

WYROK

z dnia 18 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 r. przez wykonawcę A. K.,

prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Opoka” A. K., Lipowy Dwór 42, 14-200 Ława w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Ława, ul. Niepodległości 13, 14-200 Ława

przy udziale wykonawcy J. B., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Lazur” J. B., ul. Sosnowa 7, 14-200 Ława,

zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Opoka” A. K., Lipowy Dwór 42, 14-200 Ława i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Opoka” A. K., Lipowy Dwór 42, 14-200 Ława tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy A. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Opoka” A. K., Lipowy Dwór 42, 14-200 Ława na rzecz Gminy Miejskiej Ława, ul. Niepodległości 13, 14-200 Ława kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zarządzanie cmentarzami komunalnymi w ławie” część 1 i 2- (znak ZP.271.51.2019, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone

w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 grudnia 2019 r. - 637977-N-2019) przez Gminę Miejską Ława, ul. Niepodległości 13, 14-200 Ława (dalej „zamawiający”) wykonawca A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy OPOKA A. K., ul. Lipowy Dwór 42, 14-200 Ława (dalej „odwołujący”) złożyła odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przyznaniu punktów w kryterium doświadczenie pracownika biurowego w sytuacji wskazania tej samej osoby w dwóch odrębnych częściach zamówienia, które będą realizowane w dwóch różnych biurach na terenie miasta Ława, przy wskazaniu w treści oferty godzin pracy biura od 7.00 do 18.00, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 oraz art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności oceny ofert i nakazanie zamawiającemu jej powtórzenia z nakazaniem ponownej oceny oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe LAZUR J. B. z wyłączeniem punktów przyznanych w kryterium Doświadczenie pracownika biura.

Odwołujący oświadczył, że zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawców wskazania w ofercie imion i nazwisk osób odpowiedzialnych za wykonywanie prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej oraz pełnienie dyżurów telefonicznych poza godzinami pracy biura wraz z informacją o doświadczeniu tych osób w zakresie, w jakim oferta będzie podlegała ocenie w kryterium oceny ofert „Doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia” (§ XIV ust. 5 SIWZ), który stanowi: „Punkty w kryterium „Doświadczenie pracownika biura” (waga 10%) - (Dpb) - będą przyznawane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę do wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej oraz pełnieniem dyżurów telefonicznych poza godzinami pracy biura zostaną przywiane zgodnie z poniższym opisem:

- 1) Za brak wykazania lub brak posiadania doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez min. 6 miesięcy w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 0,00 pkt;
- 2) Za wykazanie doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez 6 miesięcy w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 5,00 pkt;
- 3) Za wykazanie doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez min. 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 7,50 pkt;
- 4) Za wykazanie doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez min. 18 miesięcy w ramach jednego

kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 10,00 pkt;

5) Punkty zostaną przyznane na podstawie oświadczenia złożonego w pkt 3 Formularza ofertowego - tabela (Załącznik 1 a lub 1b do SIWZ). W przypadku niepodania przez Wykonawcę w pkt 3 [...] wykonawca otrzyma 0 pkt. ”

Uzupełnił, że na podstawie § III ust. 7 SIWZ zamawiający wskazał, że osoby

wykonujące prace - administracja biura cmentarza - mają być zatrudnione na umowę o pracę. Podał także, że wykonawcy, wypełniając formularz ofertowy otrzymywali również punkty w kryterium czas pracy biura cmentarza.

Wskazał, że oferta wykonawcy PU-H Lazur zawiera oświadczenie, że biura w przypadku każdej z części będą otwarte w godzinach od 7.00 do 18.00 oraz, że osobą do realizacji zamówienia w obu częściach zamówienia będzie pani E.Ś. Podał nadto, że wybrany wykonawca w wyjaśnieniach oświadczył, że „osoba wskazana w formularzu ofertowym nie

będzie jedyną osobą, która zostanie skierowana do wykonywania określonych czynności w podanych godzinach biura” (wyjaśnienia z dnia 22 stycznia 2020 r. ).

