

WYROK
z dnia 30 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2017 r. przez wykonawcę **U. I. inż. K. G., Al. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Województwo Ł. – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Ł., ul. (...)**, przy udziale wykonawcy **B. U. I. C. & H. Sp. j., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **U. I. inż. K. G. , Al. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **U. I. inż. K. G., Al. (...)** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **U. I. inż. K. G., Al. (...)** na rzecz zamawiającego - **Województwo Ł. – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Ł., ul. (...)** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

.....

Sygn. akt: KIO 2404/17

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Nadzór inwestorski dla zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na

odcinku K. – U.” - sprawowanie funkcji Inżyniera Kontraktu”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S/118-237153 z dnia 22.06.2017 r. Wnoszący odwołanie wykonawca – U. I. inż. K. G. z siedzibą w Ł. [Odwołujący] podniósł zarzuty wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą – wykonawcy – B. U. I. C. & H. sp. j. z siedzibą w Ł. [wykonawca B. U. I.] wskazując na naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych: (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 - zaniechanie czynności odrzucenia oferty Biuro Usług Inwestycyjnych jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, (2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych w sytuacji, gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż była niezgodna z SIWZ, co skutkowało naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Mając powyższe na uwadze wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu – W. Ł. – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Ł.: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy B. U. I. oraz dokonania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ, oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jego oferta w świetle obowiązujących przepisów oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Pozbawienie uzyskania zamówienia przez Odwołującego naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia. W uzasadnieniu zarzutów odwołania w szczególności podał:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia pkt 6.2.2. lit.b) Zamawiający wymagał, aby: Wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykonawca zdolny do wykonania udzielanego zamówienia, to taki który wykaże, że będzie dysponował osobami, którym zostanie powierzony wykonanie niniejszego zamówienia na stanowiskach wymienionych poniżej. Osoby wskazane przez Wykonawcę muszą posiadać kwalifikacje, uprawnienia i doświadczenie zawodowe nie mniejsze niż określone poniżej: b) Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej - 1 osoba, posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, która w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przez okres co najmniej 24 miesięcy, na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi klasy technicznej

min. G i długości dróg minimum 6 km łącznie na dwóch zadaniach, w tym co najmniej jedno zadanie obejmowało również budowę, przebudowę lub rozbudowę drogi o nawierzchni betonowej. Z powyższego jednoznacznie wynika, że osoba wchodząca w skład personelu Wykonawcy o specjalności inżynierskiej drogowej winna posiadać minimalne, co najmniej 24 miesięczne doświadczenie. Tymczasem w ofercie złożonej przez B. U. I.C. & H. Sp. j. I. N. w specjalności inżynierskiej drogowej posiada li tylko 4 miesiące doświadczenia. Powyższe stanowi, że Wykonawca, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza nie dysponuje personelem, który był wymagany przez Zamawiającego i tym samym nie może realizować niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego w toku niniejszego postępowania przetargowego było zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp odrzucenie oferty złożonej przez B. U. I. C. & H. Sp. j. jako niezgodnej z warunkami wskazanymi w SIWZ. Zamawiający z niezrozumiałych powodów nie uczynił powyższego, a dokonał oceny w/w oferty w następstwie to którego uznał 4 miesięczne doświadczenia Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej przyznając za to doświadczenie 0 punktów, chociaż zgodnie z pkt 18.4 SIWZ (tabela pkt 2) SIWZ taka liczba punktów (0 punktów) mogła zostać przyznana za doświadczenia Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej przez okres co najmniej 24 miesięcy. Podniósł, że powyższy fakt bezpośrednio przełożył się na rozstrzygnięcie niniejszego postępowania, gdyż oferta złożona przez B. U. I. C. i & H. Sp. j. została uznana za najkorzystniejszą uzyskując łącznie 88 punktów. Natomiast oferta złożona przez Odwołującego, która spełniała wszystkie warunki SIWZ otrzymała 86,83 punkty i była drugą najkorzystniejszą ofertą. Powyższe stanowi, że Odwołujący został w niedopuszczalny sposób pozbawiony możliwości realizacji niniejszego zamówienia. Wskazując na orzecznictwo podkreślił, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, ale jednocześnie zgodnej z wymogami określonymi w SIWZ. Nie jest dopuszczalny wybór oferty nieodpowiadającej kryteriom określonym w SIWZ. Reasumując stwierdził, że „oferta Wykonawcy B. U. I. C. i & H. Sp. j. powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy B. U. I. C. i & H. Sp. j. stanowi wprost naruszenie normy wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wybór jako najkorzystniejszej oferty tego powoduje także naruszenia normy z art. 91 ust. 1 Pzp gdyż Zamawiający dokonując wyboru oferty niespełniającej wymogów zawartych w SIWZ postępuje sprzecznie z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawartymi w art. 7 ust. 1 Pzp. Takie rozstrzygnięcie w sposób rażąco narusza obowiązek zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. W niniejszym postępowaniu zamówienie zostałoby udzielone Wykonawcy, który naruszył postanowienia SIWZ a zatem wymagania, które postawił sam Zamawiający. Z kolei Wykonawca, który zastosował się do

