

Warszawa, dnia 5 czerwca 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o.**, Pl. Grunwaldzki 23, 50-365 Wrocław, KRS: 0000166714, e- mail: biuro@miastoprojektwroclaw.pl, zastępowany przez: r.pr. Grzegorza Rutkowskiego ze SQUARE Tax Legal Services, ul. Michalczyka 5, piętro I, 53-633 Wrocław, e-mail: grzegorz.rutkowski@sqrlegal.pl

Zamawiający: 116 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Wróblewskiego 46, 45-759 Opole, KRS: 0000020994, www.116szpital.opole.pl, e-mail: przetargi@116szpital.opole.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa 116 Szpitala Wojskowego w Opolu o budynek Izby Przyjęć wraz ze zwiększeniem bazy łóżkowej i diagnostycznej szpitala oraz rozbudowa niezbędnej infrastruktury budowlanej, technicznej i drogowej – Zadanie nr 91812” (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.02.2023r., pod numerem 2023/S 037-108785.

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – **Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o.**, odpis pełnomocnictwa w załączeniu, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm., dalej: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących przedmiotowego środka dowodowego, w obliczu wątpliwości, które podjął Zamawiający;
- odrzuceniu oferty Odwołującego;
- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty **Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o.**, 54-434 Wrocław, ul. Budziszewska 35/1 (dalej: „Ekocentrum”);
- zaniechaniu wezwania wykonawcy Ekocentrum do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

II. Zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez uznanie, że oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Odwołujący w załączniku nr 14 - Wykaz osób - spełnianie kryterium kompetencje personelu - wskazał ilość nadzorowanych inwestycji, nie wskazując (dla poz. 1-3) obiektów użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej pow. 3000 m²; podczas gdy Odwołujący uzupełnił załącznik nr 14 – Wykaz osób wyłącznie **w oparciu o wzór wskazany przez Zamawiającego**, w treści którego Zamawiający wprost zaznaczył, że w załączniku należy wskazać „ilość”, a więc nie „nazwy” nadzorowanych inwestycji, konieczność wskazania „nazw” nadzorowanych inwestycji nie wynikała ponadto z innych dokumentów Postępowania (w tym z SWZ), a wręcz a contrario brak takiej konieczności wynikał z załącznika nr 10, gdzie obowiązek taki przewidziano, wyrażając go wprost; przez co nie można mówić o nieprawidłowym uzupełnieniu załącznika nr 14 przez Odwołującego, a tym samym o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, ponieważ Odwołujący przygotowując ofertę w niniejszym postępowaniu, spełnił wszystkie wymogi wskazane w SWZ przez Zamawiającego, w konsekwencji czego działanie Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje podstaw w przepisach PZP, a ponadto doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości;
- 2. art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowego środka dowodowego w postaci załącznika nr 14 do SWZ „*WYKAZ OSÓB – Spełnianie kryterium Kompetencje personelu*” w zakresie wskazania „nazw” nadzorowanych inwestycji, których ilość została wskazana przez Odwołującego w załączniku nr 14 oraz w formularzu oferty, podczas gdy Zamawiający najwyraźniej powziął wątpliwości co do sposobu wypełnienia załącznika nr 14 przez Odwołującego;
- 3. art. 239 ust. 1 Pzp** - poprzez błędną ocenę ofert i przyznanie najwyższej punktacji ofercie Ekocentrum, która de facto nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- 4. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez zaniechanie wezwania Ekocentrum do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania doświadczenia zawodowego w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru;
- 5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekocentrum, mimo iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania doświadczenia zawodowego w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru.

III. WNIOSKI ODWOŁUJĄCEGO

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwoływającego;
- ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwoływającego; względnie wezwanie Odwoływającego do wyjaśnienia treści w trybie art. 223 ust. 1 Pzp;
- odrzucenie oferty wykonawcy Ekocentrum, jako niespełniającej warunku udziału w postępowaniu, względnie wezwanie wykonawcy Ekocentrum do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp;
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego;

IV. INTERES

Odwołujący ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść.

Oferta Odwoływającego, gdyby została przywrócona do Postępowania, a inni wykonawcy nie skorzystaliby z przysługujących im środków ochrony prawnej zostałyby sklasyfikowana na pierwszej pozycji tzw. listy rankingowej. Powyższe otwiera zatem drogę Odwoływającemu do tego, by to jego oferta została – jako oferta zgodna z warunkami zamówienia – wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych powyżej może więc skutkować utratą zamówienia przez Odwoływającego (w tym utratą zysków, jakie Odwołujący zamierzał uzyskać realizując zamówienie) w sytuacji, gdy to oferta Odwoływającego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów PZP jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem może skutkować utratą zamówienia przez Odwoływającego (w tym utratą zysków, jakie Odwołujący zamierzał uzyskać realizując zamówienie) w sytuacji, gdy to oferta Odwoływającego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

V. TERMIN

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została opublikowana dnia 24 maja 2023 r. Co za tym idzie niniejsze odwołanie zostało złożone z zachowaniem 10-cio dniowego terminu.

UZASADNIENIE

INFORMACJE OGÓLNE DOTYCZĄCE POSTĘPOWANIA

1. Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji inwestora zastępczego dla inwestycji polegającej na:
 - 1) wykonaniu kompleksowej dokumentacji projektowej,
 - 2) rozbudowie istniejącego budynku szpitala nr 2, 116 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SPZOZ w Opolu,
 - 3) budowie nowego budynku przylegającego do budynku nr 2,
 - 4) zaprojektowaniu wyposażenia medycznego, biurowego oraz socjalnego z opisem funkcjonalno-użytkowym oraz wyceną,
 - 5) budowie, przebudowie i modernizacji niezbędnej infrastruktury towarzyszącejw takim zakresie, aby zabezpieczała potrzeby funkcjonalno – użytkowe całego szpitala po rozbudowie w ramach zadania nr 91812 pn.: „Rozbudowa 116 Szpitala Wojskowego w Opolu o budynek Izby Przyjęć wraz ze zwiększeniem bazy łóżkowej i diagnostycznej szpitala oraz rozbudowa niezbędnej infrastruktury budowlanej, technicznej i drogowej”, w zakresie świadczenia usługi kompleksowego nadzoru Zamawiającego, obejmującej zarządzanie i nadzór inwestorski, w tym usług polegających na doradztwie Zamawiającego przy podejmowaniu przez niego decyzji organizacyjnych, ekonomicznych i technicznych związanych z inwestycją, zabezpieczania interesów oraz reprezentowania Zamawiającego wobec Wykonawcy lub Wykonawców robót budowlanych i projektowych.

(A) NARUSZENIE ART. 226 UST. 1 PKT 5) PZP W ZW. Z ART. 16 PKT 1) I 2) PZP

2. W rozdziale XX ust. 1 SWZ wskazano, że przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

Lp.	KRYTERIUM	WAGA KRYTERIUM (1%=1 pkt)
1.	Cena (C)	60%
2.	Kompetencje personelu (K)	40%
3. Zgodnie z ust. 4 lit. b) rozdziału XX SWZ „W ramach kryterium Kompetencje personelu skierowanego do wykonywania zamówienia ocena ofert będzie dokonana na podstawie dokumentu „Wykaz osób na spełnianie kryterium kompetencje personelu” stanowiącego załącznik nr 14 do SWZ, składany wraz z ofertą wykonawcy.” W dalszej części ust. 4 lit. b) Zamawiający wskazał warunki jakie powinna spełniać osoba wyznaczona do sprawowania funkcji:
 - 1) inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno – budowlanej (Kk);
 - 2) inspektora nadzoru w branży sanitarnej (Ks);
 - 3) inspektora nadzoru w zakresie kierowania robotami w specjalności instalacji elektrycznej (Ke);
 - 4) inspektora nadzoru w zakresie kierowania robotami w specjalności instalacyjnej telekomunikacyjnej (Kt).
4. W przypadku każdego z inspektorów Zamawiający określił w SWZ **ilość** nadzorowanych inwestycji, które powinny być zrealizowane przez danego inspektora, w celu spełnienia kryterium „Kompetencje personelu oraz w celu uzyskania przez wykonawcę maksymalnej liczby punktów za spełnienie danego kryterium. Zgodnie z wymogami Zamawiającego, dla spełnienia kryterium „Kompetencje personelu” wykonawca powinien wykazać, że każdy z inspektorów nadzorował w zakresie sobie właściwym minimum 1 inwestycję, w tym w przypadkach osób wymienionych w punktach 1-3, o powierzchni użytkowej powyżej 3000 m². Dla uzyskania maksymalnej punktacji za to kryterium wykonawca

powinien natomiast wskazać, że każdy z inspektorów nadzorował przynajmniej 3 w odpowiednim zakresie, w tym w przypadkach osób wymienionych w punktach 1-3, o powierzchni użytkowej powyżej 3000 m².

5. Zamawiający w SWZ wprost wskazał również skutki niewskazania ilości nadzorowanych inwestycji:
 - 1) w przypadku inspektora (Kk) Zamawiający określił, że: „Wykonawca powinien zaoferować **ilość nadzorowanych inwestycji** przez inspektora nadzoru ściśle wg wskazań Zamawiającego tj. 1, 2 lub 3 i powyżej. **Nie wskazanie ilości nadzorowanych inwestycji** w Formularzu oferty – zał. Nr 1 do SWZ oraz w zał. Nr 14 do SWZ (Wykaz osób - spełnienie kryterium „Kompetencje personelu”) spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp)”.
 - 2) w przypadku inspektora (Ks) Zamawiający określił, że: „Wykonawca powinien **zaoferować ilość nadzorowanych inwestycji** przez inspektora nadzoru ściśle wg wskazań Zamawiającego tj. 1, 2 lub 3 i powyżej. **Nie wskazanie ilości nadzorowanych inwestycji** w Formularzu oferty – zał. Nr 1 do SWZ oraz w zał. Nr 14 do SWZ (Wykaz osób - spełnienie kryterium „Kompetencje personelu”) spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp)”;
 - 3) w przypadku inspektora (Ke) Zamawiający określił, że: „Wykonawca powinien zaoferować **ilość nadzorowanych inwestycji** przez inspektora nadzoru ściśle wg wskazań Zamawiającego tj. 1, 2 lub 3 i powyżej. **Nie wskazanie ilości nadzorowanych inwestycji** w Formularzu oferty – zał. Nr 1 do SWZ oraz w zał. Nr 14 do SWZ (Wykaz osób - spełnienie kryterium „Kompetencje personelu”) spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp)”;
 - 4) w przypadku inspektora (Kt) Zamawiający określił, że: „Wykonawca powinien zaoferować **ilość nadzorowanych inwestycji** przez inspektora nadzoru ściśle wg wskazań Zamawiającego tj. 1, 2 lub 3 i powyżej. **Nie wskazanie ilości nadzorowanych inwestycji** w Formularzu oferty – zał. Nr 1 do SWZ oraz w zał. nr 14 do SWZ (Wykaz osób - spełnienie kryterium „Kompetencje personelu”) spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).”
6. Konieczność wskazania ilości nadzorowanych inwestycji została również powtórzona przez Zamawiającego w treści załącznika nr 14 do SWZ. Zamawiający wskazał, że w tabeli należy wpisać „**ilość nadzorowanych inwestycji (dla poz. od nr 1 do 3 wskazać obiekty użyteczności publicznej o pow. użytkowej co najmniej 3 000 m²)**”. Użycie pewnej frazy w nawiasie oznacza jej wyjaśnienie, uzupełnienie, nie sposób wyobrazić sobie, by zdaniem wtrąconym nawiasie nadać zupełnie inne znaczenie (a w zasadzie je zastąpić) słowem przed tym nawiasem postawiony.
7. Przytoczony powyżej fragment SWZ oraz załącznika nr 14 do SWZ określają jedynie, że wykonawca powinien wskazać „ilość” inwestycji nadzorowanych przez inspektorów, a **dla numerów 1-3 ilość tylko takich obiektów**, które spełniają określony warunki powierzchni. To ma oczywiście sens, bo w zakresie kryterium ocen wskazywanie ilości obiektów poniżej 3000m² nie miałoby żadnego sensu, bo za takie nie przyznawano punktów.
8. Co więcej, znów zgodnie z brzmieniem SWZ, dopiero **niewskazanie „ilości” nadzorowanych inwestycji** będzie się wiązało z odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SWZ. Z treści ww. dokumentów nie można wywnioskować, że Zamawiający oczekiwał, żeby oprócz wskazania „ilości” inwestycji,

wskazać również ich „nazwy”. Nie sposób też uargumentować odrzucenia oferty, jeśli Zamawiający przewidział tę sankcję jedynie gdy w tabeli nie wskazano żadnej ilości nadzorowanych inwestycji.