W ocenie Odwołującego wskazanie tej samej osoby w kwestionowanym kryterium oceny ofert winno skutkować przyznaniem 0 pkt.

Stanął na stanowisku, że przyznanie punktów w kryterium doświadczenia personelu wykonującego zamówienie jest nierozdzielnie powiązane ze sposobem realizacji danego zamówienia - w przedmiotowej sprawie, w obu częściach PU-H Lazur wskazało, że biura obu cmentarzy będą otwarte w godzinach od 7.00 do 18.00 natomiast zamawiający wskazał, że będzie przyznawał punkty za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej do wykonywania prac administracyjno- biurowych w każdej z części. Podniósł, że nie jest to zatem kryterium podmiotowe, związane z dysponowaniem taką osobą, a kryterium przedmiotowe związane ze sposobem realizacji przedmiotu zamówienia - punktowane jest wykonywanie obowiązków określonych w SIWZ przez osoby posiadające określone przez zamawiającego doświadczenie.

Uznał, że oczywistym jest, że nie ma możliwości wykonywania tych obowiązków w dwóch odrębnych biurach w tym samym czasie przez tą samą osobę, co nie wyklucza zatrudnienia innych osób, ale dla otrzymania punktów w kryterium doświadczenie personelu należało wskazać inne osoby w obu częściach, aby zapewnić odpowiedni poziom jakości realizacji zamówienia, za co zamawiający przyznawał punkty. Stwierdził, że zamawiający punktuje sposób realizacji zamówienia, a nie sam fakt dysponowania taką osobą przez wykonawcę.

Podniósł, wskazując wyrok TSUE z 24.01.2008 r. w sprawie C-532/06 Uanakis): „Należy pamiętać, że przy ocenie w ramach kryterium jakości personelu ocenia się indywidualnie tylko te osoby, które mają zamówienie wykonywać, dlatego też nie muszą one nawet stanowić kadry wykonawcy (trzeba mieć na uwadze, że z samej istoty tego kryterium wynika, że wykonawca jest zobowiązany do zagwarantowania ich udziału w wykonywaniu zamówienia, inaczej nie mogą one podlegać ocenie). Wykonawca zatem, podając dane osoby ocenie spełniania kryterium jakości personelu, nie może tłumaczyć się tym, że osoba została jedynie podana w wykazie osób, a do realizacji będzie wyznaczony inny pracownik.”

Na podstawie powyższego stwierdził, że nie sposób przyznać racji wyjaśnieniom złożonym przez PU-H Lazur, w których wykonawca wskazuje, że „osoba wskazana w formularzu ofertowym nie będzie jedyną osobą, która zostanie skierowana do wykonywania określonych czynności w podanych godzinach biura” (wyjaśnienia z dnia 22 stycznia 2020 r.).

W ocenie odwołującego, jeżeli PU-H Lazur dysponuje innymi pracownikami, których doświadczenie zawodowe pozwalałoby na uzyskanie punktów w kryterium doświadczenie personelu, winien je wskazać w treści oferty, co w żadnym razie nie stoi na przeszkodzie zatrudnienia do wykonywania przedmiotu zamówienia również innych osób, jednak wobec braku takiego wskazania zamawiający nie może przyjąć, że inne osoby wykonujące te prace posiadają takie doświadczenie i przyznać punkty w tym kryterium jedynie za formalne wskazanie osoby, bez możliwości jej realnego udziału w realizacji zamówienia zgodnie z zasadami wskazanymi w SIWZ oraz umowie wraz z załącznikami.

Podsumował, że zamawiający, przyznając punkty w kryterium doświadczenie personelu naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez przyznanie punktów w sytuacji, w której powinien ocenić doświadczenie personelu na 0 pkt.

Uzupełnił, że po otwarciu ofert wykonawca nie ma możliwości wskazania, w której części osoba wskazana w kryterium doświadczenie pracownika de facto będzie świadczyła pracę, dlatego w obu częściach wykonawca PU-H Lazur winien otrzymać 0 pkt.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 13 lutego 2020 r., „Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego” - pismo przystępującego z dnia 11 lutego 2020 r., „Odpowiedzi na odwołanie” - pismo zamawiającego z dnia 17 lutego 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego i przystępującego o braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia na dzień składania odwołania - brak legitymacji do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na to, że odwołujący samodzielnie, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie przedłużył terminu związania ofertą, skład orzekający Izby wskazuje, że podziela argumentację zaprezentowaną w przywoływanym przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2104/19.

Za wskazanym wyrokiem skład orzekający Izby podnosi: „(...) sama kwestia dotycząca możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, którego okres związania ofertą po wyborze upłynął, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie. W tej materii Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) uznał, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wymaga ważności terminu związania ofertą - dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: „wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą”. Dostrzeżenia zatem wymaga okoliczność, że literalne brzmienie przepisu wskazuje na jednoznaczne odniesienie do sytuacji, w której zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wydłużenie terminu związania ofertą zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie podkreślić należy, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakłada na wykonawców obowiązku samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą. Przeciwnie - z treści art. 85 ust. 2 wynika, że wykonawca „może” przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wniosek zamawiającego, przy czym, sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a obwarowany jest jedynie przypadek, w którym wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jest to więc uprawnienie, nie nakaz działania po stronie Wykonawcy.

Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp i tym samym zrównania w zakresie skutku czynności prawnej, sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest niezasadna. Zrównanie obu opisanych stanów wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą. W ocenie składu orzekającego Izby istotne jest jednak, że do tego samego skutku, rozumianego jako brak związania treścią oferty, prowadzą zupełnie odmienne

działania lub zaniechania strony ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy Pzp tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Odwołujący nie był wcale wzywany do złożenia oświadczenia o przedłożeniu terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium. (...) Wykonawca w takiej sytuacji nie może być „karany” za brak prawidłowej organizacji pracy po stronie Zamawiającego lub innego rodzaju sytuacji przedłużające postępowanie o udzielenie zamówienia. To Zamawiający jako gospodarz postępowania powinien dążyć do na tyle sprawnego prowadzenia postępowania, aby ukończyć je w terminie związania ofertą, ewentualnie w terminie jednokrotnie przedłużonym. (.)

Izba uważa, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Takie też przesłanie płynie z orzeczenia TSUE (Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu).

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej we wspomnianym orzeczeniu stwierdził, iż: „Zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk”. Postanowienie TSUE jest klarowne, stanowi, że przesłankę wykluczenia wykonawcy/ odrzucenia jego oferty nie należy interpretować w sposób rozszerzający, odnosi się do również do przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, gdzie mowa jest o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego. Zatem niewyrażenie zgody ma przyjąć postać odmowy, innymi słowy czynnego działania wykonawcy. Zgoda w rozumieniu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie może mieć charakteru dorozumianego.

Potwierdzeniem tego poglądu na gruncie krajowym jest chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r., sygn. XXIII Ga 729/15, stwierdzający, iż „wykładnia językowa przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a prowadzi jednoznacznie do wniosku, że odrzucenie oferty (wcześniej wykluczenie) wykonawcy następuje wyłącznie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą a więc wówczas, gdy uprzednio zwrócono się do niego o wyrażenie takiej zgody”.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Rzeszowie w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. VI Ga 192/10, zwracając uwagę, iż skoro Ustawodawca w art. 85 ust. 2 wyraźnie rozróżnił dwa przypadki, w których dokonywane jest przedłużenie terminu związania ofertą (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego lub samodzielnie przez wykonawcę), a sankcja odrzucenia oferty powiązana jest wyłącznie z odmową zgody na przedłużenie w odpowiedzi na wniosek zamawiającego, to stosowanie takiej sankcji

w sytuacji, gdy wezwanie w ogóle nie było do wykonawcy skierowane (przenosząc na grunt przedmiotowego postępowania), jest niezasadne. (...)

Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody.

Zauważyć należy, iż żaden przepis ustawy nie wymaga permanentnego utrzymania przez wykonawcę stanu związania ofertą, a tylko to mogłoby być podstawą w razie upływu tego terminu do rozpatrywania niezgodności takiej oferty z ustawą. Jednocześnie de lege lata żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. Izba stoi na stanowisku, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. (...)

Końcowo podkreślić należy, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku

zawarcia umowy, natomiast możliwość podpisania umowy z wykonawcą, który nie potwierdził na ten termin związania ofertą, jest w orzecznictwie możliwością niekwestionowaną.”

W wyroku KIO z dnia 06 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 151/17 słusznie zauważono, iż „(...) gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą, czy to samodzielnie, czy też na wezwanie zamawiającego, to powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą.”

Analizując zagadnienie zastosowania przepisów KC w odniesieniu do zagadnienia trwałości terminu związania ofertą, to odmiennosc regulacji KC względem Pzp, przedstawiona została w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. (sygn. Akt XXIII Ga 924/14) przez Sąd Okręgowy, który orzekł, iż „nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Zasadniczą rozbieżnością w zakresie charakteru składanych ofert jest to, że oferta, o której mowa w art. 66 k.c., powoduje taki stan związania złożonym oświadczeniem, że samo przyjęcie oferty prowadzi do zawarcia umowy, natomiast w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do zawarcia umowy nie wystarczy samo wybranie oferty, a konieczne jest dodatkowe oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy), upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, brak jest zatem podstaw, aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku”.

Dalej Sąd Okręgowy reasumuje, że „z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów pzp, należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesadza o nieskuteczności oferty a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.” (.)

Reasumując, Izba w składzie wydającym niniejsze orzeczenie stoi na stanowisku, iż sytuację odrzucenia oferty należy traktować jako wyjątkową, a przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty należy interpretować w sposób ścisły. Odesłanie z art. 89 ust. 1 pkt 7a do art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie udzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tj. sytuacji, w której zamawiający w określonej cezurze czasowej wystąpi do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, a ten zaniecha przedłużenia przedmiotowego terminu lub odpowie na wezwanie w sposób niezgodny z jego treścią. Zgodnie z powszechnie przyjętym w orzecznictwie poglądem, rozszerzenie przesłanek

odrzućenia oferty poza granice wyznaczone przepisami ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie przecięło przywołane wyżej postanowienie TSUE (z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17). Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż skoro art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można przedmiotowej przesłanki odrzucenia rozciągać również na inne, niewskazane w treści przepisu przypadki. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. W żadnym wypadku nie można zatem uznać, że z momentem upływu terminu związania ofertą złożoną przez Odwołującego przestał On być uczestnikiem postępowania. Poza tym sam Zamawiający nie zastosował do oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Gdyby Ustawodawca chciał, aby podstawa odrzucenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 89 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby odnośnika do wyrażenia „nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą”, ale zastosowałby określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”, „nie przedłużyli okresu związania ofertą” i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie wyraził zgody” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp skorelowanej z odpowiedzią na wezwanie zamawiającego.”

#### Zarzut dotyczący przyznania przez zamawiającego punktów w kryterium

doświadczenie pracownika biurowego w sytuacji wskazania tej samej osoby w dwóch

odrębnych częściach zamówienia, które będą realizowane w dwóch różnych biurach na

terenie miasta Łława, przy wskazaniu w treści oferty godzin pracy biura od 7.00 do 18.00, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W § XIV „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.” ust. 2 SIWZ zamawiający podał, że „W odniesieniu do wykonawców, którzy spełnili postawione warunki komisja dokona oceny ofert na podstawie następujących kryteriów - dotyczy części 1 i 2: (...)”, wśród których w tabeli (poz. 3) wskazał kryterium „Doświadczenie pracownika biura (DPB)”, przypisując temu kryterium 10% znaczenie.

W § XIV ust. 5 wskazał następujący sposób oceny w tymże kryterium:

- 1) „Za brak wykazania lub brak posiadania doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez min. 6 miesięcy w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 0,00 pkt.
- 2) Za wykazanie doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez min. 6 miesięcy w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 5,00 pkt,
- 3) Za wykazanie doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez min. 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 7,50 pkt,
- 4) Za wykazanie doświadczenia przez osobę skierowaną do wykonywania czynności pracownika biura w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej przez min. 18 miesięcy w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca otrzyma - 10,00 pkt,
- 5) Punkty zostaną przyznane na podstawie oświadczenia złożonego w pkt 3 Formularza ofertowego - tabela (Załącznik 1 a lub 1b do SIWZ). W przypadku niepodania przez Wykonawcę w pkt 3 [...] imienia i nazwiska oraz informacji na temat wymaganego doświadczenia wykonawca otrzyma 0 pkt. ”

W złożonych wraz z ofertą Formularzach ofertowych (dla części 1 - załącznik nr 1a do SIWZ oraz dla części 2 - załącznik nr 1b do SIWZ) w pkt. 3 przystępujący wskazał, jako osobę wyznaczoną do wykonywania funkcji pracownika biura, panią E.Ś. o 18-sto miesięcznym doświadczeniu w zakresie wykonywania prac administracyjno-biurowych związanych z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej.

Pismem z dnia 5 lutego 2020 r. - „Zawiadomienie (Ogłoszenie) o wyborze

najkorzystniejszej oferty” zamawiający zawiadomił wykonawców, że w części 1 oraz 2 dokonał wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty przystępującego. Poinformował także, iż w obu częściach w kryterium „Doświadczenie pracownika biura” ofercie przystępującego przyznał 10 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający, dokonując oceny ofert przystępującego w części 1 oraz w części 2 zasadnie przyznał po 10 pkt w kryterium „Doświadczenie pracownika biura”.

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na

podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Art. 91 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp brzmi: „Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: (.) 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;”

Niewątpliwie jednym z kryteriów oceny ofert, przewidzianym przez zamawiającego w odniesieniu do obu części było „Doświadczenie pracownika biura” (§ XIV ust. 2 SIWZ - poz. 3 tabeli).

Niewątpliwie też za doświadczenie pracownika biura wynoszące min. 18 miesięcy zamawiający przewidział przyznanie 10 pkt (§ XIV ust. 5 pkt 4 SIWZ).

Niewątpliwie wreszcie zamawiający przewidział, że przyzna punkty w tym kryterium na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w pkt 3 Formularza ofertowego każdej z części (§ XIV ust. 5 pkt 5 SIWZ).

Skoro przystępujący, zarówno w pkt 3 Formularza ofertowego dla części 1, jak i dla części 2, wskazał osobę o 18-sto miesięcznym doświadczeniu (zakres doświadczenia nie był sporny) to zamawiający zobowiązany był, stosując wskazane powyżej postanowienia SIWZ, przyznać - w przypadku oferty przystępującego dla części 1 i 2 - po 10 pkt.

Podkreślenia wymaga, że wiązanie sposobu oceny ofert z zastosowaniem przewidzianych kryteriów oceny ofert ze sposobem oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie znajduje umocowania w przepisach ustawy Pzp. Przypomnieć należy, że obowiązkiem zamawiającego jest ujęcie w SIWZ odrębnie samych warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp) oraz odrębnie opisu kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wprost wskazał, że ocenie zostaną podane „jedynie” oferty wykonawców, którzy spełnili postawione warunki udziału w postępowaniu (§ XIV ust. 2 SIWZ), przesądzając tym samym o odrębności obu etapów oceny (wykonawcy i oferty).

Bez znaczenia zatem, dla oceny ofert w kryterium „Doświadczenie pracownika biura”, pozostawały wywody odwołującego co do konieczności oceny ofert w tym kryterium w powiązaniu z ustanowionym przez zamawiającego warunkiem w zakresie zdolności zawodowej.

Wskazać nadto należy, że wiązanie sposobu oceny ofert w kryterium „Doświadczenie pracownika biura” ze sposobem oceny ofert w innym kryterium - „Czas pracy biura cmentarza” także nie znajduje umocowania ani w przepisach ustawy Pzp, ani w opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ.

Nie sposób także pominąć, że zamawiający nie poczynił w ramach opisanego przez siebie sposobu oceny ofert z zastosowaniem ustalonych kryteriów żadnych zastrzeżeń co do tego, czy zakazanym/nakazanym jest wskazanie dwóch różnych osób - pracowników biura w każdej z części zamówienia.

Uzupełniająco skład orzekający Izby zauważa, że w § XIV ust. 5 pkt 5 SIWZ zamawiający, pomimo odniesienia się dwóch załączników, odnoszących się do obu części zamówienia użył liczby pojedynczej: „W przypadku nie podania (...) (Załącznik nr 1a lub 1b) imienia i nazwiska (...)”, co skłania do wniosku, że w obu załącznikach wykonawca mógł wskazać tą samą osobę.

Sposób oceny ofert w kryterium „Doświadczenie pracownika biura” był jednoznaczny tak co do tego za co zostaną przyznane punkty i w jakiej ilości (§ XIV ust. 5 pkt 1 - 4 SIWZ)

oraz na jakiej podstawie (§ XIV ust. 5 pkt 1 - 5 SIWZ) - obowiązkiem zamawiającego było trzymanie się wskazanego w SIWZ sposobu oceny ofert.

Oczekiwanie przez odwołującego przyznania przez zamawiającego ofercie przystępującego 0 pkt za wskazanie tej samej osoby jako pracownika biura o 18-sto miesięcznym doświadczeniu w obu częściach jest - w świetle postanowień SIWZ - niezasadne, ponieważ jedyny przypadek przewidziany przez zamawiającego (przyznania 0 pkt) to „brak wykazania lub brak posiadania doświadczenia” w minimalnym 6-cio miesięcznym okresie minimalnym (§ XIV ust. 5 pkt 1 SIWZ).

Odnosząc się do wskazanej przez odwołującego podstawy prawnej - naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, skład orzekający Izby zauważył, że przepis ten dotyczy sposobu konstruowania przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które ujmowane są w ramach SIWZ - naruszenie tegoż przepisu może być przez wykonawcę podnoszone w terminie przewidzianym na złożenie odwołania wobec treści SIWZ, nie zaś na etapie oceny

ofert (którego to etapu dotyczy rozpoznawane przez skład orzekający Izby odwołanie

z 7 lutego 2020 r.).

Odnosząc się do wskazanej przez odwołującego podstawy prawnej - naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy Pzp, skład orzekający Izby zauważył, że poza samym wskazaniem tegoż artykułu w odwołaniu odwołujący nie zaprezentował żadnej odrębnej argumentacji, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że skoro zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, to w konsekwencji nie naruszył także art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, ponieważ nie potwierdził się zarzut dotyczący przyznania przez zamawiającego punktów w kryterium doświadczenie pracownika biurowego w sytuacji wskazania tej samej osoby w dwóch odrębnych częściach zamówienia, które będą realizowane w dwóch różnych biurach na terenie miasta Ława, przy wskazaniu w treści oferty godzin pracy biura od 7.00 do 18.00, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Skład orzekający Izby nie zasądził od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów z tytułu dojazdu na rozprawę samochodem osobowym, ponieważ zamawiający nie złożył w tym zakresie żadnego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U.

z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....

KIO 253/20