

WYROK
z dnia 4 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2019 r. przez **wykonawcę Systemics-PAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołodyjowskiego 46B, 02-724 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy, ul. Szachowa 1, 04-894 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Altaria Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Systemics-PAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołodyjowskiego 46B, 02-724 Warszawa**

i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Systemics-PAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołodyjowskiego 46B, 02-724 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Instytut Łączności Państwowy Instytut Badawczy, ul. Szachowa 1, 04-894 Warszawa wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego na »dostawę i uruchomienie aparatury naukowobadawczej aktywnego masera wodorowego (aktywnego wodorowego wzorca czasu i częstotliwości) dla Instytutu Łączności – Państwowego Instytutu Badawczego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 05.03.2019 r. pod nrem 2019/S 045-102531.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

11.06.2019 r. zamawiający poinformował o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Altaria Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Systemics-PAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul Wołodyjowskiego 46B, 02-724 Warszawa, gdyż odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp [Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą].

18.06.2019 r. wykonawca Systemics-PAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul Wołodyjowskiego 46B, 02-724 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 86 Pzp polegające na otwarciu ofert przy niezachowaniu publicznego charakteru tej czynności;

- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp polegające na jego niezastosowaniu i nieunieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w związku z art. 85 ust. 2 Pzp, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo, że wniosek zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie został prawidłowo doręczony odwołującemu

ponadto odwołujący zarzucił niezgodność z SIWZ, a mianowicie naruszenie:

- 4) cz. X ust. 3 SIWZ [art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 Pzp] polegające na wyborze oferty Wykonawcy, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, nie wykonał minimum jednej dostawy, odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Argumentacja odwołującego

Jak wynika z posiadanych przez odwołującego informacji, w wyznaczonym terminie otwarcia ofert, tj. 8.04.2019 r. o 10:30 została otwarta tylko jedna z dwóch złożonych ofert. W czynności tej uczestniczyła przedstawicielka spółki odwołującego SystemicsPAB – Pani E. T. (E. T). O 10:30 nie stawił się jednak przedstawiciel drugiego wykonawcy (wykonawcy A). Ponieważ oferty były składane drogą elektroniczną, były one otwierane przy użyciu stosownego sprzętu i oprogramowania. Doszło do otwarcia oferty złożonej przez odwołującego, natomiast oferty drugiego wykonawcy – Altaria Solutions sp. z o.o. (dalej wykonawca A) z przyczyn technicznych nie udało się otworzyć w całości (w szczególności nie została otwarta część oferty zawierająca cenę).

Następnie, w godzinach popołudniowych – a więc już po terminie otwarcia ofert – stawił się w siedzibie zamawiającego przedstawiciel wykonawcy A i przy pomocy dostarczonego przez wykonawcę A oprogramowania i sprzętu doszło do otwarcia oferty wykonawcy A. Przy tej czynności nie była obecna przedstawicielka odwołującego. Czynność ta nie miała więc charakteru publicznego otwarcia ofert.

Nie budzi wątpliwości, że wspólne otwarcie wszystkich ofert powinno stanowić czynność jednorazową, jawną, dokonaną w wyznaczonym ściśle terminie. Możliwość uczestnictwa w otwarciu ofert powinni mieć wszyscy potencjalni zainteresowani, którzy wyrażają taką wolę. Otwarcie oferty w terminie późniejszym niż wyznaczony i pod nieobecność zainteresowanego uczestnika przetargu powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą

niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, że publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednym z przejawów zasady jawności postępowania jest obowiązek przeprowadzenia przez jednostkę zamawiającą jawnej sesji otwarcia ofert, przy czym obowiązek ten wiąże zamawiającego bez względu na tryb, w jakim prowadzone jest postępowanie, o ile tylko tryb ten zawiera w swej konstrukcji etap ofertowania. Wskazany obowiązek został wyrażony w art. 86 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania.

Mimo wskazania zamawiającemu przez odwołującego wyżej wymienionych poważanych uchybień, zamawiający nie unieważnił przedmiotowego postępowania.