wymagań Zamawiającego poniósł tego negatywne konsekwencji ponieważ w rezultacie złożył ofertę mniej konkurencyjną”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z następujących powodów:

W pierwszej kolejności podniósł, że w dacie wniesienia odwołania Odwołujący nie był związany ofertą, a tym samym oferta Odwołującego nie może zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu. W szczególności podał, że: „W dniu 7/11/2017 Odwołujący, działając poprzez profesjonalnego pełnomocnika, złożył pismo, w którym stwierdził „wyrażam zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Jednocześnie wyrażam zgodę na przedłużenie okresu ważności wadium”. Zauważył, że Odwołujący nie podał jakiegokolwiek terminu, do którego przedłuża termin związania ofertą. Z kolei drugi z wykonawców B. I. U. w dniu 8.11 2017 r. pismem znak: B./B. U. I. /2017/11/39 poinformował, iż „wyraża zgodę na przedłużenie terminu ważności wadium oraz wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia zakończenia postępowania o udzielenie ww. zamówienia tj. do dnia wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie tego zamówienia”. Kolejnym pismem - z dnia 9.11. 2017 r. B./BU)/2017/11/40 wykonawca ten poinformował, że „wyraża zgodę na przedłużenie terminu ważności wadium oraz wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni”. Podkreślił, że po dniu 30/10/2017 nie był uprawniony do wystąpienia do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, Wszelkie decyzje w tym zakresie podejmowali samodzielnie wykonawcy. Wskazał na art. 66 kc, także na wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13) i doktrynę, w świetle których związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. Odwołujący nie oznaczył jakiegokolwiek terminu związania ofertą w piśmie datowanym na 7 listopada 2017 r. Jego zdaniem, nie sposób przyjąć, że oferta Odwołującego obowiązywała w dniu 15 listopada 2017 a więc w dniu wniesienia odwołania. Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania oferta winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, „Oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany, jeśli w tym okresie adresat oferty (oblat) złoży oświadczenie o przyjęciu oferty dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany oferta wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach, (tak wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r. sygn. akt. KIO 1898/16). W tym przypadku termin związania został pozostawiony woli Wykonawców. Odwołujący jednak w żaden sposób takiego terminu nie wskazał uchybiając normie zawartej w art. 66 kc w zw. z art. 14 ustawy

Pzp, W prawie cywilnym istnieje bowiem zasada, że nie ma obowiązków bezterminowych. Nie ulega wątpliwości, że wybór oferty najkorzystniejszej powinien nastąpić w terminie związania ofertą, natomiast wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Wskazał na wyrok KIO - sygn. akt. KIO 1395/17 oraz art. 85 ust.2 ustawy Pzp i podkreślił, że nie sposób (...) przypisać walor skutecznego samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą sformułowaniu: „wyrażam zgodę na przedłużenie” bez wskazania jakiegokolwiek terminu. Zamawiający nie może się tego domyślać, ani tym bardziej zastępować Wykonawcy formułując zamiast niego oświadczenie. Przedłużenie terminu związania ofertą jest czynnością prawną jednostronną, oświadczeniem woli wykonawcy”. Dalej podniósł, (...) związane wykonawcy złożoną przez niego ofertą oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji do zawarcia proponowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy do zamawiającego. Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty, zamawiający będzie mógł domagać się od wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Konkludując, Odwołujący w dacie wniesienia odwołania wobec nie złożenia skutecznego oświadczenia w tym zakresie nie był związany ofertą, a więc jego oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, Tym samym, nawet gdyby ewentualne uwzględnienie wniesionego odwołania, doprowadziłoby do unieważnienia czynności badania i oceny ofert, to i tak w wyniku tej czynności, oferta złożona przez Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą z uwagi na fakt, iż przerwany został stan związania ofertą. Wykonawca nie będąc związany ofertą w dacie wniesienia środka ochrony prawnej nie ma Interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazywanych w odwołaniu bowiem w następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania zgodnie z jego żądaniami - powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego j zawarcia, z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca, wnosząc odwołanie, w efekcie którego konieczne byłoby powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej winien wykazać spełnianie przesłanek o których mowa w przepisie art 179 ust. 1 Pzp tj. interesu w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody, rozumianej w tym wypadku jako utrata możliwości pozyskania zamówienia.

Odnosząc się następnie do podnoszonych zarzutów naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 91 ust.1 ustawy Pzp w związku z art 89 ust. 1 pkt.2 w zw. z art 7 ust. 1 tej ustawy w szczególności stwierdził, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie wskazał na niezgodność treści oferty B. U. I. z treścią SIWZ a taka sprzeczność musiałaby mieć miejsce, gdyby ofertę należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp.

Wykonawca B. U. I. dysponuje personelem, który był wymagany przez Zamawiającego w pełnym zakresie, a tym samym może realizować zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zauważył, że zobowiązanie zawarte w pkt 4 ppkt 2) Formularza Oferty dotyczy właściwości Wykonawcy w zakresie kompetencji technicznej lub zawodowej, a nie przedmiotu zamówienia. Wykonawca składał tu oświadczenie, że skieruje do realizacji zamówienia osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia i doświadczenie: 2) Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej (imię i nazwisko) posiadający uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję inspektora nadzoru, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przez okres 24 miesięcy, na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi klasy technicznej min. G G i długości dróg minimum 6 km łącznie na dwóch zadaniach, w tym co najmniej jedno zadanie obejmowało również budowę, przebudowę lub rozbudowę drogi o nawierzchni betonowej. Sformułowanie to wprost dotyczące właściwości wykonawcy znalazło się w Formularzu Oferty, a nie w dokumentach i oświadczeniach składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie dlatego, że jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z postanowieniami pkt 18: Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia ppkt 18. 2. SIWZ i to kryterium o wadze 40% jest doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu.

W ppkt.18.4 [Kryterium „doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu (P)"] SIWZ. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że:

„Kryterium to rozpatrywane będzie na podstawie pkt. 4 ppkt. 1) 3) Formularza Oferty, gdzie wykonawca wskaże „doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu”, za które otrzyma od 0 do 40 punktów. Minimalne „doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu” opisane jest w warunku 6.2.2. lit. a-c) SIWZ. Liczba punktów w ramach kryterium „doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu (P)” zostanie przyznana wg poniższej tabeli.”

Ograniczając zatem powołaną tabelę do kwestionowanego zapisu, Zamawiający wskazał na następujący sposób punktacji:

Lp.	Stanowisko	Doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu		Liczba przyznaných punktów
2.	Inspektor Nadzoru w	1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane w	przez okres co najmniej 24 miesięcy,	

	specjalności inżynierskiej drogowej	specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, która w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję	co najmniej 36 miesięcy,	6
		inspektora nadzoru, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi klasy technicznej min G i długości dróg minimum 6 km łącznie na dwóch zadaniach, w tym co najmniej jedno zadanie obejmowało również budowę, przebudowę lub rozbudowę drogi o nawierzchni betonowej	przez okres co najmniej 48 miesięcy,	12
			trzech dokumentacji projektowych (stadium projekt budowlany i wykonawczy) budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi klasy technicznej min. G i długość odcinków dróg łącznie nie była krótsza niż 6 km	6
			czterech dokumentacji projektowych (stadium projekt budowlany i wykonawczy) budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi klasy technicznej min. G i długość odcinków dróg łącznie nie była krótsza niż 6 km,	12

„Jeżeli Zamawiający wezwie Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia czy uzupełnienia dokumentu lub udzielenia wyjaśnień w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, wskazanych w formularzu oferty w pkt 4 ppkt, 1)-3) i będzie to prowadzić do zmiany tej osoby, to Wykonawca w takim przypadku w tym kryterium otrzyma 0 (zero) punktów. ”

Zamawiający wybiera - a w tym wypadku również wybrał - ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Przepis zamieszczony w art.91 ust.2 pkt.5 ustawy Pzp, w ślad za motywem 94 dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza wprost

stosowanie kryterium odnoszącego się do właściwości wykonawcy poprzez ocenę jego personelu, tak jak to ma miejsce w Postępowaniu. Zamawiający poprzez stosowne postanowienia umowy o zamówienie zagwarantował sobie udział ocenianego na etapie Postępowania personelu w realizacji zamówienia. „Istotne jest, że w jednym postępowaniu zdolności personelu mogą być badane równocześnie jako warunek i jako kryterium oceny ofert. Przyjmuje się, że w takim przypadku zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu może określić minimalny zakres kwalifikacji i doświadczenia wymagany od personelu wykonawcy (tzw. kryterium dysponowania osobami), a w ramach kryterium oceny ofert (kryterium jakości personelu) oceniać zakres kwalifikacji i doświadczenia osób przeznaczonych konkretnie do realizacji danego zamówienia przyznając stosowne punkty

Zamawiający może też jako warunek udziału w postępowaniu określić wymagania minimalne co do kwalifikacji osób (potencjał osobowy), których niespełnienie będzie skutkowało wykluczeniem z postępowania, a dodatkowo określić wymogi większe, za które przyznawałby ofercie punkty, ale nie odrzucałby ofert, które by ich nie spełniały; wymogi te mogą być takie same (np. większa liczba robót) lub różne (inne rodzaje robót, dodatkowe kwalifikacje lub doświadczenie).” Zamawiający nie przyznał ofercie B. U. I. za kwalifikacje pana Siennickiego określone w pkt 4 ppkt.2) Formularza Oferty za 4 miesiące żadnych punktów. Zamawiający stosownie do postanowień pkt. 18.4 SIWZ przyznawał punkty dodatkowe wyłącznie za zdolność techniczną i zawodową wymaganego personelu w zakresie wykraczającym poza poziom wymagań minimalnych. Obowiązkiem wykonawcy było wykazanie właśnie poziomu minimalnego pod rygorem wykluczenia z Postępowania. Nie sposób zatem czynić Zamawiającemu zarzut, że dokonał oceny ofert w sposób nieprawidłowy i niezgodny z SIWZ.

Nie można natomiast pomijać, że stosownie do dyspozycji art. 26 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający był zobligowany - i na co wskazał w pkt. 18.4 SIWZ — do wezwania Wykonawcy do złożenia czy uzupełnienia dokumentu lub udzielenia wyjaśnień w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, wskazanych w formularzu oferty w pkt 4 ppkt, 1)-3), przewidując nawet możliwość do zmiany tej osoby. Wskazał, iż w takiej sytuacji Wykonawca w tym kryterium otrzyma 0 (zero) punktów. W tym jednak przypadku nie doszło do zmiany takiej osoby. Zważywszy zatem na okoliczność, że warunek podmiotowy dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej, o którym mowa w pkt.6.2.2. ppkt b) został sformułowany w sposób tożsamy, jak w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 18.4 poz. 2) SIWZ dla oceny 0 pkt. — wymaganego poziomu minimalnego, a więc, iż osoba wskazana na to stanowisko musi posiadać kwalifikację i doświadczenie zawodowe nie mniejsze niż (1 osoba) posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, która w okresie ostatnich 5 lat przed

upływem terminu składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przez okres co najmniej 24 miesięcy, na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi klasy technicznej min. G i długości dróg min. 6 km łącznie na dwóch zadaniach, w tym co najmniej jedno zadanie obejmowało również budowę, przebudowę lub rozbudowę drogi o nawierzchni betonowej, Zamawiający był zobligowany zweryfikować te informacje przed wyborem oferty B. U. I. , jako oferty najkorzystniejszej. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być jednak dokonywana w świetle przepisu art.89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czego wydate się, domaga się Odwołujący. Odrzucenie oferty w takiej sytuacji następuje na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Taka jednak sytuacja w Postępowaniu w odniesieniu do oferty B. U. I. nie zachodzi Wykonawca ten spełnił wszystkie wymagania określone w warunkach udziału w postępowaniu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być stwierdzona w szczególności w sytuacji, w której wykonawca zaoferuje świadczenie nieodpowiadające wymaganiom zamawiającego, określonym w SIWZ. Przedmiot zamówienia, a warunki udziału w postępowaniu stanowią odrębne instytucje prawa, Ustawodawca dał temu wyraz, w szczególności na gruncie powołanych przepisów, a także w przepisach art. 36 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 41 pkt 4, 7, 7a) tej ustawy, w których określono odpowiednio zawartość SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wskazując (co więcej w odrębnych jednostkach redakcyjnych) na obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia, sformułowania warunków udziału w postępowaniu i podania wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, Reasumując, wyodrębnienie tych instytucji powodują że nie jest możliwe dokonywanie oceny jednej instytucji, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej drugiej. Stoi temu na przeszkodzie nie tylko rzeczona odrębność obu instytucji, ale także odrębnie określony wynik tej oceny. Nie można bowiem pomijać, że niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp), zaś zaoferowanie świadczenia niezgodnego z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia aktualizuje obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Na kanwie powyższe warto zwrócić uwagę. że jedyny związek pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia został przez ustawodawcę określony w przepisie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Powyższe oznacza. że warunki udziału w postępowaniu powinny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w

taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Wskazał na wyroki KIO: sygn. akt. KIO 484/17 – podnosząc, że „Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu nie może skutkować odrzuceniem oferty - niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.” W Postępowaniu, pomimo nie przyznania przez Zamawiającego ofercie jakichkolwiek punktów w kryterium Personel dla osoby wskazanej w ofercie B. U. I. na stanowisko Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej, oferta B. U. I. okazała się najkorzystniejsza, Nie ulega natomiast jakiegokolwiek wątpliwości, że Zamawiający byłby zobligowany do jej odrzucenia w sytuacji nie spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tak się jednak nie stało, bowiem B. U. I. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a więc na wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń przedłożył dokumenty potwierdzające wymagania określone w SIWZ w tym również wymagania dotyczące zdolności technicznych i zawodowych. Potwierdzają one także zdolności techniczne i zawodowe Pana Tomasza Siennickiego wskazanego w pkt 4 ppkt 2) Formularza oferty złożonej przez B. U. I. . Zamawiający oświadczył że T. S. wskazany jako Inspektor Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej spełnia wymagania określone w SIWZ dla tego członka personelu Inżyniera. Tym samym Wykonawca B. U. I. , którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, wbrew stwierdzeniom Odwołującego, dysponuje personelem, który był wymagany przez Zamawiającego i jest zdolny do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Podsumowując stwierdził, nie są to wymagania przedmiotowe, dotyczące stricte treści oferty, których niespełnienie skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z doktryną i orzecznictwem zastosowanie dyspozycji art, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji nieusuwalnej w trybie określonym w art 87 ust. 2 ustawy Pzp. niezgodności treści oferty z SIWZ i niezgodność ta musi mieć charakter zasadniczy, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ, oraz zobowiązania oferowanego w ofercie polegać może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z wyłączeniem wymagań co do formy oferty). Odwołujący takich niezgodności pomiędzy treścią oferty Przystępującego (B. U. I.) i treścią SIWZ nie wykazał. Obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ aktualizuje się jedynie w gdy oferta nie odpowiada wymogom zamawiającego, ale tylko na skutek porównania zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego i wykazania niezgodności w tym zakresie. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w Postępowaniu, a Odwołujący nie tylko jej nie udowodnił. ale nawet jej nie uprawdopodobnił.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w jaki sposób Zamawiający miałby rzekomo naruszając tę normę postąpić sprzecznie z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawartymi w art 7 ust 1 ustawy Pzp. Stwierdził, że wskazywane orzecznictwo KIO nie ma w tej sprawie zastosowania. Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty B. U. I. . Dokonał oceny ofert zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca B. U. I. C. i & H. Sp. j. z siedzibą w Łodzi wnosząc także o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w przedmiocie braku wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp legitymacji procesowej wykonawcy – U. I. inż. K. G. z Ł. do wniesienia przedmiotowego odwołania. Zamawiający ten zarzut oparł wyłącznie na braku oznaczenia w oświadczeniu złożonym w dniu 7 listopada 2017 r. terminu do którego wnoszący odwołanie wykonawca jest związany ofertą. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Izba uznała, że brak wskazania konkretnej daty bądź czynności nie przesądza o skutecznym przedłużeniu przez wykonawcę terminu związania ofertą. W tym przypadku Izba stwierdza, że powoływany przez Zamawiającego przepis – art. 185 ust. 2 Pzp – wymaga oznaczenia ścisłego oznaczenia okresu na który następuje przedłużenie terminu związania ofertą, tylko w przypadku gdy z takim wnioskiem występuje Zamawiający [*„2. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni”*]. Zdaniem Izby, mając na uwadze racjonalność i prawny aspekt takiego oświadczenia - sporne oświadczenie z dnia 7/11/2017 [z oznaczonym w jego treści postępowaniem oraz przedłużeniem terminu ważności wadium] – mogło dotyczyć konkretnie prowadzonego postępowania z okresem ważności takiego oświadczenia, do zakończenia tego postępowania wyborem najkorzystniejszej oferty. Podobnie, jak oświadczenie drugiego z wykonawców, który z kolei w pierwotnym jego brzmieniu sprecyzował, że: (...) wyraża zgodę na przedłużenie terminu ważności wadium oraz wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą”. Izba na marginesie zauważa,

że nie było żadnych przeszkód, aby przed upływem terminu związania ofertą (11 listopada 2017 r.) wyjaśnić z wykonawcą – o ile Zamawiający miał takie wątpliwości, że jego oświadczenie obowiązuje do dnia zakończenia postępowania o udzielenie ww. zamówienia tj. do dnia wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie tego zamówienia. Na marginesie Izba zauważa, że oświadczenie z dnia 7 listopada br zostało złożone przez radcę prawnego, co w niniejszej sprawie – w kontekście skuteczności złożenia tego oświadczenia - nie było przez Zamawiającego kwestionowane tylko podkreślano, że oświadczenie pochodzi od profesjonalnego pełnomocnika.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp Izba zgodziła się z Zamawiającym, że podstawa odrzucenia oferty musi wynikać z niezgodności treści oferty z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia. W tym stanie faktycznym okoliczności odnoszące się do pkt 4.2 Formularza Oferty były związane z punktem 18 specyfikacji, ale jednocześnie dotyczyły punktu 6.2.2. lit b) SIWZ, którego postanowienia związane są z kolei z kluczowym w tej sprawie warunkiem podmiotowym dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy.

Uczestnikiem tego Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – w świetle punktu 6.2.2 specyfikacji - mógł być wykonawca, który był w stanie skierować do realizacji tego zamówienia na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej osobę, posiadającą: (...) *uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, która w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przez okres co najmniej 24 miesięcy, na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi klasy technicznej min. G i długości dróg minimum 6 km łącznie na dwóch zadaniach, w tym co najmniej jedno zadanie obejmowało również budowę, przebudowę lub rozbudowę drogi o nawierzchni betonowej*”. Co do tego warunku Zamawiający wymagał tylko złożenia w części IV JEDZ oświadczenia ogólnego o spełnianiu kryteriów kwalifikacyjnych. Jednocześnie – jak wynika z Formularza oferty – punktu 4 – oraz z punktu 18.4 dla oceny wg drugiego z kryteriów z pkt 18.2 SIWZ – „doświadczenie personelu Kontraktu (P) – wymagane było imienne wskazanie kandydata na to stanowisko i podanie jego faktycznego doświadczenia. Wykonawca składał tu oświadczenie, że skieruje do realizacji zamówienia osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia i doświadczenie: „2) Inspektor nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej (imię i nazwisko) posiadający uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję inspektora nadzoru, kierownika budowy lub

kierownika robót drogowych przez okres _____ miesięcy, na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi klasy technicznej min. GG i długości dróg minimum 6 km łącznie na dwóch zadaniach, w tym co najmniej jedno zadanie obejmowało również budowę, przebudowę lub rozbudowę drogi o nawierzchni betonowej.” Dalej w tym punkcie wskazano: *„Kryterium to rozpatrywane będzie na podstawie pkt. 4 ppkt. 1) 3) Formularza Oferty, gdzie wykonawca wskaże „doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu”, za które otrzyma od 0 do 40 punktów. Minimalne „doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu” opisane jest w warunku 62.2 lit. a-c) SIWZ. Liczba punktów w ramach kryterium „doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu (P)” zostanie przyznana wg poniższej tabeli.”* Nie było zatem możliwe wobec deklarowanych w tym punkcie 4 miesięcy, w miejsce wymaganych tytułem minimum 24 miesięcy pozostawienie tej kwestii bez wyjaśnienia, albowiem mogła mieć ona wpływ na ocenę podmiotową wymagania i podstawę wykluczenia z postępowania nie tylko z powodu niespełnienia warunku, ale także na ocenę prawdziwości złożonego oświadczenia w JEDZ. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że w tym punkcie Zamawiający przewidział szczególną sytuację związaną ze wskazanymi kandydatami, wskazując: *„Jeżeli Zamawiający wezwie Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia czy uzupełnienia dokumentu lub udzielenia wyjaśnień w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, wskazanych w formularzu oferty w pkt 4 ppkt, 1)-3) i będzie to prowadzić do zmiany tej osoby, to Wykonawca w takim przypadku w tym kryterium otrzyma 0 (zero) punktów.”*

Zdaniem Izby wyjaśnienie tej okoliczności mogło i powinno nastąpić z zastosowaniem art. 26 ust.3 ustawy Pzp wskazanego w pkt 18.4 specyfikacji z uwzględnieniem także art. 22 ust.2f ustawy Pzp stosownie do którego: *„Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu (...).* Nie można bowiem akceptować sytuacji, w której zakończona zostaje czynność oceny oferty z zastosowaniem kryterium, które dotyczy warunku podmiotowego i kandydata w odniesieniu do którego w ofercie wskazano, że nie spełnia minimalnego wymagania zawodowego. Zastosowanie wskazanej procedury pozwalałoby Zamawiającemu – przed dokonaniem punktacji oferty wg kryteriów - na ustalenie, czy w istocie ten kandydat faktycznie spełnia minimalny warunek, co do jego doświadczenia, bo tylko takie ustalenie pozwoliłoby na ocenę oferty w zakresie ustalonych kryteriów, w tym na zastosowanie kryterium *„doświadczenie personelu Inżyniera Kontraktu”*, co do tego kandydata. Przedłożone dokumenty nie tylko pozwalałyby zweryfikować w tym punkcie liczbę lat doświadczenia, ale nawet poprawienie na ich

podstawie przez Zamawiającego zaistniałej omyłki także w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 z zastosowaniem odpowiednio punktu 1 lub punktu 3 ustawy Pzp, oczywiście przy zastosowaniu minimalnej liczby lat wymaganego oświadczenia.

Jednocześnie Izba stwierdza, że pomimo niedokonane powyższych czynności ustalony w toku rozprawy stan rzeczy nie pozwalał na uwzględnienie tego odwołania. Izba musiała bowiem mieć na uwadze regułę wynikającą z art. 190 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którą: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. W stanie faktycznym sprawy do potwierdzenia wymaganego warunku doszło skutkiem innych czynności. Pierwsza z nich dokonana została przez wykonawcę samodzielnie i związana jest z oświadczeniem wykonawcy B. I. U. złożonym w piśmie z dnia 3/08/2017 r. do którego dołączono doświadczenie zawodowe kandydata. Druga z kolei to czynność Zamawiającego – wezwanie z dnia 31.10.2017 r. skierowane do wykonawcy B. U. I. na podstawie art. 26 ust.1 w odpowiedzi na które wykonawca ten złożył określone SIWZ dokumenty z których w odniesieniu do kandydata wskazanego w punkcie 4.2 Formularza oferty wynika doświadczenie w wymiarze 58,5 miesiąca. Tym samym punktacja w tym kryterium odnosiła się do kandydata, co do którego potwierdzony został warunek doświadczenia w jego minimalnym wymiarze.

W tych okolicznościach Izba mając na uwadze stan rzeczy ustalony w toku postępowania uznała, że ten zarzut nie podlega uwzględnieniu. W konsekwencji także nie podlega uwzględnieniu drugi z zarzutów – naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych, uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....