9. To czego żądał Zamawiający w załączniku nr 14 (a raczej czego **nie żądał**) widać bardzo jaskrawie, gdy spojrzy się na opis analogicznej kolumny w załączniku nr 10. Poniżej porównanie:

Załącznik nr 14	Załącznik nr 10
<p style="text-align: center;">Ilość nadzorowanych inwestycji (dla poz. od nr 1 do 3 wskazać obiekty użyteczności publicznej o pow. użytkowej co najmniej 3 000 m²)</p>	<p style="text-align: center;">Doświadczenie zawodowe (należy podać: rodzaj, zakres, przedmiot zamówienia, pełniona funkcja, ilość nadzorowanych obiektów użyteczności publicznej, powierzchnia użytkowa nadzorowanych obiektów – jeżeli dotyczy; min.5-letnie doświadczenie)</p>

Wyraźnie widać na tym przykładzie, że gdy Zamawiający chce uzyskać konkretne informacje, to je wymienia. W załączniku nr 14 nawias ma charakter wyjaśniający do słowa „ilość”, wskazując, że tę „ilość należy ograniczyć tylko do konkretnych obiektów. Zupełnie inaczej wygląda to w załączniku nr 10, gdzie nawias wyjaśnia co „należy podać”, by wykazać określone „doświadczenie zawodowe”

10. Nieprecyzyjne sformułowanie użyte przez Zamawiającego nie może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. Izba potwierdziła to m.in. w orzeczeniu KIO 2250/22, wskazując, że: „należy pamiętać, że wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu.” W tym przypadku ten brak precyzji może obciążać tylko Zamawiającego.
11. Wobec powyższego należy uznać, że Zamawiający niewłaściwie odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że wskazanie wyłącznie ilości nadzorowanych inwestycji powoduje, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami udziału w postępowaniu.

(B) NARUSZENIE ART. 239 UST. 1 PZP

12. Zamawiający w kryteriach oceny ofert wprost wskazał, że przyznanie dodatkowych punktów co do kryterium „Kompetencje personelu” jest uzależnione od **ilości** nadzorowanych inwestycji, nie od ich nazw, adresów, okresów trwania, czy czegokolwiek innego co wynikałoby z dodatkowego opisu tych inwestycji, niewymaganego treścią SWZ. Dodatkowo, Zamawiający podkreślił, że to niewskazanie ilości nadzorowanych inwestycji w formularzu oferty (załącznik nr 1 do SWZ) spowoduje odrzucenie oferty.

13. Podstawą do przyznania punktów za kryterium „Kompetencje personelu” była więc ilość nadzorowanych inwestycji. W formularzu oferty Zamawiający wprost zaznaczył, że „*proszę wpisać ilość nadzorowanych inwestycji*” (por. pkt. 1 – 4 Kompetencje personelu (K) z załącznika nr 1 do SWZ). W załączniku nr 14 do SWZ – Wykaz osób Zamawiający również wskazał, że w kolumnie należy wpisać „*ilość nadzorowanych inwestycji*”. W treści SWZ także nie zawarto postanowienia, które rozszerzałoby obowiązek co do kryterium „Kompetencje personelu” na wskazanie, poza ilością, nazw nadzorowanych inwestycji.
14. Z art. 239 ust. 1 Pzp wynika zasada związania zamawiającego zasadami oceny ofert opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym kryteriami, wagami, a także opisem sposobu oceny ofert w oparciu o poszczególne kryteria. **Zamawiający do oceny ofert może zastosować wyłącznie takie kryteria i zasady, jakie wskazał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, oceniając oferty, nie może zatem ani uszczegółowić zasad oceny poprzez badanie w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany w zapisach SWZ, ani też odstępować od zasad, które opisał uprzednio.** Dlatego też opis oceny ofert, w tym kryteriów, musi zawierać wszystkie elementy, które będą brane pod uwagę przy ocenie danego kryterium (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2022).
15. W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający nie może ocenić oferty Odwołującego przez pryzmaty kryteriów, których nie dało się wyinterpretować ani z SWZ, ani z załączników do SWZ. Skoro w dokumentach postępowania w przypadku kryterium „Kompetencje personelu” za każdym razem Zamawiający wskazywał na „ilość” nadzorowanych inwestycji, nie może, na etapie oceny ofert, uznać, że wskazanie „ilości” nadzorowanych inwestycji jest powodem niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

(C) NARUSZENIE ART. 223 UST. 1 PZP W ZW Z ART. 16

16. Niezależnie od powyższych zarzutów, Odwołujący zaznacza, że Zamawiający powinien w pierwszej kolejności wezwać go do złożenia wyjaśnień co do treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w zakresie kryterium „Kompetencje personelu”, a dopiero później rozważyć ewentualne odrzucenie oferty Odwołującego.
17. W doktrynie funkcjonuje utrwalony pogląd zgodnie z którym: „*W przypadku gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty, zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia.*” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2022).
18. Co więcej, mimo że przepis wyraźnie ustanawia powyższe uprawnieniem Zamawiającego, to należy to uprawnienie czytać w powiązaniu z zasadami ogólnymi postępowania, w tym art. 16 pkt 1, który wymaga zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Dlatego też, by chronić te zasady Zamawiający, w pewnych wypadkach, może okazać się zobligowany do skorzystania z uprawnieniem z

art., 223 ust. 1 Pzp. W literaturze wskazuje się, że *„Wezwanie do wyjaśnień treści oferty stanowi uprawnienie zamawiającego, zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu. Należy jednak mieć na względzie, że zamawiający, dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Tym samym zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2022).

19. W treści formularza oferty (załącznik nr 1 SWZ) Odwołujący wskazał „ilość” nadzorowanych inwestycji. W treści załącznika nr 14 do SWZ Odwołujący wskazał natomiast dane osób, które miałyby pełnić określone funkcje przy wykonywaniu zamówienia oraz ponownie „ilość” nadzorowanych inwestycji. Oświadczenia Odwołującego, co do „ilości” inwestycji zawarte w formularzu oferty (załącznik nr 1 SWZ) oraz w załączniku nr 14 były takie same. Za każdym razem Odwołujący wskazał na 3 inwestycje (co do każdej z wymienionych osób).
20. Jeżeli informacje wskazane przez Odwołującego w załączniku nr 14 do SWZ były dla Zamawiającego niewystarczające (mimo, że Odwołujący uzupełnił załączniki – 1 i 14 – zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego), powinien on wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Złożenie wyjaśnień przez Odwołującego co do nadzorowanych inwestycji nie wpłynęłoby na zmianę treści oferty. Odwołujący w treści swojej ofert wskazał już „ilość” nadzorowanych inwestycji – w ramach wyjaśnień nie wskazywałby nowych inwestycji, a jedynie przedstawiłby Zamawiającemu dodatkowe dokumenty potwierdzające, że są to inwestycje o powierzchni użytkowej przekraczającej 3000 m². Wyjaśnienia Odwołującego polegałyby zatem wyłącznie na ustalaniu treści oferty w zgodności z jej pierwotną treścią objętą rzeczywistym zamiarem wykonawcy (na dzień składania ofert).
21. Dopiero po złożeniu wyjaśnień przez Odwołującego i stwierdzeniu przez Zamawiającego, że treść wyjaśnień nie wpływa na prawidłowość złożonej oferty - Zamawiający byłby uprawniony do ewentualnego odrzucenia oferty Odwołującego. Odrzucenie oferty Odwołującego bez wzywania go do złożenia wyjaśnień jest natomiast działaniem sprzecznym z przepisami Pzp.
22. Należy tu też podkreślić, że skorzystanie z powyższego przepisu przez Zamawiającego nie stanowi zakazanych przez przepis negocjacji z wykonawcą. Wyjaśnienie bowiem, jakie nazwy projektów kryją się pod podaną ich liczbą w żaden sposób nie zmienia już zaoferowanego przez Odwołującego kształtu usługi, która ma być wykonywana przez konkretną, znaną z imienia i nazwiska osobę. Nie wpływa też na zmianę „przedmiotu” poddawanemu punktacji.

(D) NARUSZENIE ART. 128 UST. 1 PZP I ART. 226 UST. 1 PKT 2 LIT. B PZP

23. Warunki udziału w postępowaniu zostały określone przez Zamawiającego w rozdziale X SWZ. W rozdziale X ust. 4 pkt. 4.2) SWZ Zamawiający określił uprawnienia i doświadczenie, jakie muszą posiadać osoby, którymi dysponuje wykonawca, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu.

24. Przykładowo w przypadku kierownika zespołu „*musi posiadać uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie pełnym (bez ograniczeń) umożliwiające wykonanie zadania, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem ludzi prowadzących nadzór nad inwestycjami budowlanymi **dwóch nowych obiektów budowlanych** zaliczonych do budynków użyteczności publicznej (zgodnie z § 3 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) w tym minimum jednej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 3000 m².*”
25. Natomiast w przypadku inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej elektrycznej „*musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania i nadzorowania robotami budowlanymi w zakresie pełnym (bez ograniczeń) w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych słaboprądowych i silnoprądowych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót elektrycznych dwóch nowych obiektów budowlanych zaliczonych do budynków użyteczności publicznej (zgodnie z § 3 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie), w tym minimum jednej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 3000 m².*”
26. Wykonawca Ekocentrum nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z następujących przyczyn. Kierownik Zespołu wskazany przez Ekocentrum w załączniku nr 10 do SWZ nie posiada wymaganego przez Zamawiającego 5-cio letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu zespołem ludzi prowadzących nadzór nad inwestycjami budowlanymi dwóch nowych obiektów budowlanych zaliczonych do budynków użyteczności publicznej – w tym zakresie ww. kierownik zespołu posiada jedynie 1 rok i 5 miesięcy doświadczenia zawodowego. Do 5-cio letniego okresu doświadczenia zawodowego nie można bowiem zaliczyć okresu sprzed uzyskania przez ww. kierownika zespołu uprawnień budowlanych (uprawnienia są z dnia 27.07.2002 r.) ani inwestycji wskazanych przez Ekocentrum w pkt. 3 – 5, ponieważ te inwestycje nie są **nowymi obiektami budowlanymi**.
27. Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej elektrycznej, zgodnie z oświadczeniem Ekocentrum, posiada 3-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót elektrycznych. Do wymaganego 5-cio letniego okresu doświadczenia zawodowego nie można bowiem zaliczyć wskazanej przez Ekocentrum pod numerem 2 inwestycji „*Inżynier Kontraktu dla przedsięwzięcia budowlanego pn.: Budowa Akademii Sztuk Pięknych we Wrocławiu. Centrum Sztuk Użytkowych. Centrum Innowacyjność. Powierzchnia użytkowa: ok. 13 tys m², 01.2010 - 08.2012*”. Role inspektora nadzoru oraz inżyniera kontraktu nie są tożsame. Zadania inspektora nadzoru wynikają wprost z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane. Do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Prawo budowlane nie zawiera definicji inżyniera kontraktu, natomiast można przyjąć, że inżynier kontraktu to zespół specjalistów, którzy uczestniczą w procesie budowlanym. Mimo, że w zakresie technologicznym pojęcia te różnią się nieznacznie (zgodnie z doktryną - np. B. J., Specyfika statusu inżyniera kontraktu jako sui generis uczestnika procesu budowlanego, Folia Iuridica Universitatis

Wratislaviensis 2015, vol. 4 (2), str. 145 - 162 - zakres obowiązków inżyniera kontraktu jest zbliżony do zadań realizowanych przez inspektora nadzoru inwestorskiego), pojęć tych nie należy stosować zamiennie. Skoro więc Zamawiający wymagał, aby doświadczenie zawodowe dotyczyło nadzorowania robót elektrycznych, nie można domniemywać, że warunek ten można zrealizować pełniąc funkcję inżyniera kontraktu.

28. W świetle powyższego nie można przyjąć, że wykonawca Ekocentrum spełnia warunki udziału w Postępowaniu.
29. Zamawiający powinien więc odrzucić ofertę wykonawcy Ekocentrum, względnie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 Pzp.

r.pr. Grzegorz Rutkowski
SQUARE Tax Legal Services

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- odpis z KRS Odwołującego,
- dowód wniesienia opłaty od odwołania,
- dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu.