

Sygn. akt: KIO 178/19

WYROK
z dnia 14 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 13 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Agis Management Group Sp. z o.o., ul. Starowiejska 49, 84-230 Rumia**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Centrum Nauki Kopernik, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Sodexo Polska Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Agis Management Group Sp. z o.o., ul. Starowiejska 49, 84-230 Rumia** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) 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 Centrum Nauki Kopernik w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Obsługę techniczną nieruchomości Centrum Nauki Kopernik”, znak sprawy PZP/ZP/46/2018/CNK/MSi

Odwołujący - Agis Management Group Sp. z o.o. ul. Starowiejska 49,84-230 Rumia wniósł dnia 1 lutego 2019 r. odwołanie, w którym zaskarżył czynność podjętą zamawiającego polegającą na:

- 1) nieuwzględnieniu przy ocenie oferty Odwołującego w ramach kryterium „doświadczenie kierownika obiektu”, doświadczenia posiadanego przez kierownika obiektu Odwołującego - Pana Z. R., w wymiarze 21 lat 11 miesięcy,
- 2) określeniu wymagań dla kierownika obiektu Odwołującego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 3) wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentu, którego złożenia nie wymagało „ogłoszenie” i SIWZ, w sytuacji, w której pozostali wykonawcy nie mieli obowiązku wykazywać posiadanego przez kierowników obiektu doświadczenia, gdyż wystarczające było złożenie pisemnego oświadczenia o posiadanym doświadczeniu,
- 4) braku wystosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 PZP w przedmiocie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie doświadczenia kierownika obiektu, które nabył pracując w Prokom Software S.A. (Gdynia, 12 lat i 4 miesiące doświadczenia), "
- 5) braku wskazania, jakimi wadami lub brakami dotknięte jest oświadczenie Odwołującego w tym zakresie.

Opisanym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 PZP przez nienależyte zastosowanie i prowadzenie przez Zamawiającego procedury wyboru ofert w sposób wadliwy i sprzeczny z kryteriami określonymi w SIWZ, a w konsekwencji błędną ocenę kryterium posiadanego doświadczenia przez kierownika obiektu wskazanego w ofercie Odwołującego co skutkowało przyznaniem z tego tytułu wyłącznie 9 pkt za 8 lat i 2 miesiące posiadanego doświadczenia, podczas gdy prawidłowa ocena omawianego kryterium doprowadziłaby do ustalenia, że kierownik obiektu Odwołującego posiada co najmniej 20 lat i 6 miesięcy doświadczenia, zatem Odwołujący powinien otrzymać 15 pkt z tytułu kryterium określonego w pkt XVI.6.4. SIWZ, przy czym powyższe doprowadziło do naruszenia

- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 a PZP przez jego nienależyte zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty SODEXO Polska Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 3) art. 92 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt. 5 PZP przez rozpatrzenie ofert w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości polegające na zaniechaniu sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia wyjaśniającego, jakimi przesłankami Zamawiający kierował się przyznając Odwołującemu punktację w zakresie kryterium "doświadczenie kierownika obiektu", co utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej,
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4, względnie art. 26 ust. 3 PZP przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co polegało na nałożeniu na Odwołującego obowiązku dodatkowego udowadniania, że kierownik obiektu Odwołującego posiada wskazaną w formularzu oferty liczbę lat doświadczenia, podczas gdy w stosunku do pozostałych wykonawców za wystarczające zostało uznane złożenie samego oświadczenia, jak również wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium „doświadczenia kierownika obiektu” w oparciu i na podstawie przedłożonego przez Odwołującego dokumentu „Wykaz doświadczenia zawodowego”, pomimo, że przedmiotowy dokument nie był wymagany w SIWZ, a jego przedłożenie wynikało z dobrej woli Odwołującego;
a w konsekwencji naruszenie
- 5) art. 7 ust. 1 PZP przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 6) art. 26 ust. 4, względnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez ich wadliwe zastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z oświadczeniem zawartym w ofercie odnośnie doświadczenia kierownika obiektu wraz z wykazem doświadczenia kierownika obiektu, pomimo że Zamawiający powziął wątpliwości co do doświadczenia zdobytego przez kierownika obiektu Pana Z. R. w firmie Prokom Software S.A. (Gdynia), a w konsekwencji nie przyznał punktów Odwołującemu z tytułu doświadczenia zdobytego przez kierownika obiektu w trakcie pełnienia świadczeń dla Prokom Software S.A., podczas gdy wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień umożliwiłoby mu wykazanie, że Pan Z. R. pełnił obowiązki kierownika obiektu dla powyższego podmiotu, co stanowiło naruszenie zasady jawności i uczciwej konkurencji.

W związku z zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części dotyczącej kryterium „doświadczenie kierownika obiektu” i przyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby 15 pkt w ramach tego kryterium,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku w pkt 2), o nakazanie Zamawiającemu:

- 3) wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących czynności jakie wykonywał kierownik obiektu Odwołującego w ramach nabytego doświadczenia w Prokom Software S.A. (Gdynia) oraz Sigilogic Sp. z o.o., względnie
- 4) wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 PZP, do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie wskazanego w ofercie doświadczenia przez kierownika obiektu Odwołującego.

Równocześnie wnosi o:

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania i wskazanych w treści odwołania oraz na rozprawie,
- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:
 - a) Z. R. (na adres Odwołującego) na okoliczność zakresu obowiązków pełnionych w firmach Prokom Software S.A. (Gdynia) oraz Sigilogic Sp. z o.o., sprawowania funkcji kierowniczych w tych firmach,
 - b) T. K. (wezwanie na adres: ul. Wzgórze Bernadowo 75c/2, 81-583 Gdynia) na okoliczność zakresu obowiązków pełnionych w firmach Prokom Software S.A. (Gdynia) oraz Sigilogic Sp. z o.o., sprawowania funkcji kierowniczych w tych firmach,

Odwołujący może ponieść szkodę na skutek braku wyboru jego oferty w Postępowaniu. Odwołujący posiada zatem interes uprawniający go do wniesienia odwołania.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutów i żądań.

Zamawiający nie uznał ponad 22 lat doświadczenia kierownika obiektu Odwołującego, co skutkowało przyznaniem tylko 9 pkt na 15 możliwych do uzyskania w ramach kryterium „doświadczenie kierownika obiektu. W związku z tym oferta Odwołującego otrzymała łącznie 91,26 pkt. Konkurencyjna oferta Sodexo Polska Sp. z o.o. uzyskała łącznie 92,95 pkt i została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie zaledwie jednego roku doświadczenia kierownika obiektu Odwołującego z ogólnej liczby ponad 22 nieuwzględnionych lat, doprowadziłoby do wybrania oferty Odwołującego. Zgodnie z SIWZ za każdy rok doświadczenia powyżej 5 lat należało bowiem doliczyć 3 punkty.

Przedmiot zamówienia – Obsługa, ma obejmować okres od 1 lutego 2019 r. do 31 stycznia 2023 r. Stosownie do rozdziału IV siwz - „Warunki przystąpienia do przetargu”, pkt. 2.3, ust. 2) lit. j, wykonawca musi zatrudniać „co najmniej jedną osobę do funkcji kierownika na obiekcie (nieruchomości) koordynującego obsługę świadczonej usługi serwisu technicznego

na nieruchomości posiadającą doświadczenie w zakresie sprawowanej funkcji kierownika budynku użyteczności publicznej wyposażonego w klimatyzację i wentylację min. 5 lat > posiadającą aktualne badania med. pracy uprawniające do pracy na wysokości pow. 3 m".

Stosownie do r. V SIWZ - Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków", wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia m.in. wypełnionego formularza ofertowego stanowiącego zał. 2 do SIWZ oraz oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oświadczenie to znajduje się w Dokumentcie JEDZ.

Stosownie do ust. 2 r. V SIWZ, zgodnie z art. 26 ust. 1 PZP przed udzieleniem zamówienia, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej: oceniona do złożenia (...) oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, m.in. (lit. f) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 3 do SIWZ oraz (lit g) zgodnego z zał. 3 do SIWZ wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia potwierdzających posiadanie przez wykonawcę wymaganego potencjału kadrowego, zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu określonymi przez Zamawiającego w treści r. IV pkt. 2.3 ust. 2 SIWZ.

Stosownie do r. XVI SIWZ - „Wybór oferty” do kryterium „doświadczenie kierownika obiektu” przypisana była waga wynosząca 15% ogólnej punktacji. Zgodnie z punktem 6.4. rozdziału, kryterium to jest zależne od wskazanego przez wykonawcę doświadczenia kierownika obiektu wyznaczonego do realizacji zamówienia w formularzu oferty. Powyższa informacja nie podlega uzupełnieniu i wyjaśnieniom. Brak informacji potwierdzających posiadane doświadczenie wskazanego w wykazie pracownika skutkować będzie niemożnością przyznania punktów w kryterium. Wykonawca otrzyma w przedmiotowym kryterium nie więcej niż 15 pkt. Zamawiający przyzna 3 pkt za każdy dodatkowy rok doświadczenia kierownika obiektu ponad minimalny wymagany okres doświadczenia wynoszący 5 lat.

Stanowiący zał. 2 do SIWZ zawierał następujące oświadczenie: „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika obiektu w sprawowaniu tej funkcji wynosi ... lat (minimum 5). Imię i nazwisko tej osoby

W dniu 29.11.2018 r., Odwołujący doręczył Zamawiającemu formularz oferty. Jako kierownika obiektu Odwołujący wskazał Pana Z. R., posiadającego 30-letnie doświadczenie pracy na stanowisku kierownika obiektu.

Pismem z 13 grudnia 2018 r., na podstawie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 aa Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, w tym (lit. f) wykazu osób zgodnego ze wzorem stanowiącym zał. 3 do SIWZ, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu

czynności wykonywanych przez te osoby oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W odpowiedzi, w piśmie z 19 grudnia 2018 r. Odwołujący złożył komplet dokumentów, w tym „Wykaz osób” stanowiący zał. 3 do SIWZ. Dodatkowo, mając na względzie zasady profesjonalizmu i przejrzystości działania, załączył niewymagany dokument prywatny w postaci „Wykazu doświadczenia zawodowego personelu dedykowanego do obsługi CNK”. Przedmiotowy wykaz zawierał zestawienie doświadczenia zdobytego przez kierownika obiektu Pana Z. R., wraz z opisem jego stanowiska.

Pismem z 10 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 PZP, a to w związku z otrzymanymi dokumentami oraz z uwagi na otrzymane informacje, które budzą u Zamawiającego wątpliwości. W treści pisma wskazano, że: „Zamawiający powziął informację wzbudzającą wątpliwości co do zadeklarowanej ilości lat doświadczenia wskazanego do pełnienia roli kierownika obiektu Pana Z. R.; którego doświadczenie zgodnie z zapisami zał. nr 3 do SIWZ powinno zawierać koordynowanie obsługi świadczonej usługi serwisu technicznego na nieruchomości z posiadającą doświadczenie w zakresie sprawowanej funkcji kierownika budynku użyteczności publicznej wyposażonego w klimatyzację i wentylację min. 5 lat, posiadającą aktualne badania medycyny pracy uprawniające do pracy na wysokości powyżej 3 m”. Zamawiający wskazał, że ma wątpliwości odnośnie doświadczenia Z. R. zdobytego w trakcie zatrudnienia w firmie Prokom Computer (8 lat i 6 m-cy) oraz w ramach pełnienia świadczenia na rzecz Sigilogic Sp. z o.o. (2 lata i 1 m-c). Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia opisanych powyżej wątpliwości.

Pismem z 14 stycznia 2019 r. Odwołujący w odpowiedzi wskazał, że nawet w przypadku pominięcia doświadczenia zdobytego w Prokom Computer, pozostałe doświadczenie w roli kierownika obiektu przekracza okres 5 lat sprawowania funkcji kierownika obiektu w budynku użyteczności publicznej wyposażonego w klimatyzację mechaniczną. Odwołujący wskazał ponadto, że w ramach samozatrudnienia w Sigilogic Sp. z o.o. Pan R. pracował jako kierownik zespołu technicznego odpowiedzialnego za kompleksowe wdrożenie, uruchomienie i eksploatację systemów automatyki w budynkach Royal Wilanów oraz Atlantic.

W dniu 22 stycznia 2019 r. Komisja Przetargowa, dokonując oceny kryterium „doświadczenie kierownika obiektu” wskazała, że „W związku z różnicą w formularzu Oferty Agis, a treścią dodatkowych, niewymaganych przez Zamawiającego dokumentów, które zostały dobrowolnie przekazane przez wykonawcę Agis Zamawiającemu, komisja postanowiła ocenić doświadczenie Pana R. na podstawie otrzymanych wyjaśnień oraz otrzymanego dokumentu.

W związku z powyższą czynnością Członkowie Komisji uznali, że Pan R. posiada niezbędne doświadczenie kierownika obiektu (...) w wymiarze 8 lat i 2 miesiące. Na powyższy termin doświadczenia Członkowie Komisji zaliczyli doświadczenie wskazane w punkcie 3, 4 i 6 tabeli zatytułowanej „Wykaz doświadczenia zawodowego personelu.

W związku z zaniechaniem akceptacji części okresów doświadczenia Z. R., oferta Odwołującego otrzymała 9/15 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika obiektu” i zajęła drugie miejsce z 91,26 punktów, za Sodexo Polska sp. z o.o., która uzyskała 92,95 punktów.

II. Uzasadnienie zarzutów

1. Wadliwa ocena kryterium „doświadczenia kierownika obiektu” (art. 91 ust. 1 i art. 2 pkt. 5)

Zamawiający w sposób wadliwy ocenił doświadczenie Pana Z. R. w ramach pełnionych przez niego funkcji, co skutkowało nieuwzględnieniem doświadczenia zdobytego podczas pracy w:

1) Prokom Software S.A. w Gdyni (wcześniej pod nazwą Prokom International sp. z o.o. i Prokom Software System sp. z o.o. - spółki połączyły się) -12 lat i 4 miesiące, od 1 grudnia 1995 r. do 31 marca 2008 r. - kierownik zespołu projektowego oraz zespołów wykonawczych instalacji teletechnicznych, elektrycznych i klimatyzacyjnych,

2) Sigilogic Sp. z o.o. - 2 lata i 1 miesiąc, od kwietnia 2014 do kwietnia 2016 r. - nadzór i wykonawstwo instalacji elektrycznych, systemów bezpieczeństwa i klimatyzacji.

Powyższe funkcje pełnione przez Z. R. należy uznać ze spełniające warunek przewidziany w SIWZ, tj. koordynowanie obsługi świadczonej usługi serwisu technicznego na nieruchomości, posiadanie doświadczenia w zakresie sprawowanej funkcji kierownika budynku użyteczności publicznej wyposażonego w klimatyzację, i wentylację. Doświadczenie powinno zatem zawierać w sobie 3 elementy:

1) koordynację,

2) świadczenie usługi serwisu technicznego na nieruchomości,

3) pełnienie funkcji kierownika budynku użyteczności publicznej wyposażonego w klimatyzację i wentylację.

Punkt 1) stanowi de facto element sprawowania funkcji kierownika budynku. Należy zatem zbadać, czy w ramach poprzednio pełnionych funkcji do obowiązków Pana R. mieściła się koordynacja serwisu technicznego na nieruchomości oraz pełnienie funkcji kierownika budynku. Na te pytania należy odpowiedzieć twierdząco. Do obowiązków Z. R. należało m.in.:

1) w Prokom Software S.A. (Gdynia) - pełnienie obowiązków kierownika obiektu z budynkach ZETO położonym przy ul. Żwirki i Wigury 15 w Gdyni oraz Prokom Software S.A. przy ul. Podolskiej 21 w Gdyni. Do podstawowych obowiązków Z. R. należało kierowanie

zespołem technicznym odpowiedzialnym za utrzymywanie infrastruktury budynków, w tym systemów: zasilania podstawowego i gwarantowanego oraz teletechnicznych (m.in. okablowanie strukturalne, sygnalizacja pożaru, detekcja CO, kontrola dostępu, BMS, monitoring wizyjny), klimatyzacji i wentylacji, oświetlenia wewnętrznego i zewnętrznego;

2) w Sigilogic Sp. z o.o.: pełnienie obowiązków kierownika technicznego przy realizacji prac Sigilogic nad obiektami: Royal Wilanów (realizacja ER-BUD), Atlantic (Ghelamco), DORACO (Muzeum Archidiecezji Warszawskiej). W ramach obowiązków kierowniczych Z. R. był odpowiedzialny za uruchomienie i przekazanie do eksploatacji oraz eksploatację infrastruktury teletechnicznej obiektów. Koordynował również prace w zakresie systemów energetycznych, klimatyzacji i wentylacji oraz bezpieczeństwa.

Powyższe obowiązki z całą pewnością składają się na funkcje koordynacji serwisu technicznego i kierownictwa obiektu.

Dowód: 1) Świadectwo pracy Z. R. z Asseco Poland S.A. (następca prawny Prokom Software S.A.)-w załączeniu.

2) Umowa o pracę z 30.11.1995 r. z Prokom International S.A. (poprzednik prawny Prokom Software S.A.).

3) Umowa zlecenia nr 144/95 z dnia 30 listopada 1995 r. z Prokom Software System sp. z o.o. (poprzednik prawny Prokom Software S.A.) - w załączeniu.

4) Oświadczenie członka zarządu Prokom Software Sp. z o.o. z KRS spółki

5) Oświadczenie członka zarządu Sigilogic z wydrukiem KRS spółki.

6) Zeznania świadka Z. R. i świadka T. K..

W świetle powyższego Zamawiający powinien uwzględnić doświadczenie Z. R. zdobyte w powyższych firmach i przyznać ofercie 15 punktów z tego tytułu. Wątpliwości budzi również niekonsekwencja Zamawiającego, który uznał doświadczenie Z. R. zdobyte w firmie Prokom Śląska sp. z o.o. oraz Prokom Software S.A. w okresie 2008-2014, których to opis w zasadzie pokrywa się z opisem doświadczenia zdobytego w firmie Prokom Software S.A. (Gdynia) w latach 1995-2008. Co więcej, praca dla Prokom Software S.A. w latach 2008-2013 stanowiła w zasadzie kontynuację pracy w latach 1995-2008, zatem zakres obowiązków Z. R. zmienił się jedynie w niewielkim zakresie. Ta niekonsekwencja Zamawiającego świadczy o wadliwej ocenie ofert, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza zgodnie z SIWZ.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt. 5 jednym z kryteriów wyboru ofert jest doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. O ile zatem oparcie się na kryterium doświadczenia przy wyborze ofert, jak również mechanizm przydzielania punktów z tego tytułu (3 pkt. za rok doświadczenia ponad 5 lat) nie budzi wątpliwości, to ocena w tym zakresie dokonana przez Zamawiającego musi być uznana za wadliwą.

2. Brak uzasadnienia dla oceny kryterium „doświadczenia kierownika obiektu” (art. 92 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt. 5 PZP)

Zamawiający nie wykazał, dlaczego, jego zdaniem, doświadczenie Z. R. we wskazanych okresach nie może zostać uwzględnione. Przekazując wykonawcom informacje w zakresie określonym w art. 92 ust. 1 PZP Zamawiający zobowiązany był podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla dokonanych czynności. W informacji powinny być wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna czynności, uzasadniające prawidłowość ich podjęcia. Wypełnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji zasad prowadzenia postępowania, w szczególności jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości (M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Przesłanki, jakimi kierował się Zamawiający, są niejasne, co samo w sobie stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 PZP. Zgodnie z orzecznictwem KIO wszelkie ewentualne niejasności zawartych w SIWZ opisów, które ujawnią się dopiero na etapie oceny ofert, należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, który wskutek niekorzystnej dla niego interpretacji poniósłby szkodę w postaci otrzymania gorszej oceny przedstawionych przez siebie informacji.

Ponadto, w przypadku zastosowania indywidualnego kryterium oceny ofert, zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu oceny ofert, w taki sposób, aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert złożonych w postępowaniu, w oparciu o ustalone przez siebie mierniki oceny. W tym celu zamawiający winien podać swoje preferencje i określić wskazówki, jakimi będzie się kierował, przyznając punkty poszczególnym ofertom (KIO 2653/11; wyrok KIO 1414/18).

W doktrynie wskazuje się, że w przypadku zastosowania indywidualnego kryterium oceny ofert, Zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu oceny ofert w taki sposób, aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert złożonych w postępowaniu, w oparciu o ustalone przez siebie mierniki oceny. W tym celu Zamawiający powinien podać swoje preferencje i określić wskazówki, jakimi będzie się kierował, przyznając punkty poszczególnym ofertom. Zatem ocena ofert nie może być zupełnie dowolna, ale powinna zostać sprecyzowana i opisana za pomocą podkryteriów, jakimi Zamawiający będzie się kierował, oceniając zaproponowany przedmiot zamówienia.

Zamawiający na początku nie określił w SIWZ jakie czynności uznaje za pełnienie funkcji kierownika obiektu, a następnie z niejasnych przyczyn nie uwzględnił 22 lat doświadczenia kierownika obiektu Odwołującego, nie przedstawiając uzasadnienia faktycznego. Za należyte

uzasadnienie nie można bowiem uznać wskazania w protokole z 22.01.2019 r., że Zamawiający, opierając się na dokumencie przekazanym przez Odwołującego postanowił uznać doświadczenie kierownika obiektu dotyczące określonych pozycji dokumentu. Takie stwierdzenie nie daje Odwołującemu żadnej możliwości ustosunkowania się, do stawianych przez Zamawiającego zarzutów. Zamawiający był zatem zobowiązany do wskazania konkretnej przyczyny, dla której doświadczenie kierownika obiektu zostało uznane za niedostateczne. Brak takiego uzasadnienia czyni decyzję gołosłowną, a dodatkowo narusza prawo Odwołującego do skutecznej obrony swojej oferty przed skutkami braku rzetelności po stronie Zamawiającego (wyrok KIO 1106/15).

3. Naruszenie zasady równego traktowania przez wymaganie od Odwołującego wykazywania faktów w stosunku do których wystarczające było złożenie oświadczenia oraz w oparciu o dokument nie wymagany (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ew. 26 ust. 3 PZP)

Już samo żądanie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w stosunku do informacji, co do których wymagane było jedynie złożenie stosownego oświadczenia stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. W sytuacji, w której dowodem na spełnienie określonego warunku miało być złożenie oświadczenia w formularzu oferty, bez wymagania przedstawienia w tym zakresie dodatkowych dokumentów potwierdzający ten fakt, to właśnie to oświadczenie powinno stanowić wystarczający dowód na to, że wykonawca spełnił określony warunek (KIO 927/14). W sprawie miała miejsce sytuacja, w której Zamawiający wymagał od Odwołującego dowodów na okoliczność, którą pozostali wykonawcy zrealizowali w uproszczonej formie, za pomocą oświadczenia.

W doktrynie wskazuje się, że żądanie przez zamawiającego złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 PZP powinno zostać skierowane do wszystkich wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji. W innym wypadku takie żądanie naruszałoby zasady równego traktowania z art. 7 ust. 1 (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Zamawiający skierował wezwanie jedynie do Odwołującego, pomimo tego, że to Odwołujący z własnej woli przedstawił wykaz doświadczenia swoich pracowników.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Sytuację, w której tylko jeden spośród wykonawców wzywany jest do złożenia wyjaśnień odnośnie konkretnego kryterium oceny ofert - pomimo, że nie ma żadnych informacji (za wyjątkiem oświadczeń), czy inni wykonawcy te kryterium spełniają i w jakim stopniu - należy uznać za naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wątpliwości budzi również sam fakt wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w oparciu o dokument („Wykaz doświadczenia zawodowego personelu”) przedłożony przez Odwołującego, który nie był wymagany przez SIWZ. Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 PZP wyraźnie bowiem stanowią, że Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, tj. dokumentów lub oświadczeń potwierdzających: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia, które zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub zaproszeniu do składania ofert. Literalna wykładnia powyższych przepisów wskazuje zatem, że Zamawiający nie mógł żądać od Odwołującego wyjaśnień w zakresie dokumentu, którego przedłożenia nie wymagał SIWZ. Wątpliwości Zamawiającego powstały bowiem nie na podstawie oświadczenia złożonego przed Odwołującego w formularzu ofertowym, lecz po przedłożeniu przez niego prywatnego dokumentu w postaci wykazu. Normy art. 26 ust. 3 i 4 PZP nie odnoszą się do sytuacji samodzielnego złożenia przez wykonawcę określonych dokumentów i oświadczeń niezbędnych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy oceny ofert, bez wezwania zamawiającego. Zamawiający podejmując działania w stosunku do tak uzupełnionej oferty winien kierować się zasadami określonymi w art. 7 PZP, przede wszystkim zasadą równego traktowania wykonawców (KIO 2007/17). W sprawie jest to o tyle istotniejsze, że przedłożony wykaz nie był dokumentem niezbędnym, gdyż wystarczające do wykazania doświadczenia miało być samo oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający mógł zatem wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień jedynie w zakresie informacji, jakie były zawarte w oświadczeniu o posiadanym doświadczeniu z formularza ofertowego, lub wykazu stanowiącego zał. 3 do SIWZ. Wzywanie do składania wyjaśnień w zakresie innych dokumentów to naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 (Wyrok UZP/ZO/O-1128/07).

4. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia kierownika obiektu Pana Z. R. w firmie Prokom Software S.A. (art. 26 ust. 4, względnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP)

Abstrahując od zarzutu przedstawionego w punkcie 3 powyżej, nawet w sytuacji uznania za zasadne wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, to samo wezwanie należy uznać za wadliwe, jako niespełniające warunków przewidzianych przez przepisy prawa.

Pismem z 10 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień z uwagi na wątpliwości odnośnie doświadczenia Pana Z. R. w firmie Prokom Computer Sp. z o.o. (8 lat i 6 miesięcy) oraz w ramach pełnienia świadczenia na rzecz Sigilogic Sp. z o.o. (2 lata i 1 miesiąc). Zamawiający nie wskazał przy tym, aby wystąpiły wątpliwości w zakresie doświadczenia Pana Z. R. w firmie Prokom Software S.A. (Gdynia). W związku z taką treścią wezwania Odwołujący nie przedstawiał żadnych wyjaśnień w tym zakresie, gdyż wezwanie

Zamawiającego w sposób precyzyjny wskazywało (poprzez wskazanie nazw firm oraz okresów pracy), co do których okresów doświadczenia Pana Z. R. Zamawiający powziął wątpliwości.

Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości również w zakresie doświadczenia zdobytego przez Pana Z. R. w latach 1995-2008, to zobowiązany był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do tego okresu, tak jak uczynił to w stosunku do innych okresów. Jeżeli konkretny aspekt oferty oceniany jest negatywnie, to Zamawiający zobowiązany jest zastosować art. 26 ust. 3, względnie ust. 4 PZP celem wyjaśnienia wątpliwości związanych ze spełnieniem lub niespełnieniem przez wykonawcę danego kryterium. Dopiero gdy ocena uzupełnionych dokumentów czy oświadczeń skutkować będzie negatywnym wynikiem dla wykonawcy, dopiero wówczas możliwe jest wyciągnięcie z tej okoliczności określonych skutków, w tym wypadku nie przyznanie punktów z tytułu kryterium.

Za skuteczne nie można w tym wypadku uznać wezwania z 10.01.2019 r., które odnosiło się do innych okresów doświadczenia. Zgodnie z powszechnie panującym poglądem wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, aby mogło być uznane za skuteczne, musi w swojej treści zawierać wskazanie, jakimi konkretnie wadami/brakami dotknięte są złożone przez wykonawcę dokumenty lub jakich dokumentów on nie złożył oraz wskazanie, jakie dokumenty lub informacje wykonawca: musi w związku z tym uzupełnić (KIO 781/18). Zamawiający zatem powinien każdorazowo, korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 3 PZP podać wykonawcy konkretnie, jakie braki znajduje w jego ofercie i w jaki sposób powinny zostać uzupełnione (KIO 366/17; KIO 1020/14; KIO 1031/14). Wezwanie Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2019 r. tych warunków nie spełnia, zarówno co do przedmiotu wezwania, jak i sposobu, w jaki Odwołujący miał wyjaśnić określone wątpliwości.

W sytuacji, gdy Zamawiający nie dochował staranności przy ocenie oświadczenia Odwołującego, bez względu na to, czy rzekoma nieścisłość w oświadczeniu Odwołującego mogła być wyjaśniona, uznanie iż zachodzi podstawa do nieuwzględniania przy ocenie ofert oświadczenia Odwołującego prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Aby zapewnić transparentność czynności Zamawiającego i ograniczyć ryzyko nieprawidłowych ocen, wszelkie niejasności powinny być wyjaśnione przed podjęciem decyzji, na właściwym etapie postępowania. Dotyczyć to może dokumentów tak pochodzących od zamawiającego (SIWZ), jak i wykonawców (KIO 1293/17). Jeśli zatem Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, to nie mógł następnie przyjąć niekorzystnej dla Odwołującego interpretacji złożonego oświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, działanie Zamawiającego polegające na nieuwzględnieniu kluczowych dla rozstrzygnięcia przetargu okresów doświadczenia Pana R. przy ocenie kryterium „doświadczenie kierownika obiektu” jest wadliwe oraz sprzeczne z prawem.

Mając na uwadze całokształt podniesionej argumentacji, wnoszę jak na wstępie.

Załączono świadectwo pracy Z. R. z Prokom Software S.A., umowę o pracę z dnia 30 listopada 1995 r., umowę zlecenia nr 144/95 z 30 listopada 1995 r., oświadczenie członka zarządu Prokom Software Sp. z o.o. wraz z wydrukiem KRS, oświadczenie członka zarządu Sigilogic sp. z o.o. wraz z wydrukiem KRS.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że dokonał otwarcia ofert dnia 30 listopada 2018 r. wymagając złożenia w ofercie oświadczenia o związaniu ofertą w terminie 60 dni od dnia otwarcia ofert. Termin związania ofertą odwołującego upłynął dnia 29 stycznia 2019 r. i odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa wynikającego z art. 85 ust. 2 ustawy do dobrowolnego przedłużenia terminu związania ofertą.

Złożenie oferty po terminie związania ofertą wywołuje skutki prawne tj. odwołujący utracił prawo do złożenia odwołania. Mając na uwadze powyższy stan zamawiający stwierdził, że środki ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu już nie przysługują odwołującemu. Treść przywołanego przepisu jednoznacznie wskazuje, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przesłanki te muszą wystąpić kumulatywnie. Uwzględnienie odwołania wniesionego przez wykonawcę zainteresowanego wzruszeniem decyzji zamawiającego będzie skutkowało koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W wyniku tych czynności zamawiający nie mógłby dokonać wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

W konsekwencji wykonawca wnoszący odwołanie, w efekcie którego konieczne byłoby powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, nie jest w stanie wykazać interesu w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody, rozumianej w tym wypadku jako utrata możliwości pozyskania zamówienia (nawet jeśli odwołanie okazałoby się zasadne). Odwołanie wobec którego nie zostały spełnione materialno-prawne przesłanki jego wniesienia – podlega oddaleniu bez jego merytorycznego rozpoznania. Na poparcie wskazał orzecznictwo KIO.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących prowadzonej oceny ofert zamawiający wskazał, że po ustaleniu wstępnej klasyfikacji punktowej w poszczególnych kryteriach, wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust 1 do złożenia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp.

Otrzymał w piśmie z 20.12.2018 r. nieżądany Wykaz doświadczenia zawodowego personelu AGIS Management Group sp. z o.o. dedykowanego do obsługi zamawiającego. Załącznik w postaci tabeli dot. pana R. wyznaczonego do sprawowania funkcji kierownika obiektu,

zawierał w swej treści informacje stojące w sprzeczności z oświadczeniem w Formularzu oferty.

Zamawiający uznał, że miał podstawy do oceny dokumentu, który nie był obligatoryjny i został dostarczony z własnej inicjatywy wykonawcy, a stanowił oświadczenie własne odwołującego stanowiące element oferty. Gdyby zamawiający nie otrzymał takiej informacji, a z innych źródeł ustalił, że nie wykazano doświadczenia zgodnego z oświadczeniem w ofercie, byłby zmuszony do uznania, iż doszło do wprowadzenia go w błąd. Siwz w rozdziale XVI pkt 6.4 wskazuje, iż doświadczenie kierownika obiektu dotyczy zadań kierownika obiektu stanowiącego budynek użyteczności publicznej wyposażonego w klimatyzację i wentylację mechaniczną. Stanowisko takie nie jest zdefiniowane w przepisach prawa, jednak przyjmuje się, że osoba taka jest odpowiedzialna za nadzorowanie i koordynowanie całokształtu prac administracyjno-technicznych związanych z bieżącym funkcjonowaniem obiektu, co potwierdza także opz. Zamawiający nie przyjmuje argumentacji jakoby doświadczenie polegające z grubsza na projektowaniu należało uznać za spełniające przedmiotowy warunek stanowiący kryterium. Zauważona niezgodność oferty i pozostałe wątpliwości mimo zastrzeżenia w siwz o niepodleganiu uzupełnieniu została przez zamawiającemu objęta postępowaniem wyjaśniającym. Zamawiający uznał, że wymóg doświadczenia dotyczy budynku odebranego i objętego użytkowaniem. Przedstawione dokumenty, w tym świadectwa pracy dotyczące pracy w zespole projektowym i zespołach wykonawczych, w ocenie zamawiającego nie potwierdzają spełnienia wymogu. Zamawiający wskazał jako ewentualne rozstrzygnięcie odrzucenie oferty odwołującego tudzież wykluczenie go z postępowania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszono przystąpienie po stronie zamawiającego.

W toku posiedzenia oraz rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący odnośnie do terminu związania ofertą, która to okoliczność stanowi pierwszy zarzut Zamawiającego, stwierdził, iż jest to wymóg formalny, a bieg terminu związania ofertą powinien się zakończyć z terminem zakończenia postępowania odwoławczego. Fakt złożenia odwołania stanowi potwierdzenie, iż Odwołujący zamierza uzyskać zamówienie i ma w związku z tym interes w rozumieniu art. 179 ustawy PZP. Powołał orzeczenie KIO 1912/17 wskazując, iż argumentacja Zamawiającego nie ma znaczenia, gdyż gdyby nie doszło do naruszeń ze strony Zamawiającego prawidłowy wybór oferty nastąpiłby w terminie związania ofertą. Wskazał także uchwałę 43/15 z 11.08.2015 oraz przedstawił argumentację wywiedzioną z art. 89 PZP oraz wykładnię oświadczeń woli i ich zmiany na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. Merytorycznie wskazał na wykaz doświadczenia personelu załączonego do pisma z 19.12.2018, co do którego sporne są pozycje 2 i 5. W odpowiedzi

na odwołanie Zamawiający zakwestionował doświadczenie z pkt 2 wykazu, gdzie wskazano stanowisko kierownika zespołu projektowego oraz zespołów wykonawczych instalacji teletechnicznych, elektrycznych i klimatyzacyjnych w firmie Procom Software S.A. w Gdyni ze stażem 12 lat i 4 miesiące. Przed wyborem oferty Zamawiający nie podnosił zastrzeżeń do powołanego punktu, lecz do pkt 1 i 5. Stwierdził, że p. R. pełnił funkcję kierownika technicznego kilku obiektów w jednym czasie, funkcję tę można też określić jako project manager i jest ona tożsama z wymogiem specyfikacji (pkt 6.4 rozdz. XVI).

Przypomniał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13.12.2018, w którym zażądano w pkt f informacji wykraczających poza wymogi (doświadczenie), złożył wykaz, którego treść i ocena stanowi przedmiot oceny i sporu. Zauważył, że w przeciągu wielu lat stosowano różne nazewnictwo dla pełnionych funkcji odpowiadających wymogom z pkt 6.4 SIWZ, nazwy te były zróżnicowane także w zależności od rodzaju podmiotu, złożoności struktury organizacyjnej, a także związku z międzynarodowym charakterem organizacji – korporacji. Przypomniał przebieg postępowania Zamawiającego, w tym żądanie złożenia dokumentów, niemające podstawy w postanowieniach specyfikacji oraz w ustawie, na które jednak odpowiedział pozytywnie. Wezwanie to z 10.01.2019 dotyczyło jedynie pozycji 1 i 5, Podkreślił dokonaną przez Zamawiającego błędną ocenę przedstawionego doświadczenia. Wskazał na definicję budynku użyteczności publicznej, zawartą w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy prawo budowlane (§ 3 pkt 6 rozporządzenia, kategoria zbiorcza – budynki biurowe). Przypomniał, że wykazał doświadczenie w wymiarze 30 lat przy wymogu 15 lat dla otrzymania maksymalnej punktacji, a wg oceny Zamawiającego do tej punktacji zabrakło doświadczenia w wymiarze 1 roku, a nawet krócej, tj. około 10 miesięcy. Podkreślił, że konsekwentnie przedstawiał wyjaśnienia na temat zadeklarowanego doświadczenia, a Zamawiający ma wiedzę, iż budynek Zeto był oddany do użytku w latach 80-tych, a Prokom (ul. Podolska) w roku 2000.

Zamawiający w zakresie upływu terminu związania ofertą stwierdził, że Odwołujący utracił interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy PZP wobec upływu tego terminu przed wniesieniem odwołania. Potwierdził, iż pełnienie funkcji wskazanych w pozycji 2 wykazu istotnie nie budziło jego wątpliwości co do rodzaju czynności kierownika. Stwierdził, że także świadectwo pracy załączone do odwołania potwierdza, że p. R. pełnił funkcję projektanta, a nie kierownika obiektu. Przypomniał, że obiekty przedstawione w wykazie, o których także mowa w oświadczeniu p. T. K., załączonego do odwołania, nie miały charakteru obiektów użyteczności publicznej, co jest wymogiem specyfikacji. Zamawiający stwierdził, że nie przedstawiono informacji, czy i kiedy deklarowane obiekty zostały oddane do użytkowania, a tym samym uzyskały status budynku użyteczności publicznej.

Wskazał nadto na pismo Odwołującego z 14.01.2019, w którym w pkt III wskazano na ewentualność pominięcia okresu zatrudnienia w Prokom Computer sp. z o.o. w Gdyni (poz. 1 wykazu), co może wskazywać na wątpliwości wykonawcy, co do zasadności uwzględnienia tego okresu przy określaniu doświadczenia.

Przystępujący stwierdził, że pojęcie kierownik techniczny funkcjonowało w branży także w latach 90-tych i nie jest ono tożsame z nazwami wskazanymi przez Odwołującego w pozycjach 1, 2 i 5 złożonego wykazu (odpowiednio serwisant, kierownik zespołu projektowego oraz nadzór i wykonawstwo instalacji).

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania, natomiast nie jest przesłanką formalną skutkującą odrzuceniem odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu.

Mając na celu ocenę faktu posiadania przez Odwołującego legitymacji do wniesienia rozpoznawanego odwołania, Izba ustaliła, że na mocy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający określił termin związania wykonawców złożoną

przez nich ofertą na okres 60 dni, a termin ten rozpoczynał się od dnia otwarcia ofert i w okolicznościach niniejszego postępowania upływał dnia 29 stycznia 2019 r. Ze strony zamawiającego wskazanie terminu jest wymogiem opisanym w specyfikacji, natomiast wiążące dla oceny jest oświadczenie wykonawcy w tym względzie złożone w treści formularza oferty na stronie 2 w pkt 1. w drugim akapicie od końca. Postanowienie o początku biegu terminu związania ofertą stanowi w istocie powielenie regulacji zawartej w art. 85 ust. 5 ustawy pzp, który stanowi, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, z uwzględnieniem przepisu art. 86 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym termin otwarcia ofert jest tożsamy z końcowym terminem ich składania.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. W ocenie Izby z powołanego przepisu wynika konieczność utrzymania przez wykonawcę stanu związania złożoną przez siebie ofertą. Mowa w nim wyraźnie o przedłużeniu, a zatem o utrzymaniu stanu związania ofertą przed jego upływem.

W rozpoznawanej niesporne jest, że odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało dnia 1 lutego 2019 r., a zatem po upływie terminu związania ofertą.

Skład orzekający nie podziela przy tym stanowiska odwołującego przedstawionego w toku rozprawy, iż termin związania ofertą powinien ulec zawieszeniu do chwili zakończenia postępowania odwoławczego. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy pzp w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. W sprawie rozpatrywanej istotnie odwołanie zostało wniesione po upływie terminu składania ofert, jednakże zastosowanie przepisu wskazanego w zdaniu poprzednim jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy wniesienie odwołania następuje w okresie związania ofertą. Oczywiste jest bowiem, że nie da się zawiesić biegu terminu, który już upłynął.

Kierując się tak dokonanymi ustaleniami, Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Zgodnie z powołanym przepisem odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. O ile w rozpoznawanym przypadku, uznać należało, iż Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, złożył bowiem ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, to brak już było podstaw do przesądzenia, iż na dzień wniesienia odwołania mógłby on ponieść szkodę w wyniku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Należy bowiem zauważyć, że hipotetyczne

uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania, doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsekwencją tej czynności byłaby kolejna czynność polegająca na badaniu i ocenie ofert. W jej wyniku oferta złożona przez odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na fakt, iż nie występowałby stan związania ofertą odwołującego. Oznaczałoby to w obowiązującym stanie prawnym zaistnienie jednoznacznej przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp, który w ocenie składu orzekającego miałby w takim stanie faktycznym zastosowanie, a tym samym wybór oferty nie byłby możliwy.

Stąd też, wobec braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, niemożliwym było uznanie, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: