Sygn. akt: KIO 2526/21

WYROK

z 5 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 4 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Scientific S.A.

z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zachętę - Narodową Galerię Sztuki z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawcy Skanowanie.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Scientific S.A. z siedzibą w Warszawie i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od odwołującego Scientific S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Skanowanie.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez tego wykonawcę z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2526/21

Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi

na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Digitalizacja obiektów znajdujących się w zbiorach Zachęty", numer: ZP/6/2021, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00097317/01.

25 sierpnia 2021 r. wykonawca Scientific S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie części I postępowania, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 Pzp przez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, w szczególności przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Skanowanie.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie (dalej: Przystępujący) jako najkorzystniejszej oferty i bezpodstawne przyznanie tej ofercie 30 punktów w ramach kryterium „doświadczenie personelu (I)",

2. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

z ostrożności - art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do poprawienia lub uzupełnienia, w wyznaczonym terminie, podmiotowego środka dowodowego,

3. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp przez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, w szczególności przez zaniechanie udostępnienia

Odwołującemu, na jego dwukrotny wniosek, protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,

2. niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami,

3. dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym nie przyznania ofercie Przystępującego jakichkolwiek punktów w ramach kryterium „doświadczenie personelu (I)",

4. odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a w razie gdyby Izba uznała, że brak było możliwości bezpośredniego odrzucenia oferty Przystępującego - nakazanie Zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia, w wyznaczonym terminie, podmiotowego środka dowodowego,

5. dokonania ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

4 października 2021 r., w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut wskazany w punkcie 2. Odwołujący oświadczył również, że żądanie niezwłocznego udostępnienia mu przez Zamawiającego protokołu postępowania wraz z załącznikami stało się nieaktualne.

W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający w Rozdziale X Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) wskazał, że zgodnie z art. 274 ust. 1 Pzp, przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia, określonych w SWZ podmiotowych środków dowodowych.

Z kolei w Rozdziale XX ust. 1 SWZ Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert:

1. Całkowita cena oferty - waga 50%,
2. Doświadczenie personelu (I) - waga 30%,
3. Doświadczenie personelu (II) - waga 20%.

W zakresie kryterium „Doświadczenie Personelu (I)" Zamawiający wskazał, że: kryterium doświadczenie personelu rozpatrywane będzie na podstawie oświadczenia złożonego w formularzu oferty oraz dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie złożone wraz z ofertą, w następujący sposób:

1. Jeżeli osoba, którą dysponuje Wykonawca i która zostanie skierowana do realizacji zamówienia, świadczyła usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 4 instytucji kultury - Wykonawca otrzyma 30 pkt,
2. Jeżeli osoba, którą dysponuje wykonawca i która zostanie skierowana do realizacji zamówienia, świadczyła usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 2 instytucji kultury - Wykonawca otrzyma 15 pkt;

Wykonawca miał oświadczyć powyższe w formularzu ofertowym, a w przypadku, gdy oświadczyłby, że dysponuje ww. osobą zobowiązany był dołączyć do oferty dokumenty, które potwierdzały posiadane doświadczenie (np. potwierdzenie podmiotu, na rzecz którego wskazana osoba wykonywała usługę / oświadczenie osoby posiadającej wymagane doświadczenie).

Wykonawca zobowiązany był, w przypadku dysponowania ww. osobą, zapewnić, aby osoba ta brała udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

W przypadku, gdy wykonawca oświadczyłby powyższe w formularzu ofertowym, ale nie dołączył wymaganych dokumentów potwierdzających, Zamawiający nie przyznałby dodatkowych punktów kryterium. Zamawiający zaznaczył przy tym, że dokumenty składane przez wykonawców w celu oceny oferty w ramach ww. kryterium nie będą podlegały uzupełnieniu.

Oferta Przystępującego w ramach tego kryterium uzyskała maksymalną liczbę punktów - 30. W ocenie Odwołującego brak było podstaw do przyznania ofercie Przystępującego jakichkolwiek punktów w ramach ww. kryterium.

W pkt 3 Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ) Przystępujący oświadczył, że dysponuje osobą, która świadczyła usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 4 instytucji kultury, wskazując w tym punkcie na panią M.M. oraz panią A.O. Na potwierdzenie złożonej deklaracji wykonawca załączył oświadczenia ww. osób, wykaz doświadczenia ww. osób (w formie tabelarycznej) oraz cztery referencje wystawione przez Klasztor Franciszkanów w Krakowie.

Po pierwsze, pani M.M. i pani A.O., zgodnie z informacjami podanymi w tabeli, nabyły swoje doświadczenie w realizacji zamówień na rzecz Klasztoru Franciszkanów w Krakowie. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XX ust. 1 SWZ Zamawiający wymagał, by osoba wskazywana przez wykonawcę do punktacji w kryterium doświadczenie personelu (I) świadczyła usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum

4 instytucji kultury. Za internetową encyklopedią Wikipedia Odwołujący wskazał, że instytucją kultury jest zakład o charakterze publicznym zajmujący się upowszechnianiem kultury (państwowy lub samorządowy). Przybiera różne formy organizacji, np. teatr, kino, instytucja filmowa, muzeum, biblioteka, opera, operetka, filharmonia, orkiestra, dom kultury, ognisko artystyczne, galeria sztuki, ośrodek badań i dokumentacji. Zasady organizacji instytucji kultury w Polsce reguluje ustawa z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U.2020.194 t.j. z 2020.02.07).

Analizując postanowienia przywołanej ustawy nie sposób było przyjąć, by Klasztor Franciszkanów w Krakowie mógł być potraktowany jako wymagana przez Zamawiającego w kryterium „instytucja kultury". Klasztor Franciszkanów to miejsce kultu religijnego i nie wpisywał się w pojęcie instytucji kultury w rozumieniu SWZ.

Zamawiający mógł przyznać ofercie Przystępującego 30 punktów w kryterium doświadczenie personelu (I) jedynie wówczas, gdy osoba, którą dysponował ten wykonawca i która zostałaby skierowana do realizacji zamówienia, świadczyła usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 4 instytucji kultury. Abstrahując

od tego, że Klasztor Franciszkanów w Krakowie nie był instytucją kultury, to Przystępujący w złożonej ofercie wskazał wyłącznie jeden podmiot, na rzecz którego wykonane zostały usługi. Wykonawca wykazał zatem doświadczenie ww. osób dla jednego podmiotu, nie zaś dla minimum czterech instytucji kultury. Dlatego Zamawiający nie miał nie był uprawniony do przyznania ofercie Przystępującego jakichkolwiek punktów w kryterium doświadczenie personelu (I).

Zarzut nr 3

Stosownie do art. 74 ust. 1 i 2 Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

Zamawiający 20 sierpnia 2021 r. (piątek, godz. 18:52:53), za pośrednictwem platformy zakupowej przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 postępowania.

Odwołujący w następnym dniu roboczym, tj. w poniedziałek 23 sierpnia 2021 r., za pomocą platformy zakupowej złożył Zamawiającemu wniosek o przesłanie:

1. protokołu z postępowania przetargowego (w zakresie części 1 postępowania),

2. pełnej korespondencji prowadzonej w niniejszym postępowaniu między Zamawiającym a Przystępującym.

Odwołujący wniósł, by powyższe dokumenty Zamawiający udostępnił (przesłał przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) najpóźniej do 24 sierpnia 2021 r., do godz. 12:00. Zamawiający nie zareagował na złożony wniosek i nie udostępnił Odwołującemu żądanych dokumentów. Następnie 24 sierpnia 2021 r., o godz. 13:22, Odwołujący po raz kolejny, za pomocą platformy zakupowej, zawnioskował o udostępnienie dokumentów, wysyłając do Zamawiającego następującą wiadomość :

„W związku z faktem, że na chwilę obecną (24.08 godz. 13.20) nie odpowiedzieli Państwo na nasze wezwanie do przesłania protokołu z postępowania przetargowego oraz pełnej korespondencji prowadzonej w postępowaniu - ponownie wnosimy o pilne (najpóźniej dzisiejszym do godziny 15) udostępnienie dokumentów o których mowa w piśmie kierowanym do Państwa 23 sierpnia 2021".

Na drugi wniosek Odwołującego Zamawiający również nie zareagował i nie udostępnił żądanych dokumentów.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył do odwołania wydruk korespondencji z platformy zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odczytał obie wiadomości Odwołującego, odpowiednio 23 i 24 sierpnia br.

Jeżeli Zamawiający nie mógł niezwłocznie udostępnić dokumentacji przetargowej od 20 sierpnia 2021 r., to nie powinien w tym dniu dokonywać czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający, mimo dwukrotnych próśb ze strony Odwołującego, nie umożliwił w ogóle Odwołującemu zapoznania się z dokumentacją postępowania. Tym samym zaniechanie niezwłocznego udostępnienia dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego wpłynęło na wynik postępowania, bowiem Odwołujący nie był w stanie kompleksowo ocenić sytuacji w przetargu i w pełny sposób sformułować zarzutów, żądań i argumentacji dotyczących oferty i dokumentów złożonych przez Przystępującego.

Dokonanie wglądu w protokół postępowania wraz z załącznikami było niezbędne i kluczowe dla prawidłowego przygotowania odwołania, do wniesienia którego termin upływał 25 sierpnia 2021 r. Odwołujący nie posiadał kompletu dokumentacji postępowania i nie mógł poddać

jej analizie, a następnie odpowiednio sformułować zarzuty odwołania. Treści wniesionego odwołania nie można zmienić, nie można też cofnąć odwołania bez uszczerbku

finansowego.

10 września 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia je w całości.

21 września 2021 r. Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia, co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

24 września 2021 r. Przystępujący oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

W ocenie Przystępującego Odwołujący oparł zarzut na błędnym utożsamieniu warunków udziału w postępowaniu (dotyczącym personelu, który wykonał bezpośrednio usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera w ramach co najmniej 2 zamówień - pkt. VIII.1.4) z kryterium oceny doświadczenia personelu dedykowanego

do realizacji przedmiotu zamówienia (pkt. XX.1.2 SWZ).

Odwołujący podniósł, że Przystępujący na potwierdzenie oświadczenia złożonego w punkcie 3 formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ), w przedmiocie dysponowania osobą, która świadczyła usługi digitalizacji dla minimum 4 instytucji kultury, załączył do oferty:

1. oświadczenie osób dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia;
2. wykaz doświadczenia ww. osób (w formie tabelarycznej);
3. cztery referencje wystawione przez Klasztor Franciszkanów w Krakowie.

W rzeczywistości Przystępujący, na potwierdzenie ww. oświadczenia, złożył wraz z ofertą wyłącznie oświadczenia osób dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia z 13 lipca 2021 r. Oświadczenia te zgodnie z pkt. XX.1.2 SWZ były wystarczającym środkiem dowodowym w postępowaniu.

Referencje wystawione przez Klasztor Franciszkanów w Krakowie, na które wskazał Odwołujący, zostały złożone w celu potwierdzenia spełniania warunków zdolności zawodowej w postępowaniu. Powyższe zostało wprost wskazane przez Przystępującego w

formularzu ofertowym - Załącznik nr 4 do SWZ.

Odwołujący zatem myląc wykaz podmiotów, w których personel Przystępującego realizował co najmniej 2 zamówienia, złożony w celu wykazania spełniania przez Przystępującego warunków udziału w Postępowaniu, z dowodami na poparcie oświadczenia Przystępującego o dysponowaniu personelem, który świadczył usług digitalizacji w co najmniej 4 instytucjach kultury tj. oświadczeniami tego personelu, postawił bezpodstawny zarzut odwołania.

W toku badania oferty Zamawiający 21 lipca 21 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie oświadczeń Pani M.M. oraz Pani A.O. wraz z prośbą o wskazanie nazw oraz adresów instytucji kultury, o których mowa w oświadczeniach z 13 lipca 2021 r.

21 lipca 2021 r. Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie wskazał następujące instytucje kultury:

1. Archiwum Państwowe w Kielcach;
2. Archiwum Akt Nowych;
3. Archiwum Państwowe w Siedlcach;
4. Archiwum Państwowe w Płocku.

Potwierdzeniem świadczenia przez Panią M.M. oraz A.O. usług digitalizacji na rzecz ww. instytucji kultury było oświadczenie Przystępującego, a także referencje z ww. instytucji.

Zarzut nr 3

Przystępujący nie podjął polemiki z zarzutem bowiem nie posiadał wiedzy w zakresie udostępnienia dokumentacji Odwołującemu. Wskazał jednak, że Odwołujący posiadając siedzibę w tym samym mieście co Zamawiający, bez większych problemów, mógł wykonać fotokopię akt postępowania i w taki sposób powziąć wiedzę w zakresie załączników do protokołu postępowania.

Przystępujący podniósł, że nawet jeżeli zarzut ten potwierdziłby się to i tak pozostałby bez wpływu na wynik postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Skanowanie.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,

że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

W zakresie dotyczącym zarzutów odwołania Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert w postępowaniu:

1. Całkowita cena oferty - waga 50%,
2. Doświadczenie personelu (I) - waga 30%,
3. Doświadczenie personelu (II) - waga 20%.

W zakresie kryterium Doświadczenia personelu (I) Zamawiający określił następujące zasady w Rozdziale XX ust. 1 pkt 2:

„Kryterium doświadczenie personelu (I) rozpatrywane będzie na podstawie oświadczenia złożonego w formularzu oferty oraz dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie złożone wraz z ofertą w następujący sposób:

> Jeżeli osoba, którą dysponuje Wykonawca i która zostanie skierowana do realizacji zamówienia, świadczyła usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 4 instytucji kultury - Wykonawca otrzyma 30 pkt,
>
> Jeżeli osoba, którą dysponuje wykonawca i która zostanie skierowana do realizacji zamówienia, świadczyła usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 2 instytucji kultury - Wykonawca otrzyma 15 pkt;

Wykonawca oświadczy powyższe w formularzu ofertowym, a w przypadku, gdy oświadczy, że dysponuje ww. osobą zobowiązany jest dołączyć do oferty dokumenty, które potwierdzą posiadane doświadczenie (np. potwierdzenie podmiotu, na rzecz którego wskazana osoba wykonywała usługę / oświadczenie osoby posiadającej wymagane doświadczenie). Wykonawca zobowiązany jest, w przypadku dysponowania ww. osobą, zapewnić, aby osoba ta brała udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

W przypadku, gdy Wykonawca oświadczy powyższe w formularzu ofertowym, ale nie dołączy wymaganych dokumentów potwierdzających - Zamawiający nie przyzna dodatkowych punktów w kryterium - dokumenty nie podlegają uzupełnieniu”.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający założył, że ocena ofert w ramach kryterium zostanie przeprowadzona na podstawie oświadczeń złożonych w formularzu oferty oraz dołączonych do oferty oświadczeń osób posiadających określone doświadczenie. Zamawiający nie ustanowił przy tym żadnych wymogów dotyczących treści tych oświadczeń personelu wykonawcy.

W formularzu ofertowym Przystępujący złożył oświadczenie, że dysponuje osobami, które świadczyły usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 4 instytucji kultury, tj. Panią M.M. i Panią A.O. Wraz z ofertą Przystępujący złożył podpisane przez obie ww. osoby oświadczenia o treści:

„Ja, (...) oświadczam, że posiadam wymagane doświadczeniem i świadczyłam usługi digitalizacji rozumianej jako dokumentacja zasobów przy użyciu skanera dla minimum 4 instytucji kultury (...)”.

Na okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Przystępujący złożył (zgodny z Załącznikiem nr 4 do SWZ) Wykaz

zrealizowanych usług, oświadczenie o osobie, którą dysponuje wykonawca oraz wykaz sprzętu do potwierdzenia spełniania warunku zdolność techniczna lub zawodowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na digitalizację obiektów znajdujących się w zbiorach Zachęty. W wykazie tym Przystępujący wskazał realizację czterech usług na rzecz Klasztoru Franciszkanów w Krakowie. Żaden z dokumentów czy oświadczeń złożonych przez Przystępującego na potrzebę oceny oferty w ramach kryterium doświadczenia personelu (I) nie dotyczył usług zrealizowanych na rzecz Klasztoru Franciszkanów w Krakowie.

21 lipca 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie, w którym wskazał: „Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 2019) Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie oświadczeń Pani M.M. oraz Pani A.O. dotyczących posiadanego doświadczenia polegającego na dokumentacji zasobów przy użyciu skanera dla minimum 4 instytucji kultury - proszę wskazać nazwy i adresy instytucji kultury,

o których mowa w oświadczeniach dołączonych do oferty (...)".

W odpowiedzi Przystępujący wyjaśnił w tym samym dniu, że przedmiotowe usługi zostały zrealizowane na rzecz:

1. Archiwum Państwowego w Kielcach,
2. Archiwum Państwowego w Siedlcach,
3. Archiwum Akt Nowych w Warszawie,
4. Archiwum Państwowego w Siedlach.

10 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień:

„(.) Proszę potwierdzić, czy doświadczenie Pani Martyny Milewskiej oraz Anny Orzeszek w realizacji usług na rzecz Archiwum Państwowego w Kielcach oraz Archiwum Akt Nowych zostało nabyte podczas realizacji przez Wykonawcę zamówienia dla Instytutu Solidarności i Męstwa im. Witolda Pileckiego w przedmiocie digitalizacji obiektów archiwalnych ze zbiorów Archiwum Państwowego w Lublinie, Archiwum Państwowego w Kielcach, Archiwum Akt Nowych w Warszawie (.)".

W odpowiedzi, 12 sierpnia 2021 r. Przystępujący wyjaśnił, że: „(.) Pani M.M. oraz Pani A.O. są naszymi długoletnimi pracownikami firmy Mikrofilm-Service, a obecnie Skanowanie.pl Sp. z o.o. Brały udział w wielu projektach digitalizacyjnych na przestrzeni kilku lat dla różnych instytucji kultury, w tym dla przedstawionych przykładowych 4 instytucji kultury z przesłanego do Państwa, Oświadczenia p. M.B. z dn. 21.07.2021".

20 sierpnia 2021 r. Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, że jako najkorzystniejsza w ramach części I postępowania została wybrana oferta Przystępującego. Zamawiający wskazał m. in., że ofercie przystępującego zostało przyznanych 30 punktów w ramach kryterium doświadczenia personelu (I).

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny w ocenie Izby Zamawiający w prawidłowy sposób ocenił ofertę Przystępującego w ramach kryterium doświadczenia personelu (I).

Przystępujący złożył w formularzu oferty oraz wraz z ofertą wymagane przez Zamawiającego oświadczenia, a oświadczenia te były zgodne z wymogami określonymi w SWZ. W toku rozprawy Odwołujący podniósł zarzut, że oświadczenia te były zbyt ogólnikowe i nie wynikało z nich jakich usług dotyczą i na czyją rzecz zrealizowanych. Odwołujący wskazał ponadto, że obowiązkiem wykonawców było złożenie oświadczenia zawierającego informacje pozwalające na zidentyfikowanie podmiotów na rzecz których wykonawca zrealizował usługi. Zamawiający nie określił jednak wymogu podania takich informacji w formularzu oferty bądź w oświadczeniach personelu wykonawcy. Podkreślić należy, że na obecnym etapie postępowania zawężająca wykładnia sposobu rozumienia wymogów SWZ jest niedopuszczalna. Dlatego też w ocenie Izby - jakkolwiek oświadczenia złożone przez Przystępującego były bardzo lakoniczne, to w sposób niewątpliwy i zgodny z SWZ potwierdzały, że Pani M.M. i A.O. posiadają odpowiednie doświadczenia. Dlatego też

Zamawiający ocenił ofertę Przystępującego w sposób zgodny z regułami określonymi w SWZ.

Potwierdziło się przy tym twierdzenie Przystępującego, że usługi na rzecz Klasztoru Franciszkanów w Krakowie wykazane w Załączniku nr 4 nie dotyczyły oceny ofert w ramach kryterium doświadczenia personelu (I).

Z powyższych względów w ocenie Izba przyznając ofercie Przystępującego 30 punktów w ramach oceny oferty w ww. kryterium Zamawiający nie naruszył art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 Pzp.

Zarzut nr 3

Okolicznością niesporną między stronami jest fakt udostępnienia przez Zamawiającego żądanej dokumentacji dopiero 26 sierpnia 2021 r. Odwołujący złożył dowody, które potwierdzały, że Zamawiający mimo dwukrotnej prośby ze strony Odwołującego nie udostępnił mu dokumentacji postępowania. Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył również dowód, z którego wynikało, że do przedmiotowego zaniechania doszło w wyniku błędu Zamawiającego. Odwołujący oświadczył ponadto, że dzień po wniesieniu odwołania,

26 sierpnia 2021 r. Zamawiający przekazał mu całość żądanej dokumentacji.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nr 3 odwołania potwierdził się. Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp:

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Biorąc pod uwagę zakres oczekiwanych dokumentów, oraz etap postępowania na którym Odwołujący zwrócił się o ich udostępnienie, obowiązkiem Zamawiającego było udostępnić te dokumenty. Zaniechanie udostępnienia stanowiło zatem naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 Pzp. Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny w ocenie Izby naruszenie powyższe nie miało jednak wpływu na wynik postępowania.

Termin wniesienia odwołania przeciwko wyborowi najkorzystniejszej oferty upływał, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp 25 sierpnia 2021 r. i do upływu tego terminu Odwołujący nie dysponował możliwością wglądu do dokumentacji postępowania. W tej sytuacji zasadne było twierdzenie, że Zamawiający uniemożliwił mu pełne odniesienie się do wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego. Nie można jednak pominąć faktu, że Zamawiający 26 sierpnia 2021 r. udostępnił Odwołującemu tą dokumentację.

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Co za tym idzie Odwołujący miał możliwość wniesienia kolejnego odwołania, w oparciu o przekazane mu 26 sierpnia dokumenty, z powołaniem na termin do wniesienia odwołania wynikający z art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp. Byłoby to tym bardziej zasadne, że w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący złożył dowód, z którego wynikało, że

do czasu upływu terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp, z winy Zmawiającego nie był w stanie w pełni skorzystać

z możliwości wniesienia odwołania. Możliwość ta zaistniała dopiero z chwilą przekazania dokumentacji przez Zamawiającego, co uzasadniało skorzystanie przez Odwołującego

z możliwości wniesienia dodatkowego odwołania w terminie określonym w art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp. Z tej możliwości Odwołujący jednak nie skorzystał.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Na etapie rozprawy przez Krajową Izbą Odwoławczą pierwotne żądanie Odwołującego, tj. żądanie przekazania mu dokumentacji było bezprzedmiotowe ponieważ Zamawiający spełnił je jeden dzień po wniesieniu odwołania. Natomiast twierdzenie Odwołującego, że unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty jest niezbędne dla zapewnienia Odwołującemu możliwości skorzystania z prawa do wniesienia odwołania było bezzasadne w świetle poczynionych ustaleń. Z tego względu w ocenie Izby zaniechanie przekazania prze Odwołującego dokumentacji postępowania przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty nie wpłynęło na wynik postępowania wobec faktu, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości wniesienia odwołania w terminie wynikającym z art.515 ust 3 pkt 2 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. SWZ z załącznikami,
2. oferty Przystępującego,
3. korespondencji Zamawiającego i Przystępującego w zakresie dotyczącym wyjaśnienia informacji zawartych w oświadczeniach dotyczących doświadczania personelu Przystępującego,
4. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
5. korespondencji Odwołującego i Zamawiającego dotyczącej udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania,
6. dowodu złożonego przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron na okoliczność wykazania, że to z winy Zamawiającego nie doszło do terminowego przekazania ww. dokumentacji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r.

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).