tej osoby wskazano kierowanie budową prowadzoną w oparciu warunki kontraktowe FIDIC - Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych budynku 9A we Wrocławiu przy ul. Stabłowickiej 147-149 w ramach projektu: Dolnośląskie Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskie Centrum Badań EIT+.

Odwołujący podnosił, że funkcję kierownika budowy na ww. obiekcie pełnił p. Antoni P., a następnie p. Radosław M., a nie p. Wojciech D., co potwierdził inwestor Dolnośląskie Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskie Centrum Badań EIT+. (pismo z dnia 5 września 2013 r.). W ocenie odwołującego powyższe dowodzi złożenia przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwej informacji, co do pełnienia funkcji kierownika budowy na tym obiekcie przez p. Wojciecha D.a.

W konsekwencji wniesionego odwołania w powyższym zakresie, zamawiający w dniu 19 września 2013 r. wezwał Konsorcjum WROBIS do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp dotyczących doświadczenia ww. osoby w omawianym zakresie. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca wyjaśnił, że wskazana osoba kierowała budową jako Przedstawiciel wykonawcy, a zatem nie chodzi tu o kierowanie budową w znaczeniu - pełnienie funkcji kierownika budowy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane.

W ustalonym stanie faktycznym dla rozstrzygnięcia zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą kierownika budowy z wymaganym doświadczeniem w „kierowaniu budową” realizowanej na warunkach kontraktowych FIDIC lub równoważnych, istotne jest ustalenie wiążącej treści warunku i opisu sposobu jego spełniania, w tym w szczególności ustalenie, czy wymagane „doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową prowadzonej w oparciu warunki kontraktowe FIDIC lub inne równoważne warunki międzynarodowe” należy rozumieć jako doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy (w rozumieniu Prawa budowlanego)

prowadzonej w oparciu warunki kontraktowe FIDIC lub inne równoważne warunki międzynarodowe.

W ocenie Izby powyższe rozumienie warunku nie jest oczywiste. Biorąc pod uwagę sposób sformułowania warunków dotyczących doświadczenia pozostałych osób, dysponowania którymi wymagał zamawiający, należy zauważyć, że w każdym przypadku, gdy zamawiający wymagał doświadczenia w pełnieniu określonej funkcji (wynikającej z przepisów Prawa budowlanego) to wprost zostało to jednoznacznie sformułowane w opisie danego warunku. Zamawiający użył w tych przypadkach wprost sformułowania „doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika [...]”. W przypadku natomiast warunku dotyczącego kierownika budowy – takie jednoznaczne sformułowanie nie zostało użyte. Zapis warunku mówi o „kierowaniu budowy” prowadzonej w oparciu warunki kontraktowe FIDIC lub inne równoważne. Zatem należy przyjąć, że skoro zamawiający rozróżnił sytuację „pełnienia funkcji kierownika budowy/ robót” od „kierowania budowy” w tym samym dokumencie (siwz i ogłoszenie), to nie można uznać, że znaczenie tych określeń jest tożsame. Przyjęcie natomiast na etapie oceny ofert zawężającej wykładni treści warunku udziału w postępowaniu w ocenie Izby jest nieuzasadnione oraz stanowiłoby przejaw naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, jak wynika z ugruntowanego w tym przedmiocie orzecznictwa Izby, jeśli w treści warunku występują niejasności lub jakkolwiek niejednoznaczność, to zawsze należy przyjąć interpretację korzystniejszą dla wykonawców, tj. interpretację powodującą większą konkurencyjność postępowania. Dlatego w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu skoro zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny i nie zdefiniował pojęcia „kierowania budowy” użytego w treści warunku udziału, to należy przyjąć, że osoba kierująca budową z ramienia wykonawcy według warunków kontraktowych, np. FIDIC - przedstawiciel wykonawcy - mieści się w pojęciu osoby kierującej budową (tak klauzula 4.3 FIDIC), o której mowa w treści warunku. Taką osobę wskazało w wykazie Konsorcjum WROBIS. W przekonaniu Izby warunek omówiony powyżej został zatem spełniony przez Konsorcjum WROBIS, a wątpliwości podniesione w ramach zarzutu w powyższym zakresie zostały rozwiane. Izba stwierdziła w odniesieniu do oceny spełniania warunku dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba zważyła, że informacje złożone przez wykonawcę nie są nieprawdziwe, a zostały wręcz potwierdzone za pomocą oświadczeń złożonych zarówno przed zamawiającym, jak i przed Krajową Izbą Odwoławczą. Pismo złożone przez odwołującego Dolnośląskiego Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskie Centrum Badań EIT+. z dnia 5 września 2013 r., oświadczenie

Dariusza Irzyka z dnia 12 września 2013 r. złożone przez zamawiającego, oświadczenie Antoniego P.a z dnia 16 września 2013 r. załączone do wyjaśnień przystępującego, a także załączone tam dokumenty dotyczące samej inwestycji i związana z jej realizacją korespondencja. Wszystkie te dokumenty potwierdzają, że p. Wojciech D. kierował budową jako przedstawiciel wykonawcy. W żadnym miejscu oferty przystępujący nie twierdził, że osoba ta wykonywała na wskazanej w wykazie inwestycji funkcję kierownika budowy w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego.

III. Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią siwz oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WROBIS.

Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt VII.2) jako wymagany termin zakończenia Umowy/Kontraktu - dzień Wystawienia Świadectwa Wykonania, który nie mógł być jednak ustalony przez wykonawcę później niż do 31.12.2016r. W podanym w formularzu ofertowym terminie wykonania zamówienia należało uwzględnić Okres Zgłaszania Wad trwający 12 miesięcy. Ponadto, zgodnie z pkt XV 3. it.c siwz wykonawcy byli zobowiązani do złożenia w ofercie harmonogramu rzeczowo-finansowego robót budowlanych.

Konsorcjum WROBIS podało w formularzu ofertowym termin realizacji zamówienia - do 31.12.2015r. Ta sama data została wskazana w harmonogramie rzeczowo-finansowym, w którym nie wyodrębniono okresu 12 miesięcy jako Okresu Zgłaszania Wad.

Powyższe wskazuje, że wykonawca w formularzu ofertowym podał datę realizacji zamówienia, w której nie uwzględnił wymaganego 12 miesięcznego Okresu Zgłaszania Wad.

Jak wyjaśnił wykonawca w piśmie do zamawiającego z dnia 19 września 2013 r. podany w formularzu ofertowym termin 31.12.2015r. został wskazany jako termin zakończenia robót budowlanych, przyjmując, że Okres Zgłaszania Wad nie stanowi roboty budowlanej. Nie oznacza to jednak, że wykonawca nie oferuje tego elementu zamówienia i że oferta w tym zakresie nie odpowiada wymaganiom siwz. Wręcz przeciwnie, wykonawca potwierdził zarówno w ofercie - w formularzu ofertowym, jak i w załączniku nr 1A do oferty, że zaakceptował wszystkie warunki siwz, w tym wymóg zapewnienia 12 miesięcznego Okresu Zgłaszania Wad. Złożone wyjaśnienia przez Konsorcjum WROBIS usuwają wątpliwości co do treści oferty w tym zakresie. Z tego względu w ocenie Izby termin wykonania zamówienia podany w formularzu ofertowym podlega poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako inna omyłka niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty. Okres Zgłaszania Wad stanowi dodatkowy okres gwarancji, który został przewidziany w ofercie przystępującego, a jego nieuwzględnienie w terminie realizacji podanym w formularzu ofertowym należy zakwalifikować jako omyłkę wykonawcy, będącą

wynikiem błędnego przekonania, że termin ten powinien uwzględniać wyłącznie roboty stricte budowlane.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności zamawiający winien poprawić w ofercie Konsorcjum WROBIS termin realizacji zamówienia podany w formularzu ofertowym - poprzez dodanie do tego terminu okresu 12 miesięcy. Czynność powyższa nie została wykonana przez zamawiającego w toku postępowania, wobec czego należało uznać, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez przyjęcie, że treść oferty nie podlega poprawie i jest zgodna z siwz. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z warunkami siwz, chyba że stwierdzona niezgodność podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty przed zbadaniem możliwości jej poprawienia.

Uwzględniając zarzut odwołania Izba wzięła pod uwagę, że w przypadku niewyrażenia zgody przez wykonawcę na dokonanie wskazanej poprawy, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Takiej okoliczności nie można wykluczyć na tym etapie postępowania, a zatem należało uznać, że stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....