Co więcej, 11.06.2019 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego informację o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem, zamawiający powinien odrzucić ofertę odwołującego, w przypadku, gdy „wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą”.

Z uwagi na użycie w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp sformułowania „nie wyraził zgody, o której mowa art. 85 ust. 2 Pzp” oraz biorąc pod uwagę konieczność ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym – odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku nie wyrażenia zgody w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, bo o takim wyrażeniu zgody mowa jest w art. 85 ust. 2 Pzp (M. Jaworska, w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grzeško-wiak-Stojek, J. Jamicka, A. Matusiak, 2019, Komentarz do art. 89, teza 32).

Zamawiający informując o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazał, że 30.05.2019 r. zamawiający przesłał do odwołującego wniosek o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na który odwołujący nie odpowiedział, rzekomo nie wyrażając zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący wskazuje, że udzielenie odpowiedzi na wniosek zamawiającego nie było możliwe, z powodu braku prawidłowego doręczenia wniosku przez zamawiającego.

Zgodnie z cz. XII ust. 1 SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się przy użyciu miniPortalu, ePUAPu oraz poczty elektronicznej, wskazując w cz. XII ust. 7 SIWZ, że właściwy jest adres poczty

elektronicznej osoby uprawnionej do kontaktów z wykonawcami, tj. w rozpoznawanym przypadku – Pani M. O. (Pani M. O).

Odwołujący w analogiczny sposób wskazał w formularzu ofertowym, że osobą upoważnioną do kontaktów z zamawiającym w zakresie złożonej oferty oraz w sprawach dotyczących ewentualnej realizacji umowy jest Pani E. T. Podany został również adres poczty elektronicznej osoby do kontaktów.

Wniosek zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie został doręczony odwołującemu ani za pośrednictwem miniPortalu, ani ePUAPu, ani także na wskazany w formularzu ofertowym adres poczty elektronicznej osoby upoważnionej do kontaktów z zamawiającym.

Nie sposób uznać wysłania przedmiotowego wniosku przez zamawiającego na zupełnie inny adres poczty elektronicznej, za prawidłowe doręczenie pisma. Zamawiający w cz. XII ust. 5 SIWZ i cz. XII ust. 7 SIWZ wyraźnie określił, że za datę przekazania jakiegokolwiek pisma lub dokumentu przyjmuje się datę ich przekazania na ePUAP lub datę wpływu na adres poczty elektronicznej osoby uprawnionej do kontaktowania się z wykonawcami. Wysłanie pisma przez wykonawcę na „ogólny” adres e-mailowy zamawiającego, wskazany jako adres kontaktowy np. na stronie internetowej zamawiającego nie byłoby prawidłowym doręczeniem.

Należytej staranności w zakresie komunikacji, której zamawiający wymaga od wykonawców, należy wymagać również od zamawiającego, dlatego przesłanie wniosku o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na inny adres poczty elektronicznej niż adres poczty elektronicznej osoby upoważnionej do kontaktów z zamawiającym, nie było prawidłowym wezwaniem odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co prowadzi do konkluzji, że odrzucenie oferty odwołującego było bezpodstawne, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp nie mógł być w tej sytuacji zastosowany.

W zakresie przedmiotu postępowania o udzielenia zamówienia, wskazać należy, że maser wodorowy aktywny to wysoce specjalistyczne urządzenie, trudne do porównania z maserem wodorowym pasywnym, który, choć podobnie się nazywa, jest mniej skomplikowanym urządzeniem i ma o wiele niższe wymagania techniczne, w związku z czym jest znacznie tańszy. Ze względu na odmienną specyfikę, maser wodorowy aktywny jest nieporównywalny także do skomplikowanych urządzeń pomiarowych.

W związku z tym, wymagane przez zamawiającego w SIWZ doświadczenia i referencje powinny się odnosić do możliwie najbardziej zbliżonego urządzenia, czyli masera aktywnego dowolnego producenta. Ze względu na to, że wysoki koszt takiego urządzenia skutkuje koniecznością umieszczania ogłoszeń w europejskim systemie elektronicznego ofertowania ted.europa.eu, łatwe do sprawdzenia jest, którzy wykonawcy posiadają odpowiednie

doświadczenie w tego typu dostawach. Dokładne przeszukanie bazy TED nie wskazuje na to, by w okresie wymienionym w przedmiotowym SIWZ, tj. w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, jakkolwiek dostawca poza odwołującym mógł posiadać wymagane doświadczenie, a więc także i referencje.

Instalacja masera wodorowego aktywnego wymaga ustawienia wielu parametrów w celu zapewnienia stabilnej pracy masera po określonym czasie. Stabilizacja rozwiązania zajmuje wiele miesięcy, dlatego moment rozpoczęcia używania urządzenia jest kluczowy w tego typu projektach.

Tak skomplikowane rozwiązania, jak maser wodorowy aktywny, powinny być instalowane przez producenta. Jedynie wówczas można mieć pewność, że instalator w odpowiedni sposób zadba o wszystkie aspekty instalacji masera wodorowego aktywnego, wszystkie ustawienia i poprawną pracę takiego urządzenia. Szczególnie, że należy pamiętać, że parametry masera wodorowego aktywnego zmieniają się w ciągu pierwszych dni jego pracy i trzeba posiadać precyzyjną wiedzę, w jakim zakresie te zmiany są dopuszczalne i ewentualnie kiedy należy je korygować i w jaki sposób. Zmiana parametrów pracy masera wodorowego aktywnego może być spowodowana uszkodzonym bezpiecznikiem, którego wymiany przed odbiorem końcowym może dokonać tylko producent. Posiadanie przez odwołującego referencji, w której jest wyraźnie określone, że odwołujący posiada doświadczenie w instalacji masera wodorowego aktywnego, nie tylko pokazuje, że już takie urządzenie odwołujący dostarczał, ale również wskazuje na fakt, że relacje jakie odwołujący utrzymuje z producentem urządzenia pozwoliłyby w sposób właściwy wywiązać się z zamówienia.

Według posiadanych przez odwołującego informacji zamawiający nie zweryfikował w sposób dostateczny, czy wykonawca A (wyłoniony w przetargu jako wykonawca) posiada stosowne doświadczenie i referencje. Przeprowadzone przez odwołującego badanie rynku wskazuje, że wykonawca A nie może powołać się na wymagane w SIWZ doświadczenie.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 18.06.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.09.2019 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

22.06.2019 r. wykonawca A złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego.

Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 3.07.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez odwołującego:

- 1) wydruk wyników wyszukiwania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, dotyczących zamówień podobnych do rozpoznawanego zamówienia od 2015 r.;
- 2) referencje Głównego Urzędu Miar z 5.04.2019 r., potwierdzające doświadczenie Odwołującego.

Izba wzięła także pod uwagę zeznania świadków Pani E. T. (E. T.), Pana R. B. (R. T.) i Pani M. O. (M. O.).

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 86 Pzp – polegający na otwarciu ofert przy niezachowaniu publicznego charakteru tej czynności – nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustaliła Izba, zgodnie z »Informacją z otwarcia ofert«, otwarcie ofert rozpoczęło się o 10:30 8.04.2019 r. Pisma te zamawiający wystosował 9.04.2019 r. do obu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, czyli obecnego odwołującego i przystępującego. Na części procedury otwarcia ofert była obecna przedstawicielka odwołującego i – wobec trudności w otwarciu oferty odwołującego – udzielała zamawiającemu informacji, które umożliwiły zamawiającemu otwarcie oferty złożonej przez odwołującego. Przedstawicielka odwołującego była przekonana, że oferta drugiego wykonawcy nie zawiera istotnych załączników i mimo trwających w sali prób otworzenia oferty drugiego wykonawcy przedstawicielka odwołującego opuściła miejsce publicznego otwierania ofert i jednocześnie przedstawicielka odwołującego była świadoma, że na otwarcie ofert jest wzywany przedstawiciel drugiego wykonawcy, aby udzielił informacji umożliwiających otwarcie tej oferty, czyli informacji podobnych do informacji, które złożyła przedstawicielka odwołującego. Jak wyjaśnił zamawiający trudności w otwarciu ofert były wynikiem braku doświadczenia w otwieraniu ofert złożonych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 10a ust. 1 Pzp, bo odbywało się to pierwszy raz, a w poprzednich procedurach zamawiający przyjmował i otwierał oferty sporządzone na piśmie.

Art. 10a ust. 1 Pzp brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej«.

Zdaniem Izby najistotniejsze w trakcie jawnego otwarcia ofert nie jest obecność publiczności, ale samo otwieranie ofert. Dlatego zamawiający nie może się kierować podczas wykonywania procedury otwarcia ofert obecnością osób innych niż przedstawiciele zamawiającego czy opuszczeniem przez publiczność pomieszczenia, w którym odbywa się jawne otwarcie ofert. Żaden przepis nie uzależnia ważności otwarcia ofert od obecności publiczności ani nie zabrania prowadzenia tej procedury po opuszczeniu przez publiczność pomieszczenia, w którym odbywa się otwarcie ofert. Przepis art. 86 ust. 2 Pzp stanowi jedynie o jawnym otwarciu ofert, a więc zamawiający nie może utrudniać dostępu do procedury otwarcia ofert komukolwiek, przedstawicielom wykonawców czy jakichkolwiek innych osób. Przepis art. 86 ust. 2 Pzp brzmi »Otwarcie ofert jest jawne i następuje

bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia».

W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie utrudniał uczestnictwa żadnym osobom w procedurze otwarcia ofert. Przedstawicielka odwołującego opuściła pomieszczenia zamawiającego z własnej woli w trakcie trwającej procedury otwarcia ofert bez usłyszenia z czyichkolwiek ust, a w szczególności z ust przedstawicieli zamawiającego, komunikatu o zakończeniu procedury otwarcia ofert. W rzeczywistości zamawiający nie zakończył procedury jawnego otwarcia ofert przed opuszczeniem pomieszczeń zamawiającego przez przedstawicielkę odwołującego, a zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców skorzystał także z informacji przedstawiciela drugiego wykonawcy [obecnego przystępującego] dotyczących technicznego sposobu przesłania i otwarcia oferty.

Izba musi podkreślić, że zamawiający nie jest obowiązany do informowania o występujących trudnościach podczas procedury otwarcia ofert, a zamawiający jest zobowiązany do zamieszczenia na stronie internetowej informacji, zgodnie z art. 86 ust. 5 Pzp, co zamawiający wykonał oraz przesłał te informacje do obu wykonawców. Przepis art. 86 ust. 1 Pzp brzmi »Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące: (1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; (2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie; (3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach«.

Dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego naruszenia art. 86 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp – polegający na jego niezastosowaniu i nieunieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego«.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie nieprawidłowego otwarcia ofert. Jest to czynność zamawiającego, której nie można powtórzyć i nie można naprawić błędów, które zostałyby popełnione w trakcie procedury otwarcia ofert. Odwołujący sugerujący, że otwarcie ofert było przeprowadzone przez zamawiającego w sposób niezgodny z przepisami oraz odwołujący uznał, że w związku z tym całe postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą i dlatego całe postępowanie zamówieniowe powinno zostać unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jednak odwołujący nie dowiódł, że zamawiający popełnił błędy w trakcie procesu otwarcia ofert, o czym szczegółowo Izba wywiodła w uzasadnieniu

oddalenia zarzutu pierwszego. Izba stwierdza, że zamawiający w trakcie otwarcia ofert nie naruszył wskazanego przez odwołującego art. 86 Pzp i w związku z tym nie została spełniona przesłanka unieważnienia postępowania zamówieniowego zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający słusznie nie zastosował art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp i nie unieważnił postępowania, a więc zarzut drugi naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w związku z art. 85 ust. 2 Pzp – polegający na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo, że wniosek zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie został prawidłowo doręczony odwołującemu – może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w ofercie odwołującego były uwidocznione dwa adresy mailowe odwołującego. Pierwszy adres mailowy ogólny, zamieszczony na pierwszej stronie oferty w akapicie zatytułowanym »WYKONAWCA«. Drugi adres mailowy został zamieszczony przez odwołującego na str. 2 oferty w ust. 14 cyt. »Osobą upoważnioną do kontaktów z Zamawiającym w zakresie złożonej oferty oraz w sprawach dotyczących ewentualnej realizacji umowy jest: E. T[...] e-mail: e.t[...]@[...], tel.: +48 [...]«. Jednak zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą tylko na adres ogólny odwołującego i pominął wystosowanie tego pisma na adres osoby upoważnionej do kontaktów z zamawiającym, a wskazany w ofercie.

Izba podkreśla, że oferta odwołującego została złożona na formularzu zaproponowanym przez zamawiającego jako załącznik do SIWZ.

Skoro wykonawca (odwołujący) ustanowił osobę upoważnioną do kontaktów z zamawiającym i dodatkowo zaznaczył to w ofercie, to zamawiający powinien honorować takie oświadczenie wykonawcy (odwołującego), tym bardziej, że oświadczenie to jest zgodne z wymaganiem zamawiającego postawionym w SIWZ. Dlatego Izba uznaje, że zarzut byłby zasadny, ale naruszenie przepisów nie miało wpływu na wynik postępowania i w związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp. Przepis art. 192 ust. 2 Pzp brzmi »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«. Oferta odwołującego jest mniej korzystna niż oferta drugiego wykonawcy (przystępującego). Z tego względu Izba nie może uwzględnić zarzutu trzeciego.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia cz. X ust. 3 SIWZ [art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 Pzp] – polegający na wyborze oferty Wykonawcy, który w okresie ostatnich 3 lat przed

upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, nie wykonał minimum jednej dostawy, odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający ustanowił w cz. X ust. 3 pkt 1 SIWZ, że cyt. »W zakresie doświadczenia [...] o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali minimum 1 (jedną) dostawę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia«. Izba stwierdza, że zamawiający żądał wykazania przez wykonawców wykonania dostawy nie takiego samego przedmiotu jak przedmiot zamawiany, co sugerował odwołujący, ale zamawiający żądał wykazania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Czyli innego także przedmiotu, ale mieszczącego się w grupie podobnych przedmiotów. Wynika to przede wszystkim z językowej analizy postanowienia cz. X ust. 3 pkt 1 SIWZ. »Słownik języka polskiego« PWN, Warszawa 2012 r. pod hasłem rodzaj wskazuje, cyt. »1. «gatunek, odmiana, typ, jakość»: R. obuwia. R. gleby. *jęz.* R. gramatyczny «cecha rzeczownika decydująca o formie określających go wyrazów, np. *ta róża, ten żołnierz, to dziecko*» *fraz.* R. ludzki «ludzie, ludzkość» 2. *biol.* «w systematyce roślin i zwierząt: grupa obejmująca gatunki»«. Dlatego zamawiający słusznie uwzględnił wykazanie spełnienia dostawy innego masera, jednak spełniający warunki masera, szczególnie że występującego pod tym samym numerem CPV.

Należy podkreślić, że przedmiot zamówienia jest relatywnie rzadko dostarczany – tylko kilka dostaw w ciągu ostatnich lat, co wynika z dowodu nr 1. Dlatego zmniejszenie wymagań zamawiającego do wykazania dostaw nie takiego samego przedmiotu, ale przedmiotu tego samego rodzaju jest, według Izby, zamierzonym działaniem zamawiającego i to działaniem prokonkurencyjnym. Ponadto nie został do tego postanowienia SIWZ złożony protest w stosownym czasie i dlatego przedmiotowe ostanowienie musi być brane pod uwagę przez wykonawców podczas opracowywania oferty oraz przez zamawiającego podczas badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz badania ofert.

Dlatego również zarzut czwarty naruszenia cz. X ust. 3 SIWZ [art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 Pzp] nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w sposób, który miałby wpływ lub mógł mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ze względu na brak zarzutów co do spełnienia warunków udziału przez odwołującego dowód nr 2 nie miał znaczenia w rozpoznaniu sprawy.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: