

WYROK
z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67D/111, 02-055 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** protestu z dnia 28 stycznia 2010 r.

przy udziale **PROCHEM S.A., ul. Powązkowska 44c, 01-797 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67D/111, 02-055 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67D/111, 02-055 Warszawa**,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych

Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67D/111, 02-055 Warszawa**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na inwestora zastępczego przy realizacji obiektów objętych Projektem pn. „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III)”; Nr referencyjny postępowania: DZP-3 71-71/2009, zostało wszczęte przez Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 213- 307713 w dniu 05.11.2009 r.

W dniu 18.01.2010 r. Zamawiający przekazał faxem informację o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 oferty Pzp BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67D/111, 02-055 Warszawa zwanego dalej: „BUD-INVENT Sp. z o.o.” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”, jak i wyborze oferty: „Prochem” S.A., ul. Powązkowska 44 C, 01-797 Warszawa zwanego dalej: „Prochem” albo „Przystępującym”. W uzasadnieniu odrzucenia, Zamawiający podniósł, że BUD-INVENT Sp. z o.o. nie uwzględnił dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji wzoru umowy, w wyniku czego, Zamawiający dokonał poprawienia załączonego do oferty wzoru umowy. Następnie, zaś powiadomił BUD-INVENT Sp. z o.o. o poprawieniu omyłek oraz poinformowani, iż Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie wyrazi zgody na poprawienie omyłek. Jednakże, pomimo tego BUD-INVENT Sp. z o.o. nie zgodził się na poprawienie omyłek w wymaganym terminie. Zdaniem Zamawiającego, ostatnim dniem na wyrażenie zgody był dzień 9.01.2010 r.

W dniu 28.01.2010 r. faxem na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst

jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” BUD-INVENT Sp. z o.o. złożyło protest na a) czynności badania i oceny ofert, b) czynności odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego; c) zaniechania czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania Prochem; d) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Prochem; e) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzucił naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 i 7, art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wnosił o: 1) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert; 2) Odstąpienia od czynności odrzucenia oferty złożonej przez Prochem; 3) Wykluczenia z przedmiotowego postępowania Prochem oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanego Wykonawcę za

2

odrzuconą; 4) Odrzucenia oferty złożonej przez Prochem; 5) Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; 6) Dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Protestującego.

Protestujący zauważył, że Zamawiający wystosował pismo zawierające informację o poprawieniu omyłek, jednak dotarło ono do niego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią, dopiero w dniu 11.01.2010 r. Wówczas bowiem otrzymał pismo drogą pocztową (przesłany w dniu 6.01.2010 r. faks był nieczytelny). Zatem trzydniowy termin na poprawienie omyłek należy liczyć od dnia 11.01.2010 r., a nie jak to uczynił Zamawiający od dnia 6.01.2010 r. Zamawiający, w przedmiotowym przypadku nie dając wiary przekazanej informacji o nieczytelnym fakcie, uczynił tak na podstawie własnych subiektywnych odczuć, które być może są nawet poparte doświadczeniem, jednakże doświadczenie to nie musi być adekwatne do każdego przypadku jaki ma miejsce w praktyce prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W jego ocenie został przez niego dochowany trzydniowy termin na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, liczony od dnia doręczenia zawiadomienia. Zauważył, że ciężar przeprowadzenia dowodu na zaistnienie przesłanek do odrzucenia oferty obciąża Zamawiającego, zatem dla zasadności środków ochrony prawnej wystarczy wykazanie, iż Zamawiający nie przeprowadził dowodu na okoliczność, że wzmiankowane przesłanki się ziszczyły. W przedmiotowym przypadku, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek koniecznych do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, zaś brak udowodnienia skutkuje koniecznością przyjęcia, iż przesłanki te nie zostały spełnione.

Podniósł, że zgodnie z poglądami prezentowanymi w orzecznictwie:

- 1) Dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Domniemanie to może być obalone, jeżeli adresat wykaże, że np. z powodu zakłóceń aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenia tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe (Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 18.05.2006 r., sygn. akt: VI Ga 51/06);
- 2) Sam raport o transmisji faksowej nie stanowi wystarczającego dowodu na to, że pismo przesłane faksem zostało faktycznie w danym dniu doręczone adresatowi w ten sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią; Zgodnie z art. 27 ust. 2 Pzp, jeżeli Zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania; Zatem wystarczającym dowodem doręczenia może być wyraźne potwierdzenie faktu otrzymania pisma faksem (Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2742/06). W przedmiotowym przypadku, informując Zamawiającego o fakcie otrzymania nieczytelnego faksu, w tym przekazując kopię otrzymanego faksu, w ocenie Protestującego, obalono

3

wzmiankowane domniemanie prawne. Zamawiający zaś, odmawiając wiary twierdzeniom Protestującego, nie wykazał, iż domniemanie jest nadal aktualne.

Względem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwany dalej: „SIWZ”, w art. 4 § 1 pkt 3.2.2.1 lit. a) postawił wymóg wykazania się kierownikiem Projektu (1 osoba) spełniającym określone kryteria. Prochem wskazał na wzmiankowane stanowisko Pana Tomasza Piotra A, który jednak nie spełnia postawionych wymagań. Z życiorysu zawodowego wynika, że osoba ta posiada wykształcenie wyższe techniczne oraz tytuł

zawodowy magistra inżyniera ochrony środowiska. Wzmiankowanego wykształcenia nie sposób uznać za „*wykształcenie wyższe z dziedziny ekonomii, prawa lub budowlane*”, gdyż:

1) Nie każde „*wykształcenie wyższe techniczne*” jest „*wykształceniem wyższym budowlanym*”.

2) Zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie standardów kształcenia dla poszczególnych kierunków oraz poziomów kształcenia, a także trybu tworzenia i warunków jakie musi spełniać uczelnia by prowadzić studia międzykierunkowe oraz makrokierunki:

a) efektem kształcenia na kierunku „*ochrona środowiska*” winno być posiadanie wiedzy z zakresu nauk przyrodniczych i nauk o środowisku, a także nauk technicznych, rolniczych lub leśnych, o planowaniu przestrzennym i metodyki badań środowiskowych;

b) treści kształcenia na kierunku ochrona środowiska, tylko w bardzo niewielkim stopniu dotyczą zagadnień, mających pewien związek z budownictwem, obejmują zaś (m. in.): Ekologię i ochronę przyrody; Hydrologię, meteorologię i klimatologię; Prawo i ekonomię w ochronie środowiska; Technologie bioenergetyczne; Politykę ochrony środowiska; Statystykę i modelowanie w naukach o środowisku.

3) Fakt posiadania przez Pana Tomasza Piotra A, uprawnień budowlanych, nie jest okolicznością przesądzającą o posiadaniu „*wykształcenia wyższego budowlanego*”, gdyż w ustawie Prawo budowlane w odniesieniu do nadawania uprawnień, używane jest pojęcie „*wykształcenia odpowiedniego dla danej specjalności*”, nie zaś pojęcie „*wykształcenia wyższego budowlanego*”. W ścyoriysie zawodowym, nie podano także wartości zadań inwestycyjnych, przy realizacji których Pan Tomasz Piotr A, zdobywał doświadczenie, zatem nie wiadomo czy postawiony warunek został spełniony w zakresie posiadania przez wskazaną osobę, doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika zespołu lub menadżera/kierownika projektu przy realizacji co najmniej trzech zadań inwestycyjnych dotyczących obiektów kubaturowych użyteczności publicznej o wartości co najmniej 30.000.000.00 PLN - każda.

Zamawiający w SIWZ, jako warunek udziału w postępowaniu, postawił wymóg w art. 4 § 1 pkt 3.2.2.1 lit. e) wykazania się specjalistą ds. kosztów (1 osoba) posiadającym

4

określone doświadczenie. Prochem wskazał Pana Jacka K, który jednak nie spełnia postawionych wymagań. W ścyoriysie zawodowym, podano jedynie nazwy zajmowanych przez wzmiankowaną osobę stanowisk oraz nazwy obsługiwanych inwestycji. Nie wskazano zakresu obowiązków przypisanych tym stanowiskom, w szczególności, czy obejmował on rozliczanie finansowe inwestycji.

Zamawiający w SIWZ, jako warunek udziału w postępowaniu, postawił wymóg w art. 4 § 1 pkt 3.2.2.1 lit. c) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wśród tych osób winno być dwóch kandydatów na stanowisko Inspektora nadzoru, posiadających uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz w specjalności telekomunikacyjnej. Uprawnienia wzmiankowanych dwóch osób sumują się

Prochem nie spełnia tak postawionego wymogu, gdyż nie dysponuje dwoma kandydatami na wzmiankowane stanowisko, którzy łącznie posiadają wymagane doświadczenie, a zarazem posiadają sumujące się, wymagane uprawnienia.

Zamawiający w SIWZ, jako warunek udziału w postępowaniu, postawił wymóg art. 4 § 1 pkt 3.2.1 wykazania się określonym doświadczeniem. Prochem w Wykazie usług, wskazał: 1) „*Świadczenie usług kierownika projektu przy budowie budynku redakcyjno - biurowego wraz z parkingiem wielopoziomowym*”, dla „*Telewizja Polska*” S.A. (wartość nadzorowanego „*Projektu*”: 160.000.000,00 zł); 2) „*Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego przy budowie Centrum Biurowo - Szkoleniowego i Dystrybucyjnego*”, dla „*Robert Bosch*” Sp. z o.o. (wartość nadzorowanego „*Projektu*”: 67.100.000,00 zł).

W przypadku usługi wykazanej pod poz. 2, nie mamy do czynienia z obiektem użyteczności publicznej, jako, iż z załączonych referencji wynika, że zrealizowany w ramach tego zadania inwestycyjnego budynek spełnia różne funkcje, z których nie wszystkie można zakwalifikować jako funkcje spełniane przez „*budynek użyteczności publicznej*”.

Względem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust.1 Pzp:

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 60.000,00 PLN, przy czym jedną z dopuszczalnych form wadium były gwarancje ubezpieczeniowe. Prochem złożył

jako wadium gwarancję przetargową nr 388/09/350/5781974 wystawioną 2.12.2009 r. przez TU Allianz Polska S.A., jednakże treść wzmiankowanej gwarancji nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje brakiem prawnie skutecznego zabezpieczenia interesów Zamawiającego dotyczących przedmiotowego postępowania. Mianowicie jako przedmiot (nazwę) zamówienia publicznego, zamiast: „Świadczenie usług inwestora zastępczego przy realizacji obiektów objętych Projektem pn. „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III)”, błędnie podano: „Świadczenie usług inwestora zastępczego przy realizacji obiektów objętych Projektem pn. „Centrum

5

Biologiczno - Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III)”.

Tym samym, wobec braku tożsamości pomiędzy przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowaniem wskazanym we wzmiankowanej gwarancji nie byłaby możliwa wypłata z gwarancji, w przypadku spełnienia przesłanek.

Wskazuje też na art. 6 § 1 pkt 8 SIWZ, że w przypadku zamiaru złożenia wadium w postaci poręczenia oraz gwarancji bankowej i gwarancji ubezpieczeniowej zaleca się, aby wykonawca przedstawił Kwestorowi Uniwersytetu Warszawskiego odpowiednie dokumenty lub wzory dokumentów na cztery dni robocze przed terminem składania ofert, celem zweryfikowania i wydania pisemnej opinii; wykonawca winien dołączyć do oferty zaopiniowany przez Kwestora wzór papieru wartościowego: poręczenia, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej wraz z oryginałem dokumentu. Tym samym, Zamawiający wprowadził dla wszystkich dodatkowy obowiązek (związany z wymogiem dołączenia do oferty wzmiankowanego wzoru), zaś z okoliczności dotyczących jego wprowadzenia (weryfikacja dokonywana przez Kwestora ma charakter uprzedni) jednoznacznie wynika, iż ma on na celu zapewnienie całkowitej prawidłowości w zakresie treści, składanych jako wadium, poręczeń, gwarancji bankowych i gwarancji ubezpieczeniowych. Zatem, niezależnie od skutków wadliwości gwarancji w zakresie zabezpieczenia interesów Zamawiającego, doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji, jako że nastąpiło, dopuszczenie jako prawidłowej (poprzez pozytywne zaopiniowanie), gwarancji, która zawiera ewidentny, a zarazem istotny błąd.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, polegało również oprócz wskazanych powyżej okoliczności, na bezpodstawnym odrzuceniu złożonej oferty; bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z postępowania Prochem, a także na bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego.

W dniu 28.01.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 01.02.2010 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego przystąpił Prochem wnosząc o oddalenie protestu w całości. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu. Po pierwsze, przedstawił argumentację odnośnie Pan Tomasz A następnie przywołaną przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Ponadto, wskazał, że wartość pierwszego obiektów SGGW wynosiła 30.117.654, 86 zł brutto, a wartość inwestycji Centrum Senatorska wynosiła ok. 55 mln zł brutto. Po drugie, odnośnie pana Jacka K wskazał, że w zakres obowiązków osób zatrudnionych u przystępującego na stanowisku specjalisty ds. kosztów i harmonogramowania wchodzi finansowe rozliczenie inwestycji. Po trzecie,

6

argumentację odnośnie osób przewidzianych do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru w branży elektrycznej i telekomunikacyjnej następnie przywołaną przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Po czwarte, wskazał że pierwsza z wykazanych usług spełnia warunek wymaganego doświadczenia, zaś druga usługa to przykład doświadczenia przy realizacji obiektów dydaktyczno - szkoleniowych. Po piąte, odnośnie wadium wskazał, że błąd w gwarancji nie ma żadnego znaczenia, gdyż przedmiot zamówienia jest tak szczegółowo opisany, iż nie można znaleźć innego przedmiotu (*differentia specifica*) różniącego się od tegoż przedmiotu z pominięciem słowa „Nauka”. Poza tym, przytoczył argumentację następnie przytoczoną przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 02.02.2010 r. faxem poprzez jego

częściowe oddalenie, uwzględniając jedno z postawionych żądań zawartych w proteście, zgodnie z poniższym uzasadnieniem.

Odnosnie zasadności odrzucenia oferty Protestującego.

Zamawiający podniósł, że Wykonawca został powiadomiony pismem z dnia 06.01.2010 r. o poprawieniu omyłek oraz poinformowany, iż Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia Wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie omyłek (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zgoda mogła zostać przekazana Zamawiającemu pisemnie lub faksem. Wykonawca twierdzi, że zapoznał się z treścią ww. wezwania 11.01.2010 r., kiedy otrzymał pismo drogą pocztową. Wykonawca poinformował również, że otrzymany dnia 6.01.2010 r. faks był nieczytelny.

Zamawiający, jak wskazał, otrzymał dnia 11.01.2010 r. (poniedziałek w godzinach rannych) telefon od pracownika Bud-Inventu Sp. z o.o. pani Z, która poinformowała, iż zajmuje się zamówieniami publicznymi w firmie Protestującego i dzisiaj (11.01.2010 r.) wróciła z urlopu. Pani ta stwierdziła również, że otrzymany dnia 6.01.2010 r. faks jest nieczytelny. Tego samego dnia (11.01.2010 r.) Zamawiający otrzymał od Wykonawcy pismo informujące, „[...] iż w związku z otrzymaniem przez nas w dniu dzisiejszym, droga pocztową, Państwa pisma z dnia 6 stycznia 2010 r. nie byliśmy w stanie udzielić kompletnej odpowiedzi”. Wykonawca 5 dnia po otrzymaniu faksu, doszedł do wniosku, iż jest on nieczytelny, na tyle jednak stał się czytelny, że można było zadzwonić do Zamawiającego i poinformować o „nieczytelnym fakse”. Zamawiający w tej sytuacji stwierdził co następuje.

Po pierwsze, reakcja Protestującego na „nieczytelny faks” nastąpiła po 5 dniach, jeszcze przed otrzymaniem pisma w formie pisemnej (drogą pocztową). Taka sytuacja kiedy Wykonawca otrzymuje faks (nawet przyjmując teoretycznie nieczytelny) i reaguje na pismo piątego dnia po jego uzyskaniu świadczy o braku dochowania przez Wykonawcę należytej staranności, do jakiej jest on zobowiązany jako profesjonalny podmiot obrotu

Po gospodarczego. drugie, Protestujący przekazał Zamawiającemu kserokopię

„nieczytelnego” faksu, który jakoby otrzymał od Zamawiającego. Nawet na tej kopii jest wyraźny telefon i faks Zamawiającego. Po trzecie, Zamawiający pismem z 11.01.2010 r. poinformował Wykonawcę, iż: „nie daje wiary tłumaczeniu, iż otrzymaliście Państwo nieczytelne pismo”. Po czwarte, Protestujący wskazuje, że ciężar przeprowadzenia dowodu na zaistnienie przesłanek do odrzucenia oferty obciąża Zamawiającego. Art. 6 Kc ustanawia zasadę rozkładu ciężaru dowodu, zgodnie z którą ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zatem Protestujący winien udowodnić najpierw, iż otrzymał „nieczytelny faks”. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych, zespołów arbitrów oraz KIO potwierdzenie w postaci raportu z transmisji faksu dowodzi, że faks został przez odbiorcę otrzymany (sygn. akt: KIO/UZP 958/09 i KIO/UZP 979/08). Przykładowo z orzeczenia Sądu Okręgowego w Świdnicy wynika, że dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemania prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Z kolei z orzecznictwa Zespołu arbitrów (sygn. akt: UZP/ZO/0-2538/06) wynika, że osoba składająca oświadczenie woli za pomocą faksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że takie oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu wysyłającego oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Identyczne stanowisko zajęła KIO w postanowieniu z dnia 25.04.2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 340/08). Zgodnie z wyrokiem z dnia 10.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 958/09 to na Odwołującym się „stosownie do dyspozycji art. 188 ust. 1 zd. 1 ustawy - Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp - spoczywał obowiązek udowodnienia, że wzmiankowanego pisma nie otrzymał. Odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu na tę okoliczność”. W ocenie Zamawiającego, Protestujący pisze, iż „Domniemanie to może być obalone, jeżeli adresat wykaże, że na przykład z powodu zakłóceń aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe”, jednakże takiego dowodu nie przeprowadził, nie wykazał prawdziwości swoich słów.

Po piąte, Zamawiający, pragnąc przeprowadzić dowód na zaistnienie przesłanek do odrzucenia oferty wystosował pismo do Protestującego z dnia 01.02.2010 r. z prośbą o przekazanie oryginału przedmiotowego faksu jako materiału dowodowego do przeprowadzenia kryminalistycznej ekspertyzy dokumentu w celu wykazania prawdziwości słów Wykonawcy. Zamawiający otrzymał odpowiedź, w której Protestującego stwierdził, że

oryginał faksu jako zbędny został zniszczony. Po szóste, na podstawie wyłącznie otrzymanej od Protestującego kserokopii faksu Zamawiający po wstępnej konsultacji ze specjalistami z Katedry Kryminalistyki z Wydziału Prawa i Administracji UW otrzymał informację, iż nawet gdyby faks był „nieczytelny” to jego „wygląd” byłby inny, w szczególności główka faksu czyli informacja od kogo został przekazany faks, nr faksu, data i nr strony byłyby wydrukowane „prosto”, „skosem” mógł być wydrukowany wyłącznie

8

tekst pisma i to wówczas gdyby któraś z kartek papieru została przytrzymana bądź pociągnięta.

Zarzut dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia: Kierownik Projektu - Tomasz Piotr A. Za całkowicie nietrafne uznał stwierdzenie Protestującego, że wykształcenie wskazanej osoby nie można uznać za „*wykształcenie wyższe budowlane*”. Pan Tomasz A ma tytuł magistra inżyniera inżynierii środowiska uzyskany w 1986 r. na Wydziale Inżynierii Sanitarnej i Wodnej Politechniki Warszawskiej, a nie jak wskazuje Protestujący magistra inżyniera ochrony środowiska. Na przedmiotowym wydziale efektem kształcenia było uzyskanie wiedzy z zakresu budownictwa wodnego i hydrauliki, klimatyzacji, wentylacji i ogrzewnictwa, systemów ciepłowniczych i gazowniczych, zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków. Dziedziny te są integralnie związane z budownictwem, są częścią składową pojęcia „*budownictwo*”. Ustawa Prawo Budowlane w odniesieniu do nadawania uprawnień budowlanych stawia wymóg ukończenia studiów magisterskich na kierunku odpowiednim dla danej specjalności. Studia ukończone przez pana Tomasza A na Wydziale Inżynierii Sanitarnej i Wodnej Politechniki Warszawskiej są kierunkiem jak najbardziej odpowiednim, dla specjalności, w której otrzymał on uprawnienia budowlane, tj. w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych.

W Formularzu Nr 3 Prochem wskazał na trzy obiekty kubaturowe użyteczności publicznej o wartości powyżej 30 mln zł brutto każdy oraz załączył dodatkowo pisma referencyjne. Zamawiający, wskazał, że w opisie wymagań dotyczących Kierownika Projektu nie żądał podania wartości obiektów kubaturowych użyteczności publicznej, przy których kierownik pełnił swoją funkcję. Zamawiający określił wyłącznie, że wartość każdego obiektu nie może być niższa niż 30 mln zł brutto - każdy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (m.in. wyrok KIO sygn. akt: KIO/UZP 260/08) „*Skąd Orzekający Izby przyznaje rację Zamawiającemu, iż nie może on po otrzymaniu ofert, stosować bardziej rygorystycznej interpretacji zapisu[...]*”. Prochem przedstawił trzy obiekty spełniające wymogi Zamawiającego. Właściwe referencje wybrane z życiorysu pana A, poparto pismami inwestorów i w Formularzu Nr 3 na str. 30 oferty opatrzone zapisem mającym charakter oświadczenia, że: „*załączone pisma referencyjne dotyczą obiektów kubaturowych użyteczności publicznej o wartości powyżej 30 milionów zł brutto każdy*”.

Specjalista ds. kosztów - Jacek K Prochem przedstawił życiorys zawodowy osoby, posiadającej znacznie dłuższy okres doświadczenia zawodowego jako specjalisty ds. kosztów i harmonogramowania niż wymagany. Zamawiający podniósł, że nigdzie nie wymagał w SIWZ, aby Wykonawca określił zakres obowiązków przypisanych określonym

9

stanowiskom. Z życiorysu zawodowego wskazanej osoby wynika jednoznacznie, że ma ona 3 letnie doświadczenie w finansowym rozliczaniu inwestycji.

Inspektorzy nadzoru (art. 4 § 1 ust. 3.2.2.1. lit. c SIWZ). Zamawiający stwierdził, że nie podziela stanowiska Protestującego, iż wymienieni inspektorzy nadzoru nie posiadają wymaganych uprawnień. Na stanowisko inspektora nadzoru w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Prochem wskazał pana Stanisława Wojciecha S. Jego uprawnienia odpowiadają stawianym wymaganiom, a załączony życiorys zawodowy dowodzi, że posiada on 5 letnie doświadczenie w nadzorze robót elektrycznych: od 07.2004 r. do 09.2009 r. Pan Bolesław G, posiada uprawnienia kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno- inżynieryjnej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych (bez ograniczeń). Zgodnie z zapisami SIWZ osoby proponowane na inspektorów nadzoru powinny posiadać wymagane uprawnienia lub odpowiadające

im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zapisy te korelują z innym zapisem SIWZ (art. 4 § 2 ust. 1.2.4.3.) opartym na art. 104 ustawy Prawo Budowlane z dnia 7 lipca 1994 r.: „osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie”. Stanowisko to potwierdza również Mazowiecka Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa (pismo L. dz. D/3031/03 z dnia 22.12.2003 r.) Uprawnienia pana Bolesława G zostały wydane 27.03.1990 r. W terminie uzyskania uprawnień przez Pana B. G obowiązywało Rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Powołane Rozporządzenie nie przewidywało odrębnych uprawnień w specjalności telekomunikacyjnej. Oddzielne uprawnienia budowlane w telekomunikacji wydawane są dopiero od 1995 r. Jak wynika jednoznacznie z załączonego do oferty życiorysu zawodowego pana B. G posiada on ponad pięcioletnie doświadczenie w nadzorach robót elektrycznych i telekomunikacyjnych.

Zamawiający nie podziela stanowiska Protestującego, iż Prochem w załączonym do oferty Wykazie usług nie wykazał wymaganych usług. Już pierwsza z wymienionych usług, której Protestujący nie kwestionuje spełnia wymogi postawione w SIWZ. Zamawiający jednoznacznie określił, znaczenie użytego wyrażenia „usługa, odpowiadająca swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia”, art. 4 SIWZ. Wartość nadzorowanego „Projektu”, wymienionego w ofercie Prochem w Formularzu Nr 2 (pozycja pierwsza) wynosi - 168.000.000,00 PLN (cena brutto). Przedstawiona w ofercie Prochem referencja TP S.A. w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonych w art. 4 § 1 ust. 3.2.1. SIWZ. Poz. 2 jest pozycją dodatkową, gdyż usługa wymieniona

10

w pozycji pierwszej spełnia już postawiony przez Zamawiającego wymóg. Zamawiający tylko dla porządku dodaje, iż również usługa wymieniona w poz. 2 spełnia warunki postawione w SIWZ. Wymieniony w pozycji drugiej budynek jest budynkiem użyteczności publicznej. Zgodnie z zapisami § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie - przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby [...] oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki wychowania [...] za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Zlokalizowane w piwnicy instalacje techniczne spełniają funkcje służebne niezbędne do działania obiektu.

Zamawiający nie podzielił także stanowiska Protestującego względem ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej, gdzie w nazwie przedmiotu zamówienia pominięte zostało słowo „Nauk”. Semantyczne pominięcie w nazwie przedmiotu zamówienia słowa „Nauk” przy określeniu „Centrum Nauk Biologiczno - Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III)” nie ma żadnego istotnego znaczenia, gdyż przedmiot zamówienia jest tak szczegółowo opisany, iż nie można znaleźć innego przedmiotu różniącego się od tegoż przedmiotu z pominięciem tego słowa. Odnośnie tematyki błędu Kodeks cywilny (art. 84 K.C.) zawiera rozróżnienie błędu na dwie kategorie - błąd istotny i błąd nieistotny. Zgodnie z art. 84 § 2 KC od skutków oświadczenia woli można się uchylić, o ile błąd jest istotny, czyli musi zaistnieć przesłanka uzasadnienia przypuszczenia, że gdyby składający nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby takiego oświadczenia woli. Błąd popełniony przy wystawianiu gwarancji wadialnej jest błędem nieistotnym i TU Allianz Polska S.A. nie może i nie uchyla się uchylić od skutków swojego oświadczenia woli (pismo TU Allianz Polska S.A. w załączeniu).

W dniu 12.02.2010 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Z kolei, odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, trzeba wziąć pod uwagę, iż:

1) Okoliczność, iż reakcja na nieczytelny faks nastąpiła dopiero po kilku dniach, a zarazem jeszcze przed otrzymaniem informacji o poprawieniu omyłek w formie pisemnej (drogą pocztową) nie ma znaczenia dla dokonania oceny, czy zaistniały przesłanki do odrzucenia złożonej przez nas oferty. Z przepisów Pzp nie wynika bowiem obowiązek, iż Wykonawca

ma obowiązek natychmiastowej, czy też jakiegokolwiek reakcji na nieczytelne pismo. Z kolei, niezależnie od rodzaju reakcji czy też jej braku znaczenie ma za to, sama okoliczność, iż pismo było nieczytelne. W szczególności, należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 61 ust. 1

11

zd. 1 kc w zw. z art. 14 Pz, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

2) Nie ma również znaczenia fakt, iż na otrzymanym przez nas faksie, którego kserokopię przekazaliśmy Zamawiającemu, jest wyraźny telefon i faks Zamawiającego. Powzięcie wiedzy o numerze telefonu i numerze faksu nadawcy pisma, nie jest bowiem równoznaczne z powzięciem wiedzy o treści pisma.

3) Fakt, iż Zamawiający pismem z dnia 11.01.2010 r. poinformował o tym, że nie daje wiary tłumaczeniu, iż otrzymaliśmy nieczytelne pismo nie ma znaczenia dla dopuszczalności niniejszego protestu w zakresie żądań i zarzutów dotyczących odrzucenia złożonej przez nas oferty. Trzeba bowiem zauważyć, iż „*nie dawanie czemuś wiary*”, to nic innego, jak opis przeżyć psychicznych w danym momencie, które nie można utożsamiać ze stwierdzeniem faktu. Zatem, nie jest zasadne uznanie, iż czynność wystosowania w dniu 11.01.2010 r. pisma przesądzała w jakimkolwiek stopniu, czy zakresie o odrzuceniu złożonej oferty. Potwierdzają to także działania samego Zamawiającego, który podejmował próby obiektywnego ustalenia stanu faktycznego, poprzez „*wstępną konsultację*” ze specjalistami z zakresu kryminalistyki, czy też dążenie do przeprowadzenia ekspertyzy. Jest też oczywiste, iż prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy rozwiązywanie problemów jakie w toku takiego postępowania występują, czy mogą wystąpić nie są kwestią „*wiary*”, czy też jakichkolwiek innych subiektywnych odczuć, czy przekonań, lecz polegają na podejmowaniu określonych, zgodnych z aktualnym stanem prawnym, działań w oparciu o obiektywnie ustalony stan faktyczny.

4) Stał na stanowisku, że skoro Zamawiający twierdzi, iż zaistniały przesłanki do odrzucenia złożonej przez nas oferty, winien przeprowadzić stosowny dowód, tym bardziej, że w toku przedmiotowego postępowania, wykazaliśmy, iż informacja o poprawieniu omyłek dotarła do nas w taki sposób, że mogliśmy zapoznać się z jej treścią, dopiero w dniu 11.01.2010 r.

5) W jego ocenie nie miał obowiązku przechowywać oryginału otrzymanego faksu, a zatem mimo dobrej woli i gotowości do współpracy z Zamawiającym, w przedmiocie przeprowadzenia dowodu w spornej kwestii, nie mógł przekazać wzmiankowanego oryginału, jako materiału dowodowego do przeprowadzenia kryminalistycznej ekspertyzy dokumentu.

6) Wstępna konsultacja, która już z samej definicji nie stanowi wystarczającego dowodu. Jednocześnie należy zauważyć, iż gdyby było inaczej, skierowana prośba o przekazanie oryginału faksu byłaby bezprzedmiotowa.

Odnośnie Pan Tomasz A stwierdza co następuje:

1) Postawiony wymóg obejmował posiadanie „*wykształcenia wyższego budowlanego*”, nie zaś „*wykształcenia wyższego technicznego*”, zatem okoliczność na jakiej uczelni i na jakim

12

wydziale zostało zdobyte wykształcenie nie ma, sama w sobie, znaczenia. Tak samo bez znaczenia jest okoliczność, czy wskazana osoba posiada tytuł magistra inżyniera ochrony środowiska czy magistra inżyniera inżynierii ochrony środowiska. O profilu wykształcenia, decyduje bowiem program kształcenia i obowiązujące standardy.

2) Należnie od zapisów dotyczących zawartości dokumentów, które należało złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, należy mieć na uwadze, że ciężar przeprowadzenia dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu obciąża Wykonawcę (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.05.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1062/05), zaś sposobem udowodnienia przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu są właśnie, na składane żądanie Zamawiającego dokumenty i oświadczenia. Zamawiający winien też dążyć do usunięcia jakichkolwiek wątpliwości w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. W przedmiotowym przypadku, postawiony wymóg obejmował wartość obiektów, przy realizacji których, osoba wskazana na stanowisko Kierownika Projektu winna zdobyć

doświadczenie. Zatem, Wykonawca winien wykazać spełnianie tego warunku, nie tylko poprzez złożenie ogólnego oświadczenia o spełnianiu warunków z art. 22 ust. 1 Pzp, ale również przy pomocy złożonych dokumentów. W przedmiotowym przypadku, Zamawiający akceptuje jednak stan niepewności - dopuszcza sytuację, gdy Wykonawca, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą nie przeprowadził, w pełnym zakresie, dowodu na spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu twierdzi również, że Pan Jacek K, wskazany na stanowisko Specjalisty ds. kosztów posiada doświadczenie, zgodne z wymaganiami postawionymi w warunkach udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób jednak zgodzić się z tym stanowiskiem, gdyż na wzmiankowaną okoliczność nie został przeprowadzony wystarczający dowód.

Przystępujący nie dysponuje dwoma kandydatami na stanowisko inspektów nadzoru, którzy łącznie posiadają wymagane doświadczenie, a zarazem posiadają sumujące się, wymagane uprawnienia.

Odwolujący stwierdził także, że Przystępujący nie wykazał wymagane usługi. Ponadto, stwierdził, że warunki udziału w postępowaniu mogą być interpretowane wyłącznie w sposób literalny, zatem, jeżeli, w przedmiotowym przypadku, Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wykonali lub wykonywali „usługi” (liczba mnoga), to trzeba przyjąć, iż trzeba było wykazać doświadczenie w zakresie wykonania lub wykonywania co najmniej dwóch usług. W przeciwnym bowiem przypadku, Zamawiający użyłby nie słowa „usługi”, lecz słowa „usługę” (liczba pojedyncza). Należy nadmienić, iż warunki udziału w postępowaniu mają charakter wiążący nie tylko dla Wykonawców, ale i dla Zamawiającego, a w odniesieniu do

13

ich treści należy brać pod uwagę to, co Zamawiający rzeczywiście (obiektywnie) w tych warunkach wyraził, nie zaś to, co (subiektywnie) zamierzał wyrazić. W przedmiotowym przypadku, należało posiadać doświadczenie w realizacji nie jednej, ale co najmniej dwóch usług.

Bezspeczne jest, że Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 60.000,00 PLN, przy czym jedną z dopuszczalnych form wadium były gwarancje ubezpieczeniowe. Nie ulega wątpliwości, iż w treści gwarancji znajduje się błąd. W odniesieniu zaś do znaczenia tego błędu, należy zauważyć, że sam Zamawiający podjął działania wyjaśniające, których efektem było uzyskanie Oświadczenia zakładu ubezpieczeń, którego kopia została załączona do rozstrzygnięcia protestu (Oświadczenie zostało złożone w dniu 29.01.2010 r., a zatem już po otwarciu ofert, a także po złożeniu protestu). Skoro zatem Zamawiający twierdzi, iż błąd był nieistotny, uzyskanie wzmiankowanego oświadczenia byłoby zbędne. Jeżeli jednak (jak uważamy), przedmiotowy błąd co najmniej budził poważne wątpliwości i mógł być ewentualnie wykorzystany do uchylenia się przez zakład ubezpieczeń od wypłaty z tytułu wadium, to należy przyjąć, iż interesy Zamawiającego nie zostały, w wyniku wniesienia tego wadium, w wystarczającym stopniu zabezpieczone, w wyniku czego w pełni zasadne i konieczne było przyjęcie, że oferta nie została zabezpieczona wadium.

Należy uznać, iż w okresie od dnia upływu terminu do składania ofert, do dnia złożenia oświadczenia, istniały istotne wątpliwości co do zabezpieczenia oferty Prochem poprzez wniesienie wadium.

W dniu 12.02.2010 r. Zamawiający faxem przekazał Prochem kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił Prochem dnia 25.02.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnośnie spornego faxu Przystępujący stwierdził, że Odwołujący nie wykazał żadnymi dowodami, aby dochował terminów wynikających z Pzp ora aktów staranności wynikających z art. 60, 61 oraz pośrednio art. 66 (1) kc przy transmisji faxu z 6.01.2010 r. Przystępujący stwierdził, że z wyjaśnień Odwołującego wynika, że mógł on rozpoznać adres nadawcy i jego obowiązkiem było natychmiastowe skontaktowanie się z Zamawiającym. Operator faxu nie wywiązał się należycie ze swoich obowiązków i Odwołujący winien ponosić odpowiedzialność za działania/ zaniechania swojego pracownika. Jeżeli zaś Odwołujący dysponuje urządzeniem słabej jakości, to jego obciążą ryzyko nieodebrania czytelnej korespondencji. Wskazał także, że studia ukończone przez pana Tomasza A SA kierunkiem jak najbardziej odpowiednim dla specjalności,

w zakresie instalacji sanitarnych. Podtrzymał swoją argumentację wobec osób przewidzianych na inspektorów nadzoru oraz wykazu usług, jak i wadium. Wyjaśnił też że oświadczenie od Gwaranta uzyskał Przystępujący nie zaś Zamawiający.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, wzorem umowy, jej modyfikacją dokonaną wraz z odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 24.11.2009 r., jak i modyfikacją dokonaną wraz z odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 9.12.2009 r., wezwaniem Zamawiającego z dnia 6.01.2010 r. przesłanym faxem oraz pocztą, pierwszym pismem Odwołującego z dnia 11.01.2010 r. w sprawie pisma z dnia 6.01.2010 r. przesłanego faxem i pocztą oraz załącznikiem do niego, pismem Zamawiającego z dnia 11.01.2010 r. stanowiącym odpowiedź na pierwsze pismo Odwołującego z tego dnia, drugim pismem Odwołującego z dnia 11.01.2010 r. oraz załącznikiem do niego, formalną odpowiedzią na wezwanie z dnia 6.01.2010 r. otrzymaną za pośrednictwem poczty w dniu 11.01.2010 r., pismem Zamawiającego z dnia 1.02.2010 r., pismem Odwołującego z dnia 2.02.2010 r. będącym odpowiedzią na pismo Zamawiającego z dnia 1.02.2010 r., ofertą Odwołującego oraz Przystępującego jak również po zapoznaniu się z zawiadomieniem o wyniku oraz odrzuceniu oferty m.in. Odwołującego, protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania oraz złożonymi na rozprawie przez Odwołującego: 1) Kopia karty doręczeń Poczty Polskiej SA, Centrum Poczty, Urząd Pocztowy nr 12 z dnia 11.01.2010 r. dotycząca przesyłki poleconej nr 194994746, 2) Opinią Rzecznawcy budowlanego w telekomunikacji z dnia 01.03.2010 r., 3) Wydrukiem opinii Polskiej Izby Inżynierów Budowlanych ze strony www.piib.org.pl, 4) Fotografiami budynku znajdującego się pod adresem ul. Jutrzenki 107/109, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, jak również wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uznała przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego - zgłaszającego przystąpienie – Konsorcjum firm: PIRELLI PEKAO REAL ESTATE Sp. z o.o. (lider) oraz Biuro Obsługi Inwestycji „INVEST-WYBRZEŚĆ” Sp. z o.o. (partner) z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Okopowa 56 lok. A, 01-042 Warszawa, za skuteczne. Izba wskazuje, że zgłaszający przystąpienie *de facto* zgłosił swojej przystąpienie tylko częściowo po stronie Odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących Przystępującego. Izba podnosi, że w odróżnieniu od zgłoszenia przystąpienia na etapie protestu w zakresie zarzutów, zgłoszenie przystąpienia na etapie odwołania nie może być

dokonane częściowo. Zaś zgłaszający przystąpienie nie ma interesu prawnego w zgłoszeniu przystąpienia w całości po jakiegokolwiek ze stron, albowiem aby uzyskać zamówienie musiałby doprowadzić do wyeliminowania z postępowania tak Odwołującego, jak i Przystępującego. Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, Izba uznała za zasadny. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający wskazał w art. 14 § 3: „*Istotne warunki umowy*” ust. 1, że: „*Istotne postanowienia, które będą wprowadzone do treści umowy, określa wzór umowy, która stanowi rozdział III (SIWZ) (...)*”. Zamawiający określił także w art. 4 § 2: „*Informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu*” w ust. 3 SIWZ, że: „*Zaleca się dołączenie do ofert niżej wymienionych dokumentów i oświadczeń:*

- 1) zaakceptowany (podpisany) wstępnie (podpisanej) przez osoby/osobę uprawnioną/ną do reprezentowania Wykonawcy wzór umowy.(...)”.

W formularzu oferty zawarto także w pkt 5 oświadczenie, że: „*Po zapoznaniu się (SIWZ), w tym warunkami umownymi zawartymi w przekazanym wzorze umowy (z załącznikami) – rozdz. III SIWZ stanowiącym równocześnie opis przedmiotu zamówienia –*

16

załącznik nr 1 do SIWZ, oświadczamy, że przyjmujemy wszystkie warunki Zamawiającego bez zastrzeżeń. Akceptujemy bez zastrzeżeń załączony do SIWZ (rozdział III SIWZ) wzór umowy (z załącznikami)”.

Wskazano w art. 5 § 1 ust. 1, że: „*Wykonawcy otrzymują po jednym egzemplarzu Specyfikacji wraz z załącznikiem. Treść wszystkich dokumentów należy odczytywać wraz ze wszystkimi uzupełnieniami i zmianami wprowadzonymi na podstawie ustaleń niniejszego paragrafu*”. Zamawiający dwukrotnie modyfikował pierwotny wzór umowy załączony do SIWZ równocześnie udostępniając jego jednolitą wersję, tj. w ramach odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 24.11.2009 r. (upubliczniona w dniu 25.11.2009 r.), oraz w dniu 9.12.2009 r. wraz z ostatnimi odpowiedziami na pytania.

Natomiast w art. 5 § 2: „*Forma porozumiewania się*”, Zamawiający ustalił, że: „*W postępowaniach o udzielenie zamówienia, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i wykonawcy przekazują faksem lub pisemnie, z zastrzeżeniem protestów, przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i postanowienia w sprawie protestów, które należy przekazywać pisemnie (ust. 1)*”. Z kolei w § 3: „*Osoby uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami*”, wskazał:

- „1. Osoba uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami: (...)
2. Z osobami wymienionymi w ust. 1 można kontaktować się w dni robocze w godzinach 9.00 - 12.00 telefonicznie lub osobiście w siedzibie Zamawiającego określonej w ust. 3 niniejszego paragrafu, po uprzednim telefonicznym uzgodnieniu terminu spotkania.
3. Adres, na który należy przysyłać korespondencję:

UNIwersytet Warszawski

Dział Zamówień Publicznych

Krakowskie Przedmieście 26/28,

00-927 Warszawa (...). Ten sam adres wskazano jako miejsce składania i otwarcia ofert

(art.11 § 1 i 2 SIWZ). W odniesieniu do wadium w postaci poręczenia oraz gwarancji bankowej i gwarancji ubezpieczeniowej Zamawiający ustalił w art. 6 § 1 ust. 8 SIWZ, że: „*(...) zaleca się, aby wykonawca przedstawił Kwestorowi UW odpowiednie dokumenty lub wzory dokumentów (...)*”. Zamawiający wskazał także, że: „*(...) dokumenty lub ich wzory można przesłać do Kwestor UW faxem (...) lub złożyć w Sekretariacie Kwestor UW na ul. Karowej 20, V piętro, pok. 502 (...)*”. Odwołujący złożył ofertę (oferta z dnia 11.12.2009 r.) na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ ze stosownym oświadczeniem z pkt 5 odnośnie wzoru umowy przywołanym powyżej (str. 5 oferty). Ponadto, załączył pierwotny wzór umowy nie uwzględniający zmian wprowadzonych pismem z dnia 24.11.2009 r. oraz 9.12.2009 r. (str. od 70 do 90 oferty). Ponadto załączył również kopie gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej zaakceptowanej przez Kwestor (pieczęć i podpis z dnia 11.12.2009 r.)

W dniu 6.01.2010 r. Zamawiający przesłał faxem oraz pocztą wezwanie do

17

uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp (w terminie do 14.01.2010 r.). Jednocześnie Zamawiający poinformował o dokonaniu poprawienia w ofercie innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie załączonego do oferty wzoru umowy wskazując na sankcję wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp w razie braku zgody w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia.

W dniu 11.01.2010 r. Odwołujący przesłał faxem pismo w sprawie pisma z dnia 6.01.2010 r. przesłanego faxem (godz. 13:09) i pocztą wraz załącznikiem do niego, tj. dowodem braku czytelności przywołanego pisma. Wskazywano w nim, że pismo przesłane 6.01.2010 r. jest nieczytelne (nie można zapoznać się z jego treścią) prosząc o jego powtórne przesłanie. W dniu 11.01.2010 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu drugie pismo wraz załącznikiem stwierdzając, że: *„W nawiązaniu do dotychczasowej korespondencji informujemy, iż w związku z otrzymanym przez nas w dniu dzisiejszym, drogą pocztową, Państwa pisma z dnia 6 stycznia 2010 r., byliśmy w stanie udzielić kompletnej odpowiedzi”*. Załączył kserokopie pierwszej strony koperty pisma Zamawiającego oraz odpowiedzi Odwołującego. Zamawiającego w dniu 11.01.2010 r. udzielił odpowiedzi na pierwsze pismo Odwołującego z tego dnia, w którym stwierdził, że: *„(...) posiada potwierdzenie otrzymania przez Państwa firmę powyższego wezwania (z dnia 6.01.2010 r.)”*. Poinformował także, że nie daje wiary tłumaczeniu (Odwołującego). Stwierdził, że reakcja nastąpiła po 5 dniach i została spowodowana jak domniema uważnym przeczytaniem wystąpienia. Załączył także próbkę pisma zmienionego w analogiczny sposób jak przesłany załącznik przez Odwołującego. Zamawiający w tym samym dniu otrzymał formalną odpowiedź na wezwanie z dnia 6.01.2010 r. otrzymane za pośrednictwem poczty w dniu 11.01.2010 r. zawierające wyjaśnienia i uzupełnienia i zgodę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający w dniu 1.02.2010 r. zwrócił się do Odwołującego o przekazanie oryginału faxu przesłanego w dniu 6.01.2010 r. jako materiału dowodowego do przeprowadzenia kryminalistycznej ekspertyzy dokumentu celem wykazania prawdziwości słów Odwołującego. Odwołujący pismem z dnia 2.02.2010 r. będącym odpowiedzią na pismo Zamawiającego z dnia 1.02.2010 r. wskazał, że: *„ciężar przeprowadzenia dowodu na zaistnienie przesłanek do odrzuceniu oferty spoczywa na Zamawiającym”*. Ponadto, wyjaśnił, że: *„bylibyśmy skłoni uczyńnięcia zadość Państwa oczekiwaniom, jednakże obecnie nie posiadamy już oryginału faksu wysłanego do nas w dniu 6 stycznia 2010 r. Oryginał ów został zniszczony, jako zbędny, następnego dnia po otrzymaniu przez nas w formie pisemnej (za pośrednictwem poczty) pisma z dnia 6 stycznia 2010 r., tj. (...) w dniu 12 stycznia 2010 r. Wyrażamy ubolewanie ale nie możemy pomóc w przedmiotowej sprawie”*. Korespondencja przekazywana ze strony Odwołującego była podpisywana przez osoby uprawnione z jego strony. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

18

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Zamawiający dysponuje dowodem na skuteczne przekazanie pisma z dnia 6.01.2010 r. faxem. W takim wypadku ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym. Izba nie uznała kopii otrzymanego pisma z widocznymi zniekształceniami tekstu oraz dowód doręczenia przesyłki poleconej nr 194994746 od Zamawiającego w dniu 11.01.2010 r. za wystarczający dowód na skuteczne przekazanie pisma dopiero w dniu 11.01.2010 r. Decydującym w tym zakresie był fakt, że Odwołujący zniszczył oryginał pisma z dnia 6.01.2010 r. otrzymanego za pomocą faxu. Kwestia charakteru zniekształceń, tzn. czy mają one charakter wtórny względem pierwotnego przesłania za pomocą faxu, czy też są jego wynikiem, jest z uwagi na powyższe, bezprzedmiotowa. Opinia Rzecznawcy budowlanego w telekomunikacji z dnia 01.03.2010 r. przedłożona przez Odwołującego na rozprawie Izba uznała za opinie prywatną w sprawie, czyli stanowisko Odwołującego.

Po drugie, Izba wskazuje, że w formularzu ofertowym w pkt 5 znajdowało się wiążące oświadczenie dotyczące wzoru umowy, zaś załączenie wzoru umowy nie było obowiązkiem, ale zaleceniem, takim samym jak zalecenie akceptacji wzoru gwarancji bankowej wadialnej, czy też gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej przez Kwestor. W tym ostatnim wypadku wyraźnie podkreślał to Zamawiający na rozprawie. Wobec powyższego mając na uwadze takie, a nie inne postanowienia SIWZ nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego w odniesieniu do zaistniałego stanu faktycznego.

Po trzecie, fakt ujawnienia się Odwołującego przed składaniem ofert względem Kwestor (znajdującej się w innym miejscu niż jednostka organizacyjna odpowiedzialna za

prorowadzenie postępowań – odmienne adresy wynikają wprost z postanowień SIWZ) nie skutkowało ujawnieniem w postępowaniu (potwierdza to dokumentacja przetargowa Zamawiającego). Innego rodzaju kwestią jest okoliczność, że na stronie internetowej Zamawiającego znajdowały się i znajdują dokumenty konieczne do złożenia oferty w postępowaniu wraz z kolejnymi modyfikacjami, a to z niej korzystał Odwołujący.

Po czwarte, w ocenie Izby za decydującą okolicznością przy rozstrzygnięciu kwestii spornego zawiadomienia o poprawieniu oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i nie uznaniu zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp jest fakt, że: „Zdaniem Izby w zakresie pkt 3 ust. 2 art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych takiej zgody wyrażać nie trzeba. Z zawiadomieniem wykonawcy o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty ustawa wiąże istotne skutki prawne. Wynikają one z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu wykonawca może, w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, oświadczyć Zamawiającemu, że nie wyraża zgody na poprawienie ww. omyłki, co powoduje bezskuteczność tej czynności Zamawiającego. Tak więc, zdaniem Izby wykonawca, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie wniósł sprzeciwu – nie zgodził się na poprawienie omyłki,

19

uznaje – w sposób dorozumiany wyraża zgodę - na poprawienie omyłek wskazanych przez Zamawiającego.” (Wyrok KIO z dnia 25.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 293/09, sygn. akt: KIO/UZP 294/09). Podobnie w wyroku KIO z dnia 7.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1094/09: „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 zobowiązuje Zamawiającego do niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Przepisy ustawy nie wskazują, czy wykonawca ma w takiej sytuacji podjąć jakiekolwiek działania, w szczególności, czy ma złożyć odrębne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgodny na dokonaną poprawkę. Czynność poprawienia omyłki jest skuteczna, w ocenie Izby, z chwilą zawiadomienia o niej wykonawcy, zaś wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki w terminie wskazanym w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Natomiast z przepisu nie wynika, by samo przyjęcie zawiadomienia bez oświadczenia o wyrażeniu zgody, miało skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jedynie w razie złożenia sprzeciwu oferta jest odrzucana”. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, Izba uznała za niezasadny. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w art. 4 § 1 ust. 3 pkt 3.2.2 ppkt 3.2.2.1 SIWZ określił, że: „Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia” zapewniając: „wykonanie przedmiotu zamówienia przez osoby spełniające poniższe wymogi i wykaże je w „Wykazie osób” wraz z wymaganymi informacjami”, tj. „kierownik Projektu (1 osoba) - wykształcenie wyższe z dziedziny ekonomii, prawa lub budowlane, doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika zespołu lub menadżera/kierownika projektu przy realizacji co najmniej trzech zadań inwestycyjnych dotyczących obiektów kubaturowych użyteczności publicznej (pożądane doświadczenie przy obiektach dydaktycznych) o wartości co najmniej 30.000.000,00 PLN (brutto) – każda” (lit. a).

Z kolei w art. 4 § 1 ust. 3 pkt 3.2.2 ppkt 3.2.2.1 SIWZ określił, że: „Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia” zapewniając: „wykonanie przedmiotu zamówienia przez osoby spełniające poniższe wymogi i wykaże je w „Wykazie osób” wraz z wymaganymi informacjami”, tj. „specjalista ds. kosztów (1 osoba) - co najmniej 3 letnie doświadczenie w zakresie rozliczania finansowego inwestycji” (lit. e).

Zaś w art. 4 § 1 ust. 3 pkt 3.2.2 ppkt 3.2.2.1 SIWZ stwierdził, że: „Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia”

20

zapewniając: „wykonanie przedmiotu zamówienia przez osoby spełniające poniższe wymogi

i wykaże je w „Wykazie osób” wraz z wymaganymi informacjami”, tj. „inspektor nadzoru (2 osoby) - uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych oraz w specjalności telekomunikacyjnej (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. Nr 83, poz. 578) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, mający co najmniej 5 lat doświadczenia w wykonawstwie i/lub nadzorze (liczone łącznie). Uprawnienia ww. dwóch osób sumują się (np. jeden inspektor może posiadać uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych, a drugi tylko w specjalności telekomunikacyjnej)” (lit. c).

Zamawiający wskazał także w art. 4 § 1 ust. 3 pkt 3.2.1 SIWZ wymóg, że:
„Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia krótszy - w tym działalności jest okresie, wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia. Przez usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia należy rozumieć usługę polegającą na pełnieniu nadzoru budowlanego inwestorskiego (co najmniej w specjalności konstrukcyjno-budowlanej)/funkcji inwestora zastępczego lub zarządzającego projektem przy realizacji zadania inwestycyjnego ukończonego (przez ukończone zadanie inwestycyjne należy rozumieć inwestycję zakończoną podpisaniem: końcowego protokołu odbioru robót - przed okresem gwarancji) dotyczącego obiektów/u kubaturowych/ego użyteczności publicznej (pożądane doświadczenie przy obiektach dydaktycznych) o wartości łącznej co najmniej 140.000.000,00 PLN (brutto), przy czym co najmniej jedna z ww. realizacji musi być o wartości co najmniej 60.000.000,00 PLN (brutto), a każda z pozostałych wykazanych realizacji o wartości nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN (brutto)”.

Przystępujący względem kierownika Projektu w ramach Wykazu usług (str. 30-31 oferty) w poz. 1 wskazał pana Tomasza Piotra A, załączył jego uprawnienia (str. 32 oferty), zaświadczenie o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego (str. 40 oferty), życiorys (str. 48 do 50 oferty) oraz 3 pisma referencyjne (str. 65 do 68 oferty). Wykształcenie wyższe techniczne (str. 48 oferty), magister inżynier inżynierii środowiska (str. 32 oferty). Wskazano w wykazie, że załączone pisma referencyjne dotyczą obiektów kubaturowych użyteczności publicznej o wartości pow. 30 mln zł brutto każdy.

Odnosnie specjalista ds. kosztów w ramach Wykazu usług (str. 30-31 oferty) w poz. 8 wykazano się panem Jackiem K, załączając życiorys (str. 63-64 oferty).

21

Jako inspektorów nadzoru (2 osoby) - uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych oraz w specjalności telekomunikacyjnej podano: pana Stanisława Wojciecha S (str. 31 oferty, poz. 4 wykazu) załączając zaświadczenie o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego (str. 43 oferty), życiorys (str. 55-56 oferty) oraz Bolesława G (str. 31 oferty, poz. 5 wykazu) załączając zaświadczenie o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego (str. 44 oferty), życiorys (str. 57-59 oferty). W pierwszym wypadku osoba wskazana posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektrotechnicznych (str. 35 oferty – decyzja wydana na podstawie art.13 i 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz § 9 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30.12.1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie). W drugim wypadku osoba wskazana posiadała przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych (str. 36 oferty – stwierdzenie przygotowania zawodowego wydane na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1, § 6 ust.1, § 7 i § 13 ust.1 pkt 4 lit. c rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie).

Przystępujący załączył wykaz usług (str. 26 -27 oferty), gdzie wykazał się dwiema pozycjami: 1 poz. - Telewizja Polska SA, świadczenie usług Kierownika Projektu przy budowie budynku redakcyjno-biurowego wraz z parkingiem wielopoziomowym, zakres: m.in.

opracowanie planu zarządzania projektem, wartość 168 mln zł, IX2006-X 2008; poz. 2 - Robert Bosch Sp. z o.o., świadczenie usług nadzoru inwestorskiego przy budowie Centrum Biurowo-Szkoleniowego i Dystrybucyjnego, zakres: m. In. nadzór nad robotami budowlanymi we wszystkich branżach, wartość: 67.100 mln zł., V 2008 – VIII 2009. Referencje dołączono do wykazu (str. 28 i 29 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w odniesieniu do wykształcenia pana Tomasza Piotra A -magistra inżyniera inżynierii środowiska, Izba wskazuje, że stwierdzenie przygotowania zawodowego zostało wydane 1992 r., m.in. na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 niniejszego rozporządzenia: „*Do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane następujące przygotowanie zawodowe:*

22

1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem (...).” Niniejsze rozporządzenie nie dzieliło szczegółowo wykształcenia w tym zakresie.

Po drugie, kwestia danego wykształcenia wyższego adekwatnego do danej specjalności pojawiła się w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U z 1995 r., Nr 8, poz. 38 z późn. zm.). Natomiast zgodnie z art. 14 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) do uzyskania uprawnień budowlanych bez ograniczeń wymagane jest ukończenie studiów magisterskich, w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym, na kierunku odpowiednim dla danej specjalności. W poz. 7 załącznik nr 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.). – wskazano, że: „*Instalacja sanitarna, Uprawnienia bez ograniczeń – studia II stopnia (magisterskie) - Inżynieria Środowiska (O)*”.

Po trzecie, Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego, jak i Przystępującego przywołanej w rozstrzygnięciu protestu oraz przystąpieniach. Efektem kształcenia na kwestionowanym kierunku było uzyskanie wiedzy z zakresu budownictwa. Biorąc powyższe pod uwagę, jak i mając na względzie, że przepisy z 1975 r. nie rozróżniały szczegółowo danego wykształcenia wskazując, że do kierowania, nadzorowania i kontrolowania technicznego budowy i robót w ramach pełnienia samodzielnych funkcji technicznych wystarczające jest m.in. ukończenie wyższej szkoły technicznej, a obecnie obowiązujące przepisy określają wykształcenie w zakresie inżynierii środowiska jako odpowiednie w specjalności instalacji sanitarnej, która jest elementem składowym budowy, Izba uznała, że tytuł magistra inżyniera inżynierii środowiska spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego. Odnosnie elementu kwotowego postawionego warunki, Izba wskazuje, że w wykazie osób pod poz. 1 w rubryce 4 Przystępujący wskazał wartość wymaganą przez Zamawiającego dla wszystkich trzech wykazanych obiektów względem Kierownika Projektu (str. 30 oferty), załączono także pisma referencyjne (str. od 65-68 oferty). W ocenie Izby powyższe jest wystarczające względem wymogu postawionego przez Zamawiającego, przedmiotowe wartości nie muszą znajdować się w pismach referencyjnych.

Po czwarte, odnośnie specjalista ds. kosztów - pana Jacka K, Izba uznała, że nie było wymogu wskazywania zakresów obowiązków na stanowisku specjalista ds. kosztów. Ponadto, należy wskazać, że Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu celem podważenia w zakresie faktycznego rozliczania inwestycji przez przywołaną osobę.

Po piąte, względem inspektorów nadzoru (2 osoby) - uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych oraz w specjalności telekomunikacyjnej. Odwołujący *de facto*

23

zakwestionował tylko uprawnienia Bolesława G uznając uprawnienia Stanisława Wojciecha S (str. 31 oferty, poz. 4 wykazu). W tym zakresie Izba nie uznała za zasadne stanowiska Odwołującego. Wydruk ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budowlanych Izba uznała za stanowisko Odwołującego pozostawiające „*wątpliwości prawne*”. Odnosząc się do

stwierdzenia przygotowania zawodowego (str. 36 oferty) wydanego przez Urząd Wojewódzki w Katowicach w 1990 r., Izba przywołuje za orzecznictwem – wyrok Zespołu Arbitrów dnia 29.09.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2670/05, że: „Dokument ten powinien być oceniany w świetle przepisu art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2056 z późn. zm.) zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują te uprawnienia w dotychczasowym zakresie. O tym w jakim zakresie dana osoba zachowała uprawnienia budowlane decyduje bez wątpienia treść orzeczenia o nabyciu uprawnień. Nie ulega wątpliwości, iż na dzień wydania wskazanego wyżej dokumentu nie była wyodrębniona specjalność telekomunikacyjna. Zgodnie bowiem z rozporządzeniem Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) w brzmieniu obowiązującym na dzień (27 marca 1990 r. – dopisek autora) w § 13 ust. 1 w zakresie specjalność instalacyjno – inżynierska wyodrębniono zakres instalacje elektryczne. Na dzień wydania tych uprawnień nie wyodrębniony był zakres uprawnień telekomunikacyjnych. Śaden przepis rozporządzenia nie posługiwał się również pojęciem „telekomunikacyjne” (...). Niejsze znajduje potwierdzenie w fakcie, że uprawnienia telekomunikacyjne zostały wyodrębnione dopiero na mocy rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 120, poz. 581 z późn. zm.), gdzie w § 1 stanowi się, że: „Za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie telekomunikacyjnym uważa się (...)”. Zaś Rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1988 r., Nr 42, poz. 334), tj. Rozporządzenie z 20 lutego 1975 r. nie odnosiło się do specjalności telekomunikacyjnej, stwierdzało tylko w § 2, iż: „Osoby, które przed dniem wejścia w życie rozporządzenia pełniły samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w zakresie sieci gazowych i elektrycznych na podstawie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego, dokonanego przez zakład pracy, zachowują prawo do ich pełnienia w tych zakładach przez 6 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia”.

Względem drugiej z usług wykazanych przez Przystępującego w wykazie usług, Izba wskazuje, że niniejszy obiekt ma charakter także biurowy, co wynika wprost z opisu

24

w wykazie, jak i referencji, gdyż zawiera także część administracyjną. Powyższe czyni go budynkiem użyteczności publicznej zgodnie z definicją tego pojęcia określoną w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690). Zgodnie z definicją zawartą w przywołanym powyżej przepisie jest to budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji co np. budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, w tym również jest to budynek biurowy, ponieważ oprócz części szkoleniowej (I piętro) – jak wskazano w referencji – budynek ma również pełnić charakter administracyjny, a więc służący do celów biurowych, administracyjnych (II piętro). Podobne stanowisko względem obiektu, który zawiera w sobie część biurową oraz „inna” zajęła KIO w wyroku z dnia 3.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 135/10. W konsekwencji całą argumentację Odwołującego w tym zakresie Izba uznała za bezprzedmiotową. Izba nie uznała także fotografii złożonych przez Odwołującego budynku znajdującego się pod adresem ul. Jutrzenki 107/109, uznając stanowisko Przystępującego o zmianie numeracji tej ulicy za wiarygodne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust.1 Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu: dowód wniesienia wadium. Zamawiający zawarł zapisy odnośnie wadium w art. 6 SIWZ. Wskazał także w art. 4 § 2 ust. 2 obowiązek złożenia dowodu wniesienia wadium. Precyzując w pkt 1 niniejszego artykułu, że: „Wadium wnoszone w gwarancjach lub/i poleceniach należy składać w formie oryginału wraz z zaopiniowanym wzorem (dołączenie zaopiniowanego wzoru jest zaleceniem) zgodnie z art. 6 Specyfikacji. Oryginały (wraz

z zaopiniowanym wzorem) można dołączyć do oferty lub złożyć przed upływem terminu składania ofert w Dziale Zamówień Publicznych - pok. 33 (patrz adres - art. 5 § 3), lub dołączyć np. w koszulce do wierzchniej strony koperty zawierającej ofertę”.

Przystępujący jako wadium złożył gwarancję przetargową nr 388/09/350/5781974 wystawioną 2.12.2009 r. przez TU Allianz Polska S.A., jako przedmiot (nazwę) zamówienia publicznego wskazano, zamiast: „Świadczenie usług inwestora zastępczego przy realizacji obiektów objętych Projektem pn. „Centrum Nauk Biologiczno-Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III)” - : „Świadczenie usług inwestora zastępczego przy realizacji obiektów objętych Projektem pn. „Centrum Biologiczno - Chemicznych Uniwersytetu Warszawskiego - Kampus Ochota (CENT III)”. Pominęto w nazwie przedmiotu zamówienia słowo: „Nauk”. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia,

25

Izba stwierdziła co następuje. W ocenie Izby brak jest jakiegokolwiek zagrożenia interesów Zamawiającego w związku z zaistniałym stanem faktycznym. Zamawiający będzie mógł skutecznie wyegzekwować wadium w wysokości 60 tys. zł. Izba nie brała pod uwagę przy ocenie niniejszego zarzutu wyjaśnień uzyskany przez Przystępującego od wystawcy gwarancji przetargowej, uznając w tym zakresie stanowisko Odwołującego. Reasumując treść gwarancji przetargowej w sposób dostateczny identyfikuje jej strony, zaś Zamawiający nie prowadzi aktualnie postępowania, którego przedmiotem jest projekt „CENT III”. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, Izba uznała za niezasadny. Odwołujący mimo formalnego podtrzymania wszystkich zarzutów z protestów oraz odwołania nie przedstawił ani w ramach środków ochrony prawnej ani na rozprawie żadnych argumentów, czy też okoliczności na potwierdzenie niniejszego zarzutu. Nie wycofał także niniejszego zarzutu. Wobec powyższego Izba uznała go za „gołosłowny” i nieznajdujący żadnego potwierdzenia w argumentacji Odwołującego. Z tych względów Izba uznała jak na wstępie.

Mimo potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, Izba uznała za nie zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp, tj. z uwagi na fakt, że przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania nie wpłynie na wynik postępowania, gdyż oferta Przystępującego pozostanie najkorzystniejszą w postępowaniu, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

26

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

27