

Sygn. akt: KIO 1777/22

POSTANOWIENIE
z dnia 21 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 r. przez wykonawcę K. & Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych z siedzibą Białymstoku przy ul. Kraszewskiego 28 lok. U2 (15-025 Białystok) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Ogólny im. dr. Witolda Gineła w Grajewie z siedzibą w Grajewie przy ul. Konstytucji 3 Maja 34 (19-200 Grajewo)

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: BCh Legal B. Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Obrońców Bydgoszczy 10/3 (85-054 Bydgoszcz) oraz M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego M. L. z siedzibą w Białymstoku przy ul. Warszawskiej 6 lok. 32 (15-063 Białystok), zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;

B. wykonawcy B. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Adwokacka B. P. z siedzibą w Białymstoku przy ul. M. Curie-Skłodowskiej nr 3 lok. 43 (15-095 Białystok), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. & Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych z siedzibą Białymstoku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

3. Nakazuje zwrot kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy K. & Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych z siedzibą Białymstoku uiszczonej tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Ogólny im. dr. Witolda Gineła w Grajewie, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pn.: *Obsługa prawna Szpitala Ogólnego im. Witolda Gineła w Grajewie* (znak: ZP 10/22), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 czerwca 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00223873/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 4 lipca 2022 r. wykonawca K. & Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych z siedzibą Białymstoku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- sporządzenia SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert tj. odległości (kryterium nr 3) niezwiązanego z przedmiotem zamówienia oraz ustanowienie tego kryterium w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i dający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty;
- zaniechania zmiany postanowień SWZ w celu dostosowania ich do zasad ogólnych udzielania zamówień oraz pozostałych przepisów Pzp;
- zaniechania wydłużenia terminu składania ofert pomimo dokonania istotnej zmiany treści SWZ;
- prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości;
- czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) przepisu art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez ustanowienie kryterium oceny ofert (kryterium nr 3 – odległość) niezwiązanego z przedmiotem zamówienia;
- 2) przepisu art. 242 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez ustanowienie kryterium oceny ofert, które nie ma charakteru jakościowego;
- 3) przepisu art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez ustanowienie kryterium oceny ofert (kryterium nr 3 – odległość) w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i dający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru wykonawcy;

- 4) art. 106 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez żądanie przedmiotowych środków dowodowych (rozdz. 6 ust. 1 lit. b SWZ - dokumenty potwierdzające odległość osób oddelegowanych do realizacji zamówienia od siedziby Zamawiającego) na potwierdzenie okoliczności, które nie są niezbędne w przedmiotowym postępowaniu oraz których żądanie jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia;
- 5) przepisu art. 241 ust. 3 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z przepisem art. 353 (1) w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 Pzp przez działanie w sposób nadużywający pozycji dominującej przez zamawiającego oraz zmierzający do obejścia przepisów o zakazie wiązania kryteriów oceny ofert z właściwościami wykonawcy, poprzez pozorne powiązanie ich z osobami wykonującymi usługi z ramienia wykonawcy;
- 6) art. 286 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 oraz art. 241 w zw. z art. 266 Pzp przez zaniechanie zmiany SWZ polegającej na wykreśleniu kryterium odległości z kryteriów oceny ofert, jako niezgodnego z przepisami Pzp, co uniemożliwia wykonawcom złożenie prawidłowych i zgodnych z treścią Pzp ofert;
- 7) art. 286 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się z dokonana zmianą SWZ oraz dostosowanie oferty do warunków tej zmiany;
- 8) art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady proporcjonalności poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert oderwanego od przedmiotu zamówienia;
- 9) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp oraz w zw. z art. 286 ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wbrew zasadzie przejrzystości, w szczególności wskutek zaniechania wyznaczenia dodatkowego i niezbędnego czasu na sprawdzenie i zapoznanie się ze zmianami SWZ oraz poprzez ustanowienie kryteriów preferujących wykonawców z tej samej miejscowości co zamawiający, co utrudnia potencjalnym wykonawcom (w tym odwołującemu) dostęp do zamówienia i ogranicza krąg potencjalnych oferentów.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- dokonania zmiany w treści SWZ, która spowoduje usunięcie naruszeń przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, tj. wykreślenie z kryteriów oceny ofert kryterium nr 3 - odległość oraz w konsekwencji konieczności przedkładania przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających to kryterium;

- nakazanie zamawiającemu, z uwzględnieniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu, wydłużenia terminu składania ofert w związku ze zmianą treści SWZ;
 - unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
- ewentualnie:
- unieważnienia postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego oraz
 - zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Wyjaśniając kwestię terminu na wniesienie odwołania odwołujący wyjaśnił, że zamawiający dnia 28 czerwca 2022 r. opublikował ogłoszenie o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu, odpowiedź na pytanie wykonawcy oraz zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”). Odwołujący wskazał, że wartość n postępowania jest mniejsza niż progi unijne, określone w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 str. 14, z późn. zm.). Termin na wniesienie odwołania w postępowaniu wynosi zatem 5 dni (art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp). W związku z tym, przy uwzględnieniu treści art. 509 ust. 2 Pzp, termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 4 lipca 2022 r. Z uwagi na powyższe, w ocenie odwołującego, termin na wniesienie odwołania w postępowaniu został zachowany.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług prawnych i zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Jednak wskutek działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przede wszystkim wynika to z faktu dokonania istotnej zmiany treści SWZ przez po pierwsze wskazanie, iż kryterium oceny ofert w postaci odległości dotyczy miejsca pracy osób wykonujących czynności w imieniu wykonawcy, a nie samego wykonawcy, a po drugie poprzez wskazanie, iż na potwierdzenie przedmiotowego kryterium wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dokumenty potwierdzające odległość osób oddelegowanych do realizacji zamówienia od siedziby zamawiającego (na przykład wydruk z rejestru KRS/CEIDG potwierdzającego miejsce świadczenia usług). Tak istotna zmiana treści SWZ, zdaniem odwołującego, nie spowodowała wydłużenia terminu złożenia ofert, w związku z czym odwołujący nie miał możliwości uwzględnienia zmiany przy składaniu oferty. Ponadto termin składania ofert upływał jeszcze przed upływem terminu przysługującego na odwołanie od treści zmienionej SWZ. Finalnie odwołujący wskazał, że nawet po dokonanej zmianie, kryterium oceny ofert w postaci odległości miejsca pracy osób

wykonujących czynności z ramienia wykonawcy od siedziby zamawiającego, na charakter dyskryminujący, nieproporcjonalny a przede wszystkim niezwiązany z przedmiotem postępowania. Zatem oczywistym było, że sposób sporządzenia SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert oraz zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert po dokonaniu istotnej modyfikacji treści SWZ, zamknął odwołującemu drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia, przez co ponosi szkodę.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili: wykonawcy wspólnie ubiegający się udzielenie zamówienia: BCh Legal B. Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy oraz M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego M. L. z siedzibą w Białymstoku (po stronie odwołującego) oraz wykonawca B. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Adwokacka B. P. z siedzibą w Białymstoku (po stronie zamawiającego). Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 i 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 11 lipca 2022 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe opatrzone nagłówkiem zgłoszenie pełnomocnika wraz z wnioskiem o odrzucenie odwołania. W przedmiotowym piśmie zamawiający przedstawił argumentację dla wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 i 3 Pzp.

W dniu 19 lipca 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 i 3 Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Odwołujący w dniu 20 lipca 2022 r. złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał odwołanie w całości, w tym wszelkie zarzuty oraz wywody w nim zawarte. Ponadto z daleko posuniętej ostrożności odwołujący wniósł o:

- unieważnienie zawartej umowy, w wypadku stwierdzenia zaistnienia przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 577 Pzp lub
- na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp nakazanie przez Izbę wykonania czynności zamawiającego polegającego na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi, na to, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że wniosek o odrzucenie, względnie oddalenie odwołania, jest nieuzasadniony.

W pierwszej kolejności odwołujący odniósł się do wniosku o odrzucenie odwołania. W ocenie odwołującego wniosek ten był oczywiście bezzasadny. W szczególności podkreślił, że

odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym przepisem art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp. W świetle tego przepisu odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Istotne jest, że zamawiający dnia 28 czerwca 2022 r. opublikował ogłoszenie o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu, odpowiedź na pytanie wykonawcy oraz zmianę SWZ. W związku z tym, przy uwzględnieniu treści art. 509 ust. 2 Pzp, termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 4 lipca 2022 r., co oznacza, że odwołujący tego terminu dotrzymał.

Stanowisko w świetle, którego odwołanie, które dotyczy kryterium oceny ofert, powinno być wniesione w terminie 5 dni od dnia opublikowania SWZ w pierwotnej wersji, jest nieprawidłowe. Przystępujący pomija fakt, że odwołujący prawo do wniesienia odwołania w terminie 5 dni od dnia 28 czerwca 2022 r. wywodzi nie z faktu udzielenia odpowiedzi na pytanie wykonawcy, a z faktu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentu zamówienia w postaci SWZ. W dniu 28 czerwca 2022 r., na skutek zmiany SWZ doszło bowiem do ustanowienia *de facto* nowego kryterium oceny ofert, w zasadniczo zmienionym brzmieniu niż pierwotne. Nie jest tak jak twierdzi odwołujący, że w dniu 28 czerwca 2022 r. została udzielona jedynie odpowiedź na pytanie, ponieważ w tym dniu zostały opublikowane także zmiany zarówno ogłoszenia o zamówieniu jak i treści SWZ. Pierwotnie, kryterium odległości odnosiło się do wykonawcy. Na skutek dokonanej zmiany SWZ, kryterium to zmieniło charakter, ponieważ nowe kryterium dotyczyło właściwości nie wykonawcy, ale osób, które w jego imieniu miałyby wykonywać zamówienie. Nie sposób jest zatem twierdzić, że kryterium którego dotyczy odwołanie było już znane w dniu 24 czerwca 2022 r., bowiem pierwotnie było to zupełnie inne kryterium, które jak przyznaje sam zamawiający w odpowiedzi udzielonej na pytanie wykonawcy, zostało zredagowane nieprawidłowo. Dopiero zmiana dokonana w dniu 28 czerwca 2022 r. wprowadziła właściwe kryterium i oczywistym jest, że od tej daty rozpoczął bieg terminu na wniesienia odwołania od treści tego kryterium oraz pozostałych zmian wprowadzonych do ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie przedmiotowych środków dowodowych.

Równie nieuzasadniony, zdaniem odwołującego, był zarzut wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony, nie będący wykonawcą w rozumieniu przepisów Pzp oraz zarzut, że odwołujący nie posiada interesu do wniesienia odwołania. Odwołujący ponownie podkreślił, że miał interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług prawnych i był zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu i w konsekwencji w przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty miał realną możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Jednak wskutek działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania

przedmiotowego zamówienia.

Ponadto istotna zmiana treści SWZ nie spowodowała wydłużenia terminu złożenia ofert, w związku z czym odwołujący nie miał możliwości uwzględnienia zmiany przy składaniu oferty. Należy wskazać, że nawet po dokonanej zmianie, kryterium oceny ofert w postaci odległości miejsca pracy osób wykonujących czynności z ramienia wykonawcy od siedziby zamawiającego, na charakter dyskryminujący, nieproporcjonalny a przede wszystkim niezwiązany z przedmiotem postępowania. Zatem oczywistym jest, że sposób sporządzenia SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert oraz zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert po dokonaniu istotnej modyfikacji treści SWZ, zamyka odwołującemu drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia, przez co ponosi szkodę.

W ocenie odwołującego, podkreślenia wymaga również fakt, że odwołujący działał w sposób całkowicie prawidłowy i zgodny z przepisami Pzp. Wobec faktu nieprawidłowego sformułowania przez zamawiającego kryterium oceny ofert — odległość, które pierwotnie odnosiło się wprost do właściwości wykonawcy (co stanowiło oczywiste naruszenie przepisu art. 241 ust. 3 w zw. z art. 266 Pzp), a po dokonanej zmianie dokumentów zamówienia również, chociaż odmienne, zostało sporządzone niezgodnie z Pzp, wniósł odwołanie od treści SWZ. Jak wykazano wyżej, nastąpiło to z zachowaniem terminu. W ocenie odwołującego w takiej sytuacji nie powinien ponosić on konsekwencji kolejnego naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, tj. art. 286 ust. 3 oraz art. 271 ust. 2 w świetle których zamawiający był zobowiązany do stosownego wydłużenia terminu składania ofert. W konsekwencji doszło do dokonania czynności otwarcia ofert, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, przed upływem ustawowego terminu na złożenia odwołania od zmienionej uprzednio treści ogłoszenia o zamówieniu i od treści dokumentów zamówienia. Oczekiwanie, że w tej sytuacji odwołujący był zobowiązany do złożenia oferty, aby móc skorzystać z przyznanego mu ustawą prawa do złożenia odwołania od treści specyfikacji, nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp. Doprowadziłoby to do sytuacji, w której odwołujący byłby zmuszony do złożenia oferty, a tym samym ujawnienia treści stanowiących m.in. tajemnicę przedsiębiorcy jak też przesądzających o wyniku postępowania, przed ostatecznym sprecyzowaniem wszystkich warunków postępowania (wynik rozstrzygnięcia odwołania nie jest przecież znany). Jest to stanowisko w sposób oczywisty naruszający konkurencję i nie zasługuje na aprobatę.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wskazał, że posiada status wykonawcy w rozumieniu przepisów Pzp, a tym samym jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 24 czerwca 2022 r. zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania. W pkt 4.3.) ogłoszenia zostały określone kryteria oceny ofert. Jako kryterium nr 3 zostało wskazane kryterium pn.: Odległość. Zamawiający określił jego wagę jako 25%.

Tego samego dnia tj. 24 czerwca 2022 r. na stronie internetowej zamawiającego została opublikowana SWZ dotycząca postępowania. W rozdziale 15 SWZ zamawiający dokonał opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty. W ust. 2 ww. rozdziału zostały określone kryteria oceny ofert, a wśród nich kryterium nr 3: Odległość. W zakresie przedmiotowego kryterium zamawiający wskazał:

Ad. 3) Kryterium nr 3: Odległość

Zamawiający przyzna dodatkowe punkty na rzecz podmiotów posiadających siedzibę lub miejsce wykonywania usług (dodatkowe miejsce wykonywania działalności gospodarczej) w pobliżu siedziby Zamawiającego.

Maksymalna liczba punktów do uzyskania w ramach tego kryterium – 25 pkt.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

Odległość do 50 km – 25 pkt.

Odległość do 100 km – 15 pkt.

Odległość do 150 km – 10 pkt.

Odległość do 200 km – 5 pkt.

Powyżej 200 km – 0 pkt.

W dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający opublikował wyjaśnienia do treści SWZ.

Pytanie 1

wnoszę o zmianę kryterium oceny ofert nr 3: Odległość - 25%. Zgodnie z art. 241 ust. 2 Prawo Zamówień Publicznych kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Ponadto kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustalenie jako kryterium oceny ofert odległości tj.: „Zamawiający przyzna dodatkowe punkty na rzecz podmiotów posiadających siedzibę lub miejsce wykonywania usług (dodatkowe miejsce wykonywania działalności gospodarczej) w pobliżu siedziby Zamawiającego” jest opisem „oderwanym” od przedmiotu zamówienia i dotyczy bezpośrednio podmiotowych właściwości wykonawcy. Posługiwanie się kryterium odległości siedziby Wykonawcy od siedziby Zamawiającego przy ocenie ofert nie służy celowi wyboru oferty najkorzystniejszej. Stąd też tak skonstruowany opis kryterium stanowi wprost naruszenie wspomnianego przepisu.

Odpowiedź:

Zamawiający źle sprecyzował kryterium nr 3 oraz naniósł poprawki w w/w kryterium oceny

ofert. Kryterium odnosi się do osób oddelegowanych do realizacji zamówienia, nie odnosi się zatem do właściwości podmiotowych wykonawcy.

Ponadto w dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tego dnia została w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało zamieszczone ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o numerze 2022/BZP 00227268/01. W pkt 3.4.1.) została zawarta następująca treść:

9.1. Informacje dodatkowe

Przed zmianą:

Po zmianie:

Nastąpiła zmiana SWZ.

3.4.) Identyfikator sekcji zmienianego ogłoszenia:

SEKCJA V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW

3.4.1.) Opis zmiany, w tym tekst, który należy dodać lub zmienić: 5.8. Wykaz przedmiotowych środków dowodowych

Przed zmianą:

Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

Po zmianie:

a) referencje potwierdzające doświadczenie wykonawcy (Rozdział 15 pkt. 2 SWZ

b) dokumenty potwierdzające odległość osób oddelegowanych do realizacji zamówienia od siedziby Zamawiającego (na przykład wydruk z rejestru KRS/CEIDG potwierdzającego miejsce świadczenia usług).

W dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający opublikował także zmodyfikowaną SWZ. W rozdziale 15 SWZ kryterium nr 3 otrzymało następującą treść:

Zamawiający przyzna dodatkowe punkty na rzecz podmiotów posiadających siedzibę lub miejsce osób oddelegowanych do realizacji przedmiotu zamówienia (dodatkowe miejsce wykonywania działalności gospodarczej) w pobliżu siedziby Zamawiającego.

Maksymalna liczba punktów do uzyskania w ramach tego kryterium – 25 pkt.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

Odległość do 50 km – 25 pkt.

Odległość do 100 km – 15 pkt.

Odległość do 150 km – 10 pkt.

Odległość do 200 km – 5 pkt.

Powyżej 200 km – 0 pkt.

Zamawiający nie zmienił terminu dotyczącego składania ofert w postępowaniu.

W dniu 1 lipca 2022 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. W postępowaniu wpłynęły trzy oferty. Odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu.

Treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia:

- art. 528 pkt 2 Pzp – *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;*
- art. 528 pkt 3 Pzp – *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;*
- art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp – *2. Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie:*

(...)

2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Na poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumentację w postaci elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 lipca 2022 r., zapisaną na płycie CD, w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- SWZ;
- wyjaśnienia treści SWZ z dnia 28 czerwca 2022 r.;
- ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 28 czerwca 2022 r.;
- zmodyfikowaną SWZ z dnia 28 czerwca 2022 r.;
- informację o treści złożonych ofert z dnia 4 lipca 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: BCh Legal B. Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy oraz M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego M. L. z siedzibą w Białymstoku, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcy B. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Adwokacka B. P. z siedzibą w Białymstoku, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba uznała, że odwołanie podlegało odrzuceniu.

Przepis art. 528 Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu. Zgodnie natomiast z pkt 2 i 3 ww. przepisu, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony lub po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do treści art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. W tym miejscu przypomnieć należy, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę. Tym samym rolą wykonawcy będącego profesjonalistą, od którego wymaga się podwyższonej staranności, jest przanalizowanie całości postanowień treści specyfikacji i zakwestionowanie ich w ustawowym terminie, w przypadku gdy opublikowane dokumenty zamówienia naruszają – w ocenie wykonawcy – przepisy Pzp.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 28/21, gdzie trafnie wskazano, że *Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia.*

Wziąwszy pod rozwagę powyższe ustalenia prawne i przenosząc je na grunt przedmiotowej sprawy Izba doszła przede wszystkim do przekonania, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie składu orzekającego z treści odwołania wynikało, że zaskarżeniu podlegało jedno z kryteriów oceny ofert, a dokładniej kryterium nr 3 – Odległość. Przedmiotowe kryterium zostało zawarte w dokumentach zamówienia (ogłoszenie o zamówieniu i SWZ), które zostały opublikowane w dniu 24 czerwca 2022 r. W zaistniałej sytuacji pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 1 lipca 2022 r. W sytuacji w której odwołanie zostało wniesione w dniu 4 lipca 2022 r., jego wniesienie nastąpiło z przekroczeniem ustawowego terminu, co winno skutkować jego odrzuceniem.

Bez znaczenia pozostawał przy tym fakt, iż jeden z wykonawców zadał pytanie odnośnie zastosowanego przez zamawiającego kryterium – skoro w wyniku jego zadania nie doszło do istotnej zmiany kryterium, która mogłaby uzasadnić, że w dniu 28 czerwca 2022 r. pojawiły się nowe okoliczności zmieniające sens, znaczenie czy też konstrukcję tego kryterium. Co prawda sama treść kryterium nr 3 po modyfikacji SWZ w dniu 28 czerwca 2022 r., nie była tożsama z brzmieniem tego kryterium na dzień opublikowania ogłoszenia, jednakże zmiana ta dotyczyła kwestii nieistotnych, które nie zmieniły *meritum* ww. kryterium. Przedmiotowe stanowisko potwierdziła argumentacja samego odwołującego, która okazała się kluczowa dla rozstrzygnięcia zmierzającego do odrzucenia odwołania. Odwołujący już w odwołaniu wskazał, że *Zgodnie z art. 241 ust. 3 Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. Zamawiający mający świadomość, że jeden z wykonawców zwrócił uwagę na niezgodność kryterium nr 3 z przywołanym przepisem, dokonał zmiany SWZ poprzez pozorne powiązanie tego kryterium nie z siedzibą wykonawcy, ale z osobami wykonującymi usługi z ramienia wykonawcy. W ocenie odwołującego dokonana zmiana zmierza wyłącznie do uniknięcia zarzutu naruszenia przepisu Pzp, przy czym de facto nadal wiąże kryterium z właściwościami wykonawcy. Jeżeli bowiem wykonawca skieruje do wykonywania zamówienia np. wyłącznie osoby zatrudnione w ramach stosunku pracy, to miejsce wykonywania przez nich pracy jest równocześnie siedzibą wykonawcy. Podobnie jest w przypadku stałych współpracowników lub wspólników spółki, np. partnerskiej. Również siedziba Wykonawcy stanowi równocześnie „miejsce osób” oddelegowanych do wykonania zamówienia. Ponadto w piśmie procesowym złożonym w dniu 20 lipca 2022 r. odwołujący podniósł, że nawet po dokonanej zmianie, kryterium oceny ofert w postaci odległości miejsca pracy osób wykonujących czynności z ramienia wykonawcy od siedziby zamawiającego, na charakter dyskryminujący, nieproporcjonalny a przede wszystkim niezwiązany z przedmiotem postępowania.*

W ocenie składu orzekającego kryterium nr 3 już od momentu wszczęcia postępowania naruszało w rozumieniu odwołującego przepisy Pzp, skoro odwołujący przyznał, że nawet po dokonanej zmianie w dniu 28 czerwca 2022 r. miało ono charakter dyskryminujący, nieproporcjonalny a przede wszystkim niezwiązany z przedmiotem postępowania, to oczywistym było, że przed zmianą rodziło ono dla odwołującego takie same skutki. W

związku z tym już w momencie wszczęcia postępowania i opublikowania dokumentów zamówienia tj. w dniu 24 czerwca 2022 r. odwołującemu zaczął biec termin na wniesienie odwołania w związku z treścią kryterium. Stanowisko to potwierdziła także argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu, która wskazywała, że istota samego kryterium nie zmieniła się nawet po modyfikacji z dnia 28 czerwca 2022 r. Odwołujący wskazał bowiem, że dokonana zmiana *de facto* nadal wiązała kryterium z właściwościami wykonawcy, co oznaczało, że to co się wydarzyło 28 czerwca 2022 r. nie miało żadnego znaczenia dla interpretacji treści kryterium. Przy czym odwołujący w argumentacji zawartej w piśmie procesowym złożonym w dniu 20 lipca 2022 r. próbował podkreślać i uzasadniać istotność dokonanej w dniu 28 czerwca 2022 r. modyfikacji, niemniej argumentacja ta nie zasługiwała na uwzględnienie, ponieważ w ocenie Izby została przygotowana wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego.

Niezmiernie istotne było także to, że odwołujący żądał wykreślenia spośród kryteriów oceny ofert kryterium nr 3. Przedmiotowe żądanie Izba potraktowała jako potwierdzenie uchybienia terminowi na wniesienie odwołania i w związku z tym należało uznać, że odwołanie stanowiło niedopuszczalną próbę usunięcia kryterium, które było dolegliwe dla odwołującego już od momentu wszczęcia postępowania.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie jako wniesione po terminie nie mogło być przedmiotem rozpoznania i podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy konsekwencją odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp było także uznanie, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł odwołanie już po upływie terminu na składanie ofert. Zważywszy na fakt, iż sam nie złożył oferty – nie przysługiwał mu status wykonawcy, nawet mimo tego iż potencjalnie mógłby ją złożyć gdyż oferuje usługi o analogicznym przedmiocie co przedmiot zamówienia. Podkreślenia wymaga, że środki ochrony prawnej służą ochronie wykonawcy w danym postępowaniu, a wykonawca dąży do pozyskania danego zamówienia. Tymczasem odwołujący nie podjął działań aby uzyskać zamówienie – mimo iż miał taką możliwość. Odwołujący nie wykazał również, iż nie miał możliwości złożenia oferty w ramach postępowania. Warto przypomnieć, że odwołujący kwestionował kryterium oceny ofert.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie podlegało odrzuceniu także na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp. Przy czym przedmiotowy powód odrzucenia odwołania w okolicznościach niniejszej

sprawy miał znaczenie drugorzędne i wynikał wyłącznie ze ziszczenia się przesłanki odrzucenia określonej w art. 528 pkt 3 Pzp. Gdyby okazało się, że odwołanie zostało wniesione w terminie i w dniu 28 czerwca 2022 r. jednak doszło do istotnej zmiany treści kryterium, która zmieniała jego znaczenie, to odwołujący byłby uprawniony do wniesienia odwołania, nawet w sytuacji upływu terminu na składanie ofert czy też wyboru najkorzystniejszej oferty, mimo niezłożenia oferty w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego, koszt wpisu od odwołania. Ponadto Izba wskazała, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zawarł wniosek o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Zgodnie z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Zamawiający do czasu zamknięcia posiedzenia nie złożył rachunków lub spisu kosztów, zatem Izba nie miała podstaw do zasądzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący uiszczył wpis w wysokości 15 000 zł, a zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi lub w konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7 500 złotych. Tym samym Izba nakazała zwrot na rzecz odwołującego kwoty 7 500 zł, uiszczonej tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: