

WYROK

z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 23 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 marca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Stekop – Ochrona spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Choroszczu, Stekop Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Safety spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Providers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Stekop – Ochrona spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Choroszczu, Stekop Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Security Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Stekop – Ochrona spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Choroszczu, Stekop Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie**, na rzecz zamawiającego **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi, na podstawie art. 359 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) – dalej: „ustawa Pzp”, pn. „Zapewnienie ochrony osób i mienia, ładu i porządku w granicach chronionych obszarów UCK oraz obsługa ruchu wewnętrznego i systemu parkingowego na terenie UCK”, o wartości szacunkowej zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp, Numer referencyjny: 34/US/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 marca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 045-112228.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Stekop – Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Choroszczu, Stekop Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (dalej: „Odwołujący”) 4 marca 2021 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Safety spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** (dalej: „Wykonawca Impel”),
- 2) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty Odwołującego i niezasadnym uznaniu, że:
 - a) w okolicznościach przedmiotowej sprawy w wyniku wyjaśnień z dnia 29 marca 2021 r. doszło do przekazania informacji, które prowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, podczas gdy wyjaśnienia i zawarte w nich

informacje stanowiły jedynie wykładnie (wyjaśnienie) treści oferty pierwotnie złożonej, w żadnym wypadku nie uległy zmianie informacje zawarte w formularzu ofertowym podlegające ocenie w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym oraz doświadczenie koordynatora w branży związanej z bezpieczeństwem takie jak: „okres pracy na stanowisku” oraz korelujący z nim - „zakres czynności”,

- b)w okolicznościach przedmiotowej sprawy w wyniku wyjaśnień z dnia 29 marca 2021 r. doszło do omyłki w ofercie Odwołującego, która zobowiązywała Zamawiającego do podjęcia działań opisanych w art. 223 ust. 2 Pzp, podczas gdy Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2021 r. jedynie porządkująco sprostował nazwę podmiotu na rzecz którego praca była świadczona, dane zawarte w tej kolumnie pozostawały obojętne wobec oceny oferty przy użyciu kryteriów oceny ofert, bowiem od zakresu czynności - pełnionych funkcji oraz okresu przez jaki były wykonywane określone czynności powinna zależeć punktacja w przywołanych powyżej kryteriach oceny ofert,
- c)Pan T. Ż. wykonywał czynności kierownicze i posiada doświadczenie w wykonywaniu czynności, które wykonuje osoba na stanowisku kierowniczym, nie był jednak zatrudniony na stanowisku kierowniczym, podczas gdy o zajmowanym stanowisku decyduje nie jego nazwa a faktycznie i rzeczywiście wykonywany zakres czynności; podczas gdy celem kryterium oceny ofert było przyznanie punktów za dysponowanie osobą, która rzeczywiście realizowała czynności kierownicze i faktycznie nabyła doświadczenie w wykonywaniu czynności kierowniczych; innymi słowy treść SWZ prowadzi do wniosku, iż należy postawić znak równości pomiędzy doświadczeniem na stanowisku kierowniczym a zakresem wykonywania czynności kierowniczych, a w konsekwencji:
- 3) dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny ofert tj. poprzez uznanie, że czynności wykonywane w latach 2013-2015 świadczące o nabyciu doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych ergo zajmowaniu stanowiska kierowniczego nie mogą być punktowane w kryterium oceny ofert i zaliczone do łącznego wymiaru lat doświadczenia koordynatora na stanowisku kierowniczym, podczas gdy oferta Odwołującego powinna w przedmiotowym kryterium oceny ofert uzyskać 20 pkt,
- 4)nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty Wykonawcy Impel poprzez przyjęcie, iż Wykonawca Impel wykazał się doświadczeniem Pana R. U. w pełnieniu funkcji koordynatora na stanowisku kierowniczym, podczas gdy Pan R. U. nie pełnił w Auchan Polska nieprzerwanie we wskazanym w treści oferty okresie funkcji kierowniczych, nie zajmował stanowiska kierowniczego, nie pełnił funkcji koordynatora albowiem Agent Ochrony nie jest stanowiskiem kierowniczym, nie wiąże się z wykonywaniem czynności przypisanych stanowiskom kierowniczym związanych z koordynacją działań innych osób, nadzorem nad realizacją zadań, organizacją czasu pracy, układaniem grafików służb, rozliczaniem, raportowaniem Zamawiającemu o stanie bezpieczeństwa,
- 5) dokonanie oceny oferty Wykonawcy Impel niezgodnie z kryteriami oceny ofert tj. poprzez uznanie, że Agent Ochrony jest stanowiskiem kierowniczym i Wykonawca Impel uprawniony jest do otrzymania punktów za okres zatrudnienia Pana R. U. w Auchan Polska, podczas gdy Agent Ochrony nie jest stanowiskiem kierowniczym jak również zakres czynności realizowany na tym stanowisku nie odpowiada zakresowi stanowiska kierowniczego, w konsekwencji nie jest możliwa zmiana pierwotnie wskazanego w treści oferty okresu pracy Pana R. U. w Auchan Polska poprzez pomniejszenie wskazanego okresu pracy o lata w których wykonywał czynności/ zajmował stanowisko Agent Ochrony albowiem stanowiłoby to nieuprawnioną modyfikację treści oferty w oparciu o nowe informacje dostępne dla Zamawiającego w wyniku złożenia wyjaśnień z dnia 13 i 14 kwietnia 2021 r. w zakresie szczegółowego podziału lat pracy na poszczególnych stanowiskach zajmowanych w strukturze Auchan; w konsekwencji skoro Pan R. U. nie pełnił w całym okresie pracy w Auchan funkcji kierowniczych (nie zajmował stanowiska kierowniczego) nie jest możliwe przyznanie Wykonawcy Impel żadnych punktów w kryterium oceny ofert za okres pracy w Auchan Polska,
- 6)przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się przez:
 - a)zastosowanie wobec oferty Odwołującego nadmiernego formalizmu przy dokonywaniu oceny treści oferty (w połączeniu z wyjaśnieniami z dnia 29 marca 2021r.) i uznaniu, że doszło w wyniku wyjaśnień do zmiany treści oferty oraz że Pan T. Ż. nie był zatrudniony na stanowisku kierowniczym a jedynie pełnił czynności kierownicze czyli nie można postawić znaku równości pomiędzy doświadczeniem na stanowisku kierowniczym (zajmowaniu stanowiska kierowniczego) a zakresem rzeczywistego wykonywania czynności kierowniczych, podczas gdy w ofercie Wykonawcy Impel Zamawiający dokonuje właśnie oceny spełniania kryterium oceny ofert w oparciu o zakres opisanych czynności przypisanych do danego stanowiska. Z treści oferty jak i wyjaśnień Wykonawcy Impel wynika, iż Agent Ochrony pełni stanowisko polegające na nadzorze nad pracownikami zewnętrznymi firm ochroniarskich. W przypadku tej oferty mimo treści wezwania z dnia 12 kwietnia 2021 r. gdzie Zamawiający wprost przeciwstawia stanowisku kierowniczemu stanowisko Agent Ochrony, Zamawiający przyjmuje na podstawie oświadczenia Wykonawcy Impel, że nadzór nad pracownikami zewnętrznymi firm ochroniarskich przesądza o zajmowaniu stanowiska kierowniczego podczas gdy w przypadku Odwołującego Zamawiający uznaje, że czynności kierownicze nie przesądzą o stanowisku kierowniczym,
 - b)odmowę przyznania Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynator na stanowisku kierowniczym za lata 2013- 2015,
 - c)bezzasadne przyznanie Wykonawcy Impel punktów w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynator na stanowisku kierowniczym za lata 1999-2018,
 - d)wybór oferty dokonany niezgodnie z kryteriami oceny ofert, udzielenie zamówienia Wykonawcy Impel wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

l.art. 223 Pzp w zw. z art. 239 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 65 k.c. w zw. z art. 8 Pzp poprzez:

- 1)nieprawidłowe badanie i ocenę oferty Odwołującego i niezasadnym uznaniu, że:
 - a)w okolicznościach przedmiotowej sprawy w wyniku wyjaśnień z dnia 29 marca 2021 r. doszło do przekazania informacji, które prowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, podczas gdy wyjaśnienia i zawarte w nich informacje stanowiły jedynie wykładnie (wyjaśnienie) treści oferty pierwotnie złożonej, w żadnym wypadku nie uległy zmianie informacje zawarte w formularzu ofertowym podlegające ocenie w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym oraz doświadczenie koordynatora w branży związanej z bezpieczeństwem takie jak: „okres pracy na stanowisku” oraz korelujący z nim - „zakres czynności”,
 - b)w okolicznościach przedmiotowej sprawy w wyniku wyjaśnień z dnia 29 marca 2021 r. doszło do omyłki w ofercie Odwołującego, która zobowiązywała Zamawiającego do podjęcia działań opisanych w art. 223 ust. 2 Pzp, podczas gdy Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2021 r. jedynie porządkująco sprostował nazwę

podmiotu na rzecz którego praca była świadczona, dane zawarte w tej kolumnie pozostawały obojętne wobec oceny oferty przy użyciu kryteriów oceny ofert, bowiem od zakresu czynności - pełnionych funkcji oraz czasu przez jaki były wykonywane określone czynności powinna zależeć punktacja w przywołanych powyżej kryteriach oceny ofert,

c) Pan T. Ż. wykonywał czynności kierownicze i posiada doświadczenie w wykonywaniu czynności, które wykonuje osoba na stanowisku kierowniczym, nie był jednak zatrudniony na stanowisku kierowniczym, podczas gdy o zajmowanym stanowisku decyduje nie jego nazwa a faktycznie i rzeczywiście wykonywany zakres czynności; podczas gdy celem kryterium oceny ofert było przyznanie punktów za dysponowanie osobą, która rzeczywiście realizowała czynności kierownicze i faktycznie nabyła doświadczenie w wykonywaniu czynności kierowniczych; innymi słowy treść SWZ prowadzi do wniosku, iż należy postawić znak równości pomiędzy doświadczeniem na stanowisku kierowniczym a zakresem wykonywania czynności kierowniczych, a w konsekwencji

- 2) dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny ofert tj. przez uznanie, że czynności wykonywane w latach 2013-2015 świadczące o nabyciu doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych ergo zajmowaniu stanowiska kierowniczego nie mogą być punktowane w kryterium oceny ofert i zaliczone do łącznego wymiaru lat doświadczenia koordynatora na stanowisku kierowniczym, podczas gdy oferta Odwołującego powinna w przedmiotowym kryterium oceny ofert uzyskać 20 pkt, ponadto
 - 3) nieprawidłowe badanie i ocenę oferty Wykonawcy Impel poprzez niezasadne przyjęcie, iż Wykonawca Impel wykazał się doświadczeniem Pana R. U. w pełnieniu funkcji koordynatora na stanowisku kierowniczym, podczas gdy Pan R. U. nie pełnił w Auchan Polska nieprzerwanie we wskazanym w treści oferty okresie funkcji kierowniczych, nie zajmował stanowiska kierowniczego, nie pełnił funkcji koordynatora albowiem Agent Ochrony nie jest stanowiskiem kierowniczym, nie wiąże się z wykonywaniem czynności przypisanych stanowiskom kierowniczym związanych z koordynacją działań innych osób, nadzorem nad realizacją zadań, organizacją czasu pracy, układaniem grafików służb, rozliczaniem, raportowaniem Zamawiającemu o stanie bezpieczeństwa,
 - 4) dokonanie oceny oferty Wykonawcy Impel niezgodnie z kryteriami oceny ofert tj. poprzez niezasadne uznanie, że Agent Ochrony jest stanowiskiem kierowniczym i Wykonawca Impel uprawniony jest do otrzymania punktów za okres zatrudnienia Pana R. U. w Auchan Polska, podczas gdy Agent Ochrony nie jest stanowiskiem kierowniczym, jak również zakres czynności realizowany na tym stanowisku nie odpowiada zakresowi stanowiska kierowniczego, w konsekwencji nie jest możliwa zmiana pierwotnie wskazanego w treści oferty okresu pracy Pana R. U. w Auchan Polska poprzez pomniejszenie wskazanego okresu pracy o lata w których wykonywał czynności/ zajmował stanowisko Agenta Ochrony albowiem stanowiłoby to nieuprawnioną modyfikację treści oferty w oparciu o nowe informacje dostępne dla Zamawiającego w wyniku złożenia wyjaśnień z dnia 13 i 14 kwietnia 2021 r. w zakresie szczegółowego podziału lat pracy na poszczególnych stanowiskach zajmowanych w strukturze Auchan; w konsekwencji skoro Pan R. U. nie pełnił w całym okresie pracy w Auchan funkcji kierowniczych (nie zajmował stanowiska kierowniczego) nie jest możliwe przyznanie Wykonawcy Impel żadnych punktów w kryterium oceny ofert za okres pracy w Auchan Polska, to zaś prowadzi do wniosku, iż oferta Wykonawcy Impel powinna uzyskać 0 punktów w kryterium pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym albowiem pozostały wymiar zatrudnienia w innym podmiocie jest mniejszy niż 5 lat a to według punktacji w ww. kryterium daje 0 punktów, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Impel mimo, że oferta Wykonawcy Impel nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
- II.art. 239 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 65 k.c. w zw. z art. 8 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się w szczególności przez:
- 1) zastosowanie wobec oferty Odwołującego nadmiernego formalizmu przy dokonywaniu oceny treści oferty (w połączeniu z wyjaśnieniami z dnia 29 marca 2021r.) i uznaniu, że doszło w wyniku wyjaśnień do zmiany treści oferty oraz że Pan T. Ż. nie był zatrudniony na stanowisku kierowniczym a jedynie pełnił czynności kierownicze czyli nie można postawić znaku równości pomiędzy doświadczeniem na stanowisku kierowniczym (zajmowaniu stanowiska kierowniczego) a zakresem rzeczywistego wykonywania czynności kierowniczych, podczas gdy w ofercie Wykonawcy Impel Zamawiający dokonuje właśnie oceny spełniania kryterium oceny ofert w oparciu o zakres opisanych czynności przypisanych do danego stanowiska. Z treści oferty jak i wyjaśnień Wykonawcy Impel wynika, iż Agent Ochrony pełni stanowisko polegające na nadzorze nad pracownikami zewnętrznymi firm ochroniarskich. W przypadku tej oferty mimo treści wezwania z dnia 12 kwietnia 2021 r. gdzie Zamawiający wprost przeciwstawia stanowisku kierowniczemu stanowisko Agenta Ochrony, Zamawiający przyjmuje na podstawie oświadczenia Wykonawcy Impel, że nadzór nad pracownikami zewnętrznymi firm ochroniarskich przesądza o zajmowaniu stanowiska kierowniczego podczas gdy w przypadku Odwołującego Zamawiający uznaje, że czynności kierownicze nie przesądzą o stanowisku kierowniczym,
 - 2) pominięcie przy dokonywaniu oceny oferty faktu, iż zakres czynności opisanych dla Pana T. Ż. był zdecydowanie szerszy i zawierał w sobie czynności określone dla stanowisk opisanych przez Wykonawcę Impel, w przypadku Odwołującego nie był wystarczający do uznania, iż jest to stanowisko kierownicze, w przypadku Wykonawcy Impel te same czynności świadczą o stanowisku kierowniczym,
 - 3) pominięcie przy dokonywaniu oceny oferty faktu, iż wykonywanie czynności kierowniczych i nabycie doświadczenia na stanowisku kierowniczym przez Pana T. Ż. wynikało nie tylko z oświadczenia własnego Odwołującego ale poparte było dowodami w postaci oświadczenia Pana T. Ż. oraz Komendanta Ochrony Jednostki Wojskowej Grudziądz znajdującej się w strukturach 13 WPG, tymczasem jako stanowiskiem przeciwnym Zamawiający dysponował jedynie pismem Wykonawcy Impel; ponadto Wykonawca Impel wyjaśniając doświadczenie Pana R. U. w Auchan Polska poprzestał na oświadczeniu własnym nie załączając żadnych dowodów,
 - 4) nieuznanie za modyfikację treści oferty Wykonawcy Impel w zakresie dokonanej zmiany zakresu czynności opisanych w pierwotnej treści oferty oraz w wyjaśnieniach z dnia 13 i 14 kwietnia 2021 r. w odniesieniu do zatrudnienia w Auchan Polska w latach 1999-2018, a w konsekwencji
 - 5) odmowę przyznania Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynator na stanowisku kierowniczym za lata 2013- 2015,
 - 6) bezzasadne przyznanie Wykonawcy Impel punktów w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynator na stanowisku kierowniczym za lata 1999-2018,

7) wybór oferty Wykonawcy Impel dokonany niezgodnie z kryteriami oceny ofert, udzielenie zamówienia Wykonawcy Impel wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwolujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Impel,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności o których mowa powyżej, a w tym:
 - przyznanie ofercie Odwołującego w ramach kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym 20 pkt,
 - nieprzyznanie Wykonawcy Impel w ramach kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym punktów za okres 1999-2018 w konsekwencji przyznanie ofercie Wykonawcy Impel ww. kryterium zero punktów,
 - wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowany szkodą jaka zostanie przez niego poniesiona w skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”, w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp oraz Zamawiającego, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Wskutek naruszenia wskazywanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp, czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzone zostały nieprawidłowo, co spowodowało, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert. W związku z powyższym z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym Odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji, wskutek czego poniesie szkodę. Szkada ta jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp, gdyby te przepisy nie zostały naruszone i Zamawiający prawidłowo przyznał punkty w kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego powinna uzyskać większą łączną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, na skutek zaliczenia lat 2013 - 2015 do łącznego okresu doświadczenia koordynatora na stanowisku kierowniczym i uzyskania 20 zamiast 10 punktów w tym kryterium. W konsekwencji oferta Odwołującego sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu i wówczas Odwołujący zawarłby z Zamawiającym umowę o zamówienie publiczne. Wobec prawidłowego przyznania punktów w ww. kryterium oceny ofert a w konsekwencji łącznej liczbie punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Następnie Odwołujący wskazał na treść rozdziału XVIII SWZ, gdzie Zamawiający zamieścił kryteria oceny ofert, a jednym z nich, o wadze 20%, jest doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że 15 marca 2021 r. na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający udostępnił wyjaśnienia SWZ gdzie na pytanie nr 24 „Prosimy o potwierdzenie, że Koordynator Ochrony do bieżących kontaktów z Zarządem UCK sprawujący służbę 8 godzin od godz. 7:00 -15:00 w dni robocze będzie musiał posiadać minimalnie takie doświadczenie jak wskazane przez Wykonawcę w Kryterium „doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym” oraz kryterium „doświadczenie koordynatora w branży związanej z bezpieczeństwem” przez cały okres realizacji umowy.” Udzielił odpowiedzi:

„Zamawiający potwierdza, że osoba na stanowisku Koordynator Ochrony będzie musiała posiadać minimalnie doświadczenie jak wskazane przez Wykonawcę w Kryterium „doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym” oraz kryterium „doświadczenie koordynatora w branży związanej z bezpieczeństwem „przez cały okres realizacji umowy.” Ad Zarzutu I.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający przewidział pozacenowe kryteria oceny ofert, takie jak kryterium doświadczenia koordynatora na stanowisku kierowniczym oraz doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem, gdyż przewidywał w postanowieniach SWZ jak i wzorze umowy, iż osoba wskazana w kryterium oceny ofert będzie brała faktyczny udział w realizacji zamówienia. Zamawiający poszukiwał osoby koordynatora doświadczonego w wykonywaniu czynności kierowniczych. Odwołujący stoi na stanowisku, że obecnie w polskim prawie, w szczególności prawie pracy, brak jest definicji ustawowej stanowiska kierowniczego bądź kierownika. Pojęcie to wypracowywane jest przez praktykę i orzecznictwo sądów powszechnych. Odwołujący argumentował, że wskazuje się na różne aspekty, najczęściej jako podstawę wskazuje się, iż kierownikiem jest osoba, której stanowisko (przydzielony zakres czynności) pozwala na wydawanie poleceń związanych z pracą innym pracownikom. Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego, który w jego ocenie trafnie wskazuje, że kluczowym kryterium zakwalifikowania pracownika do grupy kierowników jest zakres ich obowiązków (uprawnień), a nie treść wiążącej strony umowy o pracę. Odwołujący wskazał, że powodem takiego podejścia sądów powszechnych jest fakt, iż dopuszczenie odmiennej interpretacji pozwalałoby na tworzenie fikcji i obejście przepisów przez dokonywanie kwalifikacji na potrzeby przepisów prawa dotyczących określonych przywilejów bądź ich braku jedynie w oparciu o literalną treść łączącej strony umowy, jak również akceptację dla występującej na rynku praktyki zawierania umów jednego rodzaju w miejsce umów o pracę.

Następnie Odwołujący wskazał, że z protokołu z czynności powtórzenia oceny ofert sporządzonego w dniu 19 kwietnia 2021 r. wynika, że „charakter świadczonych usług przez Pana T. Ż. w latach 2013-2015 dotyczył jedynie wykonywania czynności kierowniczych”(…). Komisja Przetargowa uznała, że wykonywanie czynności, które może wykonywać osoba na stanowisku kierowniczym, nie jest równoważne z posiadaniem doświadczenia na stanowisku kierowniczym”.

Odwolujący z powyższym stanowiskiem Zamawiającego stanowczo się nie zgodził i argumentował, że jego analiza prowadzi do wniosku, że Zamawiający akceptuje sytuację, w której osoba posiada wpisane w umowę stanowisko kierownicze ale nie realizuje czynności kierowniczych. Nie uznaje zaś za sytuację objętą kryterium oceny ofert, sytuację w której osoba wykonuje faktycznie czynności, które wykonuje osoba na stanowisku kierowniczym, nabywa rzeczywiste doświadczenie w pełnieniu funkcji kierowniczych ale w jej umowie nie znajduje się literalne postanowienie, iż zajmuje

stanowisko kierownicze bądź w jej umowie w ogóle brak jest stanowiska.

Zdaniem Odwołującego z powyższego stanowiska Zamawiającego wynika, że dwie osoby, które wykonują tożsame czynności z których jedna ma literalnie wpisane stanowisko kierownicze nabydzie doświadczenie a druga wykonując te same czynności owego doświadczenia nie nabydzie. Opisane podejście Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z zasadami logiki, doświadczenia życiowego jak i wypracowanym w orzecznictwie sądów powszechnych podejściem zgodnie z którym decyduje zakres przypisanych obowiązków (czynności).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający rozróżnia rzeczywiste i faktyczne wykonywanie czynności kierowniczych, nabywanie autentycznego doświadczenia w wykonywaniu czynności kierowniczych od formalnej nazwy stanowiska. Dla Zamawiającego bez znaczenia pozostaje rzeczywista wiedza i doświadczenie osoby w wykonywaniu czynności kierowniczych jeżeli osoba ta formalnie nie posiada wprost w umowie wpisanego z nazwy stanowiska kierowniczego. Tak jakby wypracowanemu doświadczeniu i wiedzy mógł zaprzeczyć fakt braku formalnej nazwy w zawartej umowie.

Odwołujący podniósł, iż pan T. Ż. był zatrudniony na stanowisku kierowniczym, o takim zatrudnieniu świadczy zakres wykonywanych przez niego czynności. Udokumentowany nie tylko oświadczeniem Pana T. Ż. ale również zaświadczeniem Komendanta Ochrony Jednostki Wojskowej nr 1109 znajdującej się w strukturach 13 WOG w Grudziądzu. Z przywołanego zaświadczenia wprost wynika, iż pan T. Ż. był Szefem Ochrony Obiektu, współpracował i kierował około 20 pracownikami ochrony, sporządzał plany pełnienia służby, odpowiadał za kierowanie oraz wyznaczanie pracowników do służby, również w sytuacjach absencji urlopowej czy chorobowej, utrzymywał stały kontakt z zamawiającym 13 WOG, uczestniczył w kwartalnych analizach zagrożeń.

Odwołując zwrócił uwagę, że wskazywanie stanowiska pracy jest charakterystyczne co do zasady dla umów o pracę. Zamawiający w kryterium oceny ofert nie zawęził doświadczenia koordynatora na stanowisku kierowniczym nabytego wyłącznie w oparciu o umowy o pracę. Tymczasem w przypadku umów zlecenia, umów o współpracy, kontraktów menadżerskich nie wskazuje się stanowiska, lecz zakres czynności, nie mówiąc już o tym iż zakres czynności rzeczywiste zleconych odbiega od pierwotnie literalnie wskazanych w treści umowy. W tym zakresie Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dwa dokumenty potwierdzające rzeczywisty zakres czynności i nabyte doświadczenie Pana T. Ż.

Zdaniem Odwołującego powyższe dowodzi, że wskazał on osobę, która legitymuje się doświadczeniem koordynatora na stanowisku kierowniczym w wymiarze powyżej 10 lat, albowiem w okresie 2013 do 2015 osoba ta nabyła doświadczenie w wykonywaniu czynności kierowniczych na stanowisku kierowniczym. Zamawiający tymczasem abstrahując od rzeczywistego doświadczenia poszukiwał słów kluczowych i literalnego brzmienia stanowiska w umowie. Tym samym dokonując odmiennej oceny oferty Odwołującego Zamawiający dokonał czynności niezgodnie z kryteriami oceny ofert.

Odnosząc się do kwestii rzekomej konieczności zastosowania przez Zamawiającego rozwiązań z art. 223 Pzp w konsekwencji dokonania w wyniku wyjaśnień z dnia 29 marca 2021 r. niedopuszczalnej zmiany treści oferty, Odwołujący podniósł, w pierwszej kolejności, że w wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2021 r. Odwołujący jedynie porządkująco sprostował nazwę podmiotu na rzecz którego praca była świadczona, dane zawarte w tej kolumnie pozostawały obojętne wobec oceny oferty przy użyciu kryteriów oceny ofert, bowiem od zakresu czynności - pełnionych funkcji oraz czasu przez jaki były wykonywane określone czynności powinna zależeć punktacja w kryteriach oceny ofert pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym oraz doświadczenie koordynatora w branży związanej z bezpieczeństwem. Jak zostało to wskazane w treści wyjaśnień z dnia 29 marca 2021 r. Odwołujący zdecydował się na połączenie zakresu świadczenia pracy dla spółki Impel oraz Międzywojewódzkiej Spółdzielni Usługowej, ponieważ zgodnie z Zaświadczeniem Komendanta Ochrony Jednostki Wojskowej 1109 oraz Oświadczeniem Pana T. Ż., Pan T. świadczył usługi kierownicze na stanowisku Szefa Ochrony obiektu dla obu firm na terenie Jednostki Wojskowej 1109 w Grudziądzu 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego. Najpierw dla firmy MSU, a następnie dla podmiotu Impel, gdzie zakres czynności był zbieżny. Z uwagi na to, iż nastąpiło płynne przejęcie usługi ochrony między Wykonawcami Usługi ochrony (MSU-Impel) nastąpiło również przejęcie pracowników z zachowaniem ciągłości funkcji. Pan T. Ż. w obydwu tych Spółkach realizował zadania Szefa Ochrony, praca świadczona była na tym samym obiekcie w Jednostce Wojskowej 1109.

Jak następnie wyjaśnił Odwołujący, powyższe wynikało z zastosowania skrótu myślowo - redakcyjnego, nie zaś uchybienia merytorycznego; zaistniała zmiana wystąpiła jedynie w znaczeniu technicznym nie zaś uchybienia merytorycznego albowiem dane zawarte w tej kolumnie pozostawały obojętne wobec oceny oferty przy użyciu kryteriów oceny ofert, to od zakresu czynności - pełnionych funkcji oraz okresu przez jaki były wykonywane określone czynności zależała punktacja w przywołanych powyżej kryteriach oceny ofert a nie od nazwy Podmiotu na rzecz którego praca była świadczona.

Reasumując powyższe w okolicznościach przedmiotowej sprawy w wyniku wyjaśnień z dnia 29 marca 2021 r., w ocenie Odwołującego, nie doszło do omyłki w jego ofercie, która zobowiązywałaby Zamawiającego do podjęcia działań opisanych w art. 223 ust. 2 Pzp.

W konsekwencji w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zdaniem Odwołującego, nie może być mowy o jakiegokolwiek modyfikacji oferty w stosunku do pierwotnie zawartej w treści formularza ofertowego. Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp Zamawiający uprawniony jest do wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty. Przedłożone przez Odwołującego w sprawie wyjaśnienia w żaden sposób nie zmieniały treści pierwotnej oferty a jedynie dokonywały wyjaśnienia kwestii podniesionych w wezwaniu z dnia 25 marca 2021 r. Wyjaśnienia doprecyzowały okoliczności wynikające wprost z treści oferty w zakresie okoliczności mających znaczenie dla przyznania punktów w kryterium oceny ofert.

Odwołujący uważa, że nie sposób podzielić stanowiska o bezwzględnej niemożliwości wyjaśniania treści oferty dotyczącej elementów podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do treści oferty w ogólności, przy czym - bez względu na to, jaki element tej treści jest wyjaśniany - zakazuje prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania zmian w jej treści (z wyjątkiem dopuszczonego w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp poprawienia omyłek). Wobec tego, jak wskazał Odwołujący, wyjaśnienia nie są zakazane, o ile dążą jedynie do wyeliminowania wątpliwości dotyczących treści oferty i nie polegają na prowadzeniu negocjacji ani nie prowadzą do zmiany treści oferty. Ta sama zasada dotyczy każdego elementu treści oferty, w tym treści mającej znaczenie z punktu widzenia kryteriów oceny ofert.

Jak wskazał ponadto Odwołujący, Zamawiający w wezwaniu 12 kwietnia 2021 r. kierowanym do Wykonawcy Impel wyraźnie wskazał, iż „z wypełnionej tabeli nie wynika czy Pan U. w całym okresie zatrudnienia w Auchan Polska pracował na stanowisku kierowniczym, czy też pracował jako Agent Ochrony”. Tym sformułowaniem wyraźnie Zamawiający zaznaczył, iż nie traktuje Agentów Ochrony jako stanowiska kierowniczego. Takie podejście jest słuszne

albowiem jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego Agent Ochrony jest najniższym stanowiskiem w hierarchii pracowników ochrony, stanowiskiem pracownika, liniowego do którego obowiązków należy dbanie o bezpieczeństwo klientów i pracowników firmy, przestrzeganie wewnętrznych przepisów i procedur, ochrona sklepu i mienia firmy. Agent Ochrony Auchan Polska nie wykonuje czynności związanych z nadzorem i koordynowaniem pracy podległych pracowników, a w szczególności nadzorem nad pracownikami zewnętrznych firm ochroniarskich.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia, iż Pan R. U. posiada doświadczenie na stanowisku kierowniczym w wymiarze 21 lat. Na uwagę zasługuje całokształt oceny przez Zamawiającego zachowania się Wykonawcy Impel w niniejszym postępowaniu.

Jak wskazał Odwołujący, po pierwsze dla całości okresu zatrudnienia w Auchan Polska Wykonawca Impel wskazał w treści oferty tożsamy zakres czynności. Następnie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 12 kwietnia 2021 r. zmienia zakres w stosunku do pierwotnego wskazując, iż Agent Ochrony zamiast nadzoru nad pracownikami, grafikowania, kontaktu z podmiotami zewnętrznymi pełnił jedynie nadzór nad pracownikami zewnętrznymi firm ochroniarskich. Po drugie sprzeczne z doświadczeniem jest aby na każdym z 3 stanowisk różniących się swoim zakresem Pan R. U. wykonywał dokładnie te same trzy czynności, tj. : 1) nadzór nad pracownikami, 2) grafikowanie, 3) kontakt z podmiotami zewnętrznymi.

Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający 12 kwietnia 2021 r. wezwał Wykonawcę Impel „do udzielenia wyjaśnień poprzez wskazanie zajmowanych stanowisk przez Pana R. U.". Zadaniem Wykonawcy Impel było wskazanie samych stanowisk. Wykonawca Impel wskazał jednak nie tylko stanowiska ale również okresy zatrudnienia na poszczególnych stanowiskach. Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z informacji o czasookresie zatrudnienia na poszczególnych stanowiskach, były to bowiem nowe informacje merytoryczne zmieniające pierwotną treść oferty. Nie jest więc możliwe przypisanie punktów stosownie do pomniejszonego okresu zatrudnienia w Auchan Polska na stanowiskach kierowniczych. Takie działanie stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp. W konsekwencji wobec niepotwierdzenia się stanowiska kierowniczego w całym wskazanym pierwotnie w ofercie okresie tj. w latach 1999- 2018 podczas pracy w Auchan Polska ten okres, zdaniem Odwołującego, nie może być punktowany, pozostały zaś okres pracy na stanowisku u innych podmiotów to okres krótszy niż 5 lat, a więc w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym Wykonawca Impel powinien otrzymać 0 punktów. Tym samym łączna ilość otrzymanych punktów powodowałaby jego klasyfikację na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Ad zarzutu 2

Odwołujący argumentował, powołując się na stanowisko wyrażone w literaturze przedmiotu jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. W jej myśl wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz oceny ofert powinno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś na podstawie innej wiedzy bądź preferencji Zamawiającego. Zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający stosuje podwójne różne standardy dla obu wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Wobec Odwołującego dokonuje oceny, iż wykonywanie czynności kierowniczych przypisanych do osoby na stanowisku kierowniczym nie jest równoznaczne z posiadaniem doświadczenia na stanowisku kierowniczym i liczy się literalna treść łączącej strony umowy, zaś w przypadku Wykonawcy Impel w oparciu o podany zakres stanowiska w formularzu ofertowym i wyjaśnieniach z dnia 13 i 14 kwietnia 2021 r. dokonuje odmiennych ustaleń i uznaje, iż czynności świadczą o stanowisku kierowniczym. Nie mógł bowiem w oparciu o nazwę stanowiska Agent Ochrony wywnioskować, iż jest to stanowisko kierownicze. Zdaniem Odwołującego nazwy stanowisk zawarte w formularzu ofertowym Odwołującego wprost wskazywały na zajmowanie stanowisk kierowniczych, tytułem przykładu: Szef Ochrony, Kierownik Ochrony, Zastępca Dyrektora ds. ochrony.

Przedstawiony okres zatrudnia Pana R. U. i oświadczenie własne niepoparte żadnymi dowodami Wykonawcy Impel okazały się wystarczające dla Zamawiającego do przyjęcia, iż Agent Ochrony jest stanowiskiem kierowniczym, podczas gdy analogiczne oświadczenie po stronie Odwołującego dodatkowo poparte dowodami w tym od podmiotu niezainteresowanego wynikiem przedmiotowego postępowania nie zostało wzięte pod uwagę przez Zamawiającego.

Pominięciem przy dokonywanej ocenie oferty faktu, iż zakres czynności opisanych dla Pana T. Ż. był zdecydowanie szerszy i zawierał w sobie czynności określone dla stanowisk opisanych przez Wykonawcę Impel dla stanowiska Agent Ochrony, Menadżer Stażysta Działu Bezpieczeństwa, Menadżer Działu Bezpieczeństwa w przypadku Odwołującego nie był wystarczający do uznania, iż jest to stanowisko kierownicze, jednocześnie w przypadku Wykonawcy Impel te same czynności świadczyły o stanowisku kierowniczym. Tak jak zostało wskazane to wcześniej w przypadku Wykonawcy Impel Zamawiający poprzestał na oświadczeniu własnym, nie poszukiwał, nie dociekał jaka była rzeczywista treść łączącej strony umowy. W przypadku Odwołującego sama treść informacji od Wykonawcy Impel że Wykonawcę Impel oraz Pana T. Ż. łączyła umowa w ramach której wpisane było, iż wykonywał czynności doraźnej usługi ochrony czyli określenie bardzo ogólne okazała się dla Zamawiającego bardziej wiarygodna niż oświadczenie drugiej strony umowy Pana T. Ż. poparte dowodem z 13 WOG w Grudniuzu.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji przez nieuznanie za modyfikację treści oferty zmianę zakresu czynności opisanych w pierwotnej treści oferty oraz w wyjaśnieniach z dnia 13 i 14 kwietnia 2021 w odniesieniu do zatrudnienia w Auchan Polska w latach 1999-2018, podczas gdy dotyczyły one elementów merytorycznych oferty, podczas gdy w przypadku Odwołującego zmiana w neutralnej dla oceny ofert według kryteriów oceny ofert informacji o nazwie pracodawcy traktowane jest jako niedopuszczalna zmiana treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Impel w odpowiedzi na wezwanie z dnia 12 kwietnia 2021 r. wskazał nie tylko stanowiska ale również okresy zatrudnienia na poszczególnych stanowiskach. Są to nowe informacje merytoryczne zmieniające treść oferty. Nie jest więc możliwe przypisanie punktów stosownie do pomniejszonego okresu zatrudnienia w Auchan Polska na stanowiskach kierowniczych. Takie działanie stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp. W konsekwencji wobec niepotwierdzenia się stanowiska kierowniczego w całym wskazanym okresie tj. w latach 1999- 2018 podczas pracy w Auchan Polska ten okres nie może być punktowany, pozostały zaś okres pracy na stanowisku u innych podmiotów to okres krótszy niż 5 lat, a więc w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynatora na stanowisku

kierowniczym Wykonawca Impel powinien, zdaniem Odwołującego, otrzymać 0 punktów. Tym samym łączna ilość otrzymanych punktów powodowałaby jego klasyfikację na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający uznałby dopuszczalność przyznania punktów Wykonawcy Impel za okres pomniejszony w stosunku do pierwotnie wskazanego w treści oferty takie same działania musiałby z uwagi na zasadę równości i uczciwej konkurencji zastosować wobec oferty Odwołującego.

Jak argumentował Odwołujący, wszystkie te działania doprowadziły do odmowy przyznania Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynator na stanowisku kierowniczym za lata 2013- 2015, przy jednoczesnym bezzasadnym przyznaniu Wykonawcy Impel punktów w kryterium oceny ofert pn. doświadczenie koordynator na stanowisku kierowniczym za lata 1999-2018, a w konsekwencji wybór oferty dokonany niezgodnie z kryteriami oceny ofert, udzielenie zamówienia Wykonawcy Impel wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Zdaniem Odwołującego, czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp.

Pismem z 23 czerwca 2021 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości jako bezzasadnego.

4 maja 2021 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego następujące dowody złożone podczas rozprawy przez:

1)Odwołującego:

a)dowód nr 1 – oświadczenie pana D. S. z 27 maja 2021 roku na okoliczność, że p. T. Ż. zajmował stanowisko kierownicze.

b)dowód nr 2 ogłoszenia o pracę Auchan Polska na stanowisko agent ochrony na okoliczność wykazania, iż nie jest to stanowisko kierownicze.

c)dowód nr 3 – ogłoszenie o pracę Auchan Polska na stanowisko manager ochrony na okoliczność wykazania, że dopiero o stanowisko jest stanowiskiem kierowniczym.

d)dowód nr 4 – ogłoszenie archiwalne na stanowisko pracy agent ochrony w Auchan Polska z czasu kiedy p. U. pracował na tym stanowisku.

e)dowód nr 5 – opis obowiązków na stanowisku agent ochrony na okoliczność wykazania, że agent ochrony nie jest stanowiskiem kierowniczym.

f)dowód nr 6 – podstawy zakres obowiązków agenta ochrony wewnętrznej z Auchan Polska na okoliczność wykazania, że nie jest to stanowisko kierownicze. Wyjaśnia, że z dowodem tym jest również załączony opis obowiązków ochrony zewnętrznej podwykonawcy Schiever Polska sp. z o.o., który razem z Auchan jest współwłaścicielem marketów.

g)dowód nr 7 – zaświadczenie wystawione przez Impel Security Polska sp. z o.o. z 21 kwietnia 2021 r., na okoliczność wykazania okresów czasu, w jakich p. T. Ż. pracował u tego podmiotu na podstawie umowy zlecenie.

2)Przystępującego – dowód nr 1 oświadczenie p. M. M. z 30 marca 2021 r., na okoliczność wykazania, że oświadczenie tej osoby z 29 marca 2021 r., nie jest wiarygodne.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak wynika z treści SWZ, rozdział XIV pkt 12 ofertę należało sporządzić zgodnie ze wzorem Formularza ofertowego stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, gdzie w pkt III „Doświadczenie koordynatora” należało wpisać doświadczenie proponowanej osoby w treści wskazanej tam tabeli. Tabela składała się natomiast z następujących kolumn: „imię i nazwisko”, „Lp.”, „okres pracy na stanowisku”, „Podmiot na rzecz którego praca była świadczona”, „zakres czynności”. Natomiast w rozdziale XVIII SWZ Zamawiający wskazał i opisał kryteria oceny ofert oraz sposób dokonywania oceny:

1)Cena – 60%, Zamawiający wskazał i opisał wzór, według którego miała zostać obliczona liczba punktów w tym kryterium. Maksymalna liczba punktów do uzyskania w tym kryterium: 60 pkt. Kryterium niesporne między stronami i uczestnikami.

2)Doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym – 20%, Zamawiający wskazał, że: Wykonawca otrzyma 0 pkt za doświadczenie w przedziale 0-5 lat, 10 pkt za doświadczenie w przedziale pow. 5 lat- 10 lat, 20 pkt za doświadczenie pow. 10 lat. W przypadku nie uzupełnienia w formularzu ofertowym pola dotyczącego kryterium Wykonawca otrzyma 0 punktów. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium – 20 pkt. Kryterium, którego dotyczył spór między stronami i uczestnikiem.

3)Doświadczenie koordynatora w branży związanej z bezpieczeństwem – 20%, Zamawiający wskazał, że: Wykonawca otrzyma 0 pkt za doświadczenie w przedziale 0-5 lat 10 pkt za doświadczenie w przedziale pow. 5 lat- 10 lat, 20 pkt za doświadczenie pow. 10 lat. W przypadku nie uzupełnienia w formularzu ofertowym pola dotyczącego kryterium Wykonawca otrzyma 0 punktów. Maksymalna liczba punktów do uzyskania w tym kryterium: 20 pkt. Kryterium niesporne między stronami i uczestnikiem.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, przez Odwołującego i przez Przystępującego. Odwołujący w treści formularza ofertowego w pkt III na stanowisko koordynatora wskazał p. T. Ż., opisując jego

doświadczenie w 6 punktach. Spór dotyczy doświadczenia wskazanego w pkt 3 tabeli, gdzie w kolumnie „okres pracy na stanowisku” wskazano przedział „2013 r. – 2015 r.”, w kolumnie „podmiot na rzecz którego praca była świadczona”, Odwołujący wskazał „Agencja Ochrony Impel”, natomiast w kolumnie „zakres czynności”, Odwołujący wpisał „Szef Ochrony”. Z kolei Przystępujący w swoim formularzu ofertowym w analogicznym punkcie dotyczącym osoby wskazanej na stanowisko koordynatora, wskazał p. R. U. . Doświadczenie tej osoby zostało opisane w dwóch pozycjach, gdzie w poz. 1 Przystępujący wskazał lata „1999 – 2018”, w kolumnie dotyczącej pomiotu, na rzecz którego praca była świadczona wskazano „Auchan Polska”, a w kolumnie „zakres czynności” wpisał „nadzór nad pracownikami, grafikowanie, kontakt z podmiotami zewnętrznymi”. W poz. 2 wskazano natomiast lata „2018 – do teraz”, podmiot „Impel Group”, czynności „nadzór nad powierzonymi obiektami, spotkania z kontrahentami”.

Następnie Izba ustaliła, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący zgłosili do Zamawiającego swoje wątpliwości w zakresie doświadczenia wskazanego przez konkurentów, w wyniku czego Zamawiający postanowił wezwać obu wykonawców w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonych ofert.

Pismem z 25 marca 2021 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem następującej treści:

„Wykonawca w formularzu oferty wskazał, że osobą koordynatora będzie Pan T. Ż., który posiada doświadczenie na stanowisku kierowniczym w wymiarze 11 lat oraz doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem w wymiarze 27 lat, w tym w latach 2013-2015 jako Szef Ochrony w podmiocie Agencja Ochrony Impel.

Zamawiający w trakcie badania ofert powziął informację, że Pan T. Ż. w latach 2013-2015 nie świadczył pracy jako szef ochrony na rzecz spółek Grupy Kapitałowej IMPEL.

W tym okresie świadczył usługi w ramach umowy zlecenia w spółkach:

1) w okresie 26.11.2010-31.12.2015 w spółce Impel Security Polska Sp. z o.o. wykonywał czynności doraźnej usługi ochrony,

2) w okresie 01.01.2011-30.06.2012 w spółce Impel Provider Sp. z o.o. wykonywał czynności doraźnej usługi ochrony.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie powyższej rozbieżności oraz sposobu wyliczenia zsumowanego doświadczenia Pana T. Ż. .

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z 29 marca 2021 r. wyjaśnił, co następuje: „w pkt nr 3 w latach od 2013 r. – do 2015 r. winno być: Agencja Ochrony Impel i MSU (skrót od „Międzywojewódzkiej Spółdzielni Usługowej”) – Szef Ochrony obiektu 2 lata - doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem oraz na stanowisku kierowniczym – w załączeniu oświadczenie Pana T. Ż. oraz Zaświadczenie Komendanta Ochrony.

Wykonawca zdecydował się na połączenie zakresu świadczenia pracy dla spółki Impel oraz MSU, ponieważ zgodnie z Zaświadczeniem Komendanta Ochrony Jednostki Wojskowej 1109 oraz Oświadczeniem Pana T. Ż., Pan T. świadczył usługi kierownicze na stanowisku Szefa Ochrony obiektu dla obu firm na terenie Jednostki Wojskowej 1109 w Grudziądzu 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego. Najpierw dla firmy MSU, a następnie dla podmiotu Impel, gdzie zakres czynności był zbieżny. Z uwagi na to, iż nastąpiło płynne przejęcie usługi ochrony pomiędzy Wykonawcami Usługi ochrony (MSU-Impel) nastąpiło również przejęcie pracowników z zachowaniem ciągłości funkcji. Pan T. Ż. w obydwu tych Spółkach realizował zadania Szefa Ochrony. W tym miejscu wyjaśniamy omyłkowo przedstawioną ciągłość zatrudnienia w Spółce Impel, gdy tymczasem zatrudnienie to powinno być rozdzielone pomiędzy dwóch pracodawców jednak sama praca świadczona była na tym samym obiekcie w Jednostce Wojskowej 1109.

W oparciu o powyższe wyjaśnienia przedstawiamy poniżej sposób wyliczenia zsumowanego doświadczenia pana T. Ż.:

Doświadczenie na stanowisku kierowniczym: 11 lat

Doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem: 27 lat

Wykonawca w kryterium wskazał, iż Pan T. Ż. na rzecz MON (skrót: od „Ministerstwo Obrony Narodowej”) pełnił funkcję żołnierza zawodowego od 1986 do 2002 roku a dokładniej od września 1986 roku do kwietnia 2002 roku czyli przez piętnaście lat i osiem miesięcy - zdobyte doświadczenia w branży związanej z bezpieczeństwem. Następnie od końca kwietnia 2002 roku do początku lipca 2006 roku również dla MON pełnił stanowisko - Kierownik Kancelarii Tajnej przez cztery lata i dwa miesiące, czyli przez ten czas zdobył doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem oraz na stanowisku kierowniczym. Następnie wykazaliśmy w kryterium pracę Pana T. na rzecz spółki Impel i rok wcześniej w MSU czyli od grudnia 2013 roku do grudnia 2015 roku jako Szef Ochrony Obiektu na terenie Jednostki Wojskowej 1109 13 Wojskowego Oddziału Wojskowego przez dwa lata gdzie zakres czynności pokrywa się z doświadczeniem w branży związanej z bezpieczeństwem oraz na stanowisku kierowniczym. Następnie Pan T. został zatrudniony w spółce DGP gdzie w roku 2016 nabył roczne doświadczenie jako Szef Ochrony w branży związanej z bezpieczeństwem oraz na stanowisku kierowniczym. Następnie jako Kierownik Ochrony przez kolejne trzy lata w DGP zdobył doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem oraz na stanowisku kierowniczym, a od końca 2019 r. do obecnie Pan T. pracuje w DGP jako Zastępca Dyrektora ds. Ochrony – czyli rok i ponad dwa miesiące doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem oraz na stanowisku kierowniczym.

Łącznie: 15 lat i 8 miesięcy + 4 lata i 2 miesiące + 2 lata + 1 rok + 3 lata + 1 rok i obecnie 2 miesiące = 27 lat doświadczenia w branży związanej z bezpieczeństwem

Łącznie: 4 lata i 2 miesiące + 2 lata + 1 rok + 3 lata + 1 rok i obecnie 2 miesiące = 11 lat i 4 miesiące = w zaokrągleniu na lata 11 lat doświadczenia na stanowisku kierowniczym

Z uwagi na to, że Zamawiający nie podał dokładnie czy ramy czasowe „okres pracy na stanowisku” mają uwzględniać dokładnie dzień i miesiąc Wykonawca zaokrąglił ramy czasowe do lat, aby w wyniku końcowym, który Zamawiający życzył sobie podać w latach wynik również był wykazany w latach. Wykonawca postanowił zaokrąglić kryteria do pełnych lat, gdyż zgodnie z pkt VIII SWZ Zamawiający po przekroczeniu 10 lat doświadczenia nie obliczał proporcjonalnie do innych ofert dodatkowych lat doświadczenia. Wykonawca miał na celu w jak najbardziej przejrzysty sposób wskazać doświadczenie Pana T. Ż. w przeliczeniu na pełne lata.

Wykonawca zdecydował się na nie wskazywanie pracy Pana T. w spółkach Impel w pozostałych latach przedstawionych w piśmie Zamawiającego z dnia 25 marca 2021 roku, gdyż uznał, że zakres wykonywanych czynności przez pana T. Ż. nie pokrywa się z kryterium oceny ofert w zakresie wymaganego doświadczenia.”

Pismem z 31 marca 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie następującej treści: „Wykonawca w formularzu oferty wskazał, że osobą koordynatora będzie Pan R. U., który posiada doświadczenie na stanowisku kierowniczym w wymiarze 21 lat oraz doświadczenie w branży związanej z bezpieczeństwem w wymiarze 21 lat, w tym w latach 1999-2018 w podmiocie Auchan Polska oraz od roku 2018 do dzisiaj jest zatrudniony w Impel Group Z wypełnionej tabeli nie wynika czy Pan Urbański w całym okresie zatrudnienia w Auchan Polska pracował na stanowisku kierowniczym, czy też pracował jako Agent Ochrony

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień poprzez wskazanie zajmowanych stanowisk przez Pana R. U. .”

Pismem z 14 kwietnia 2021 r., Przystępujący w zakresie doświadczenia zdobytego przez osobę wskazaną na stanowisko w Auchan Polska wyjaśnił, że w latach 1999 – 2006 osoba ta pracowała jako Agent Ochrony pełniący nadzór nad pracownikami zewnętrznych firm ochroniarskich, 2006-2007 – osoba ta była zatrudniona jako Menadżer Stażysta Działu Bezpieczeństwa, w latach 2007 – 2018 r. – osoba ta pracowała jak Menadżer Działu Bezpieczeństwa.

Jak wynika z protokołu czynności powtórzenia oceny ofert z 19 kwietnia 2021 r., wobec oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał m.in., że: „Z przedstawianych oświadczeń wynika, że charakter świadczonych usług przez Pana T. Ż. w latach 2013 – 2015 dotyczył jedynie wykonywania czynności kierowniczych, jednocześnie z oświadczenia tej osoby wynika, że nie była ona zatrudniona na stanowisku kierowniczym. Komisja Przetargowa uznała, że wykonywanie czynności, które może wykonywać osoba na stanowisku kierowniczym, nie jest równoważne z posiadaniem doświadczenia na stanowisku kierowniczym. (...) W związku z powyższym posiłkując się wyliczeniami przedstawianymi przez Wykonawcę DGP Security Partner sp. z o. o., Komisja wyliczyła, zgodnie z zapisami SIWZ, posiadanie doświadczenia koordynatora na stanowisku kierowniczym na 9 lat, przyznając tym samym wykonawcy w tym kryterium 10 punktów.”

Ponadto, Zamawiający wskazał, odwołując się do treści art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, że podane informacje w treści pisma z 29 marca 2021 r., stanowiły część okresu do wyliczenia punktacji w kryterium oceny ofert, wobec czego w opinii Komisji Przetargowej nie jest możliwe poprawienie tej omyłki, ponieważ zmiana taka nie mieści się w zakresie omyłek, o których mowa art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

Art. 223 ustawy Pzp: 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Art. 239 ustawy Pzp: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Odwwołanie podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Analizując wyjaśnienia Odwołującego z 29 marca 2021 r., Izba doszła do przekonania, że ocena tych wyjaśnień, jakiej dokonał Zamawiający w zakresie w jakim Zamawiający ustalił, iż zmierzają one do zmiany treści oświadczenia Odwołującego złożonego w pkt III. formularza oferty, była prawidłowa. W treści formularza ofertowego w spornej pozycji 3 Odwołujący wpisał pierwotnie „2013 r. – 2015 r.” oraz podmiot, na rzecz którego świadczona była usługa, tj. „Agencja Ochrony Impel”. Natomiast z udzielonych wyjaśnień z 29 marca 2021 r. wynika, że doświadczenie wskazane w poz. 3 w formularzu oferty zostało wskazane, zdaniem Odwołującego, w sposób omyłkowy jako zdobyte jedynie w pracy w Agencji Ochrony Impel a w rzeczywistości w tym okresie praca była świadczona na rzecz zarówno Międzywojewódzkiej Spółdzielni Usługowej (MSU) jak i Agencji Ochrony Impel. Ponadto Odwołujący podał okres świadczenia pracy dla pozostałych pozycji dotyczących doświadczenia zawodowego p. T. Ż. w taki sposób, że uszczegółowił to doświadczenie z dokładnością do miesięcy, mimo że w formularzu ofertowym podał to doświadczenie tylko w latach.

Izba miała ponadto na uwadze, że z pisma z 24 marca 2021 r., którym Przystępujący sygnalizował Zamawiającemu nieprawidłowości w doświadczeniu wskazanym przez Odwołującego w pkt 3 formularza oferty, Przystępujący wskazał, że pan T. Ż. świadczył dla niego pracę w okresie 26 listopada 2010 r. do 31 grudnia 2015 r. Jednak jak wynika z dowodu nr 7 przedstawionego przez Odwołującego podczas rozprawy, informacja ta nie jest precyzyjna, ponieważ pan T. Ż. świadczył pracę na podstawie umowy zlecenia w ww. okresie czasu, ale z przerwami, tj. dokładnie w następujących przedziałach czasu: 26.11.2010 – 31.12.2011, 6.01.2012 – 30.06.2012 oraz 23.12.2014 – 31.12.2015 r. Wobec powyższego w przedziale 2013 r. – 2014 r. pan T. Ż. nie współpracował z Agencją Ochrony Impel. Ponadto, również z załączonego do wyjaśnień oświadczenia pana T. Ż. wynika, że w latach 2013 – 2014 nie świadczył on pracy na rzecz Agencji Ochrony Impel, lecz na rzecz MSU. Natomiast praca na rzecz Agencji Ochrony Impel świadczona była w czasie 31 grudnia 2014 do 31 grudnia 2015.

Nie ulega wobec tego wątpliwości, że doświadczenie wskazane przez Odwołującego w formularzu ofertowym zostało opisane w sposób co najmniej niestaranny. Rozstrzygając, czy wobec tego doszło do zmiany treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień z 24 marca 2021 r., w zakresie w jakim chodzi o wskazanie doświadczenia w pracy na rzecz podmiotu jakim jest MSU, Izba doszła do przekonania, że powyższymi wyjaśnieniami Odwołujący zmienił treść oferty, ponieważ powołał się na doświadczenie zdobyte w pracy na rzecz podmiotu, którego pierwotnie w treści oświadczenia załączonego do oferty nie wskazał. Równie dobrze można by przyjąć stanowisko, że Zamawiający powinien był jedynie poprawić samą kolumnę „okres pracy na stanowisku” zamiast „2013 r. - 2015 r.” wpisując „2014 – 2015”. Stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zmiana nie jest znacząca, bo dotyczy kolumny „podmiot na rzecz którego praca była świadczona”, która to kolumna nie jest w żaden sposób punktowana, nie może zyskać aprobaty Izby, ponieważ w wyniku takiej modyfikacji oferty doszłoby w ocenie Izby do wskazania nowego doświadczenia, pierwotnie w treści oferty nie wskazanego, tj. doświadczenia na rzecz innego podmiotu, pierwotnie w treści oferty nie wskazanego.

Dokonując analizy złożonego przez pana T. Ż. oświadczenia zauważyć należy, że wskazał on, że w latach 2013 – 2015 realizował obowiązki Szefa Ochrony na wskazanym w oświadczeniu obiekcie. Następnie zostało oświadczone, że obowiązki te w przedziale 2013-2014 były realizowane na rzecz MSU a w przedziale 2014 – 2015 na rzecz jednej ze spółek Impel. Następnie został wskazany zakres obowiązków i zostało oświadczone, że obowiązki te były realizowane na rzecz obu ww. podmiotów. Kolejno pan T. Ż. wskazał osoby, którym raportował swoje działania. W okresie pracy dla MSU był to pan D. S., którego oświadczenie w postaci dowodu nr 1 Odwołujący złożył podczas rozprawy, a w czasie pracy dla Impel działania były raportowane do pana B. B. . Analiza oświadczenia złożonego przez pana T. Ż. prowadzi do wniosku, że rzeczywiście wykonywał on czynności kierownicze takie jak m.in. opracowanie grafików, rozliczanie czasu pracy w celu naliczenia wynagrodzeń, bezpośredni nadzór nad pracą pracowników w tym przestrzeganie grafiku, kierowanie i nadzorowanie zespołu pracowników. Izba nie ma wątpliwości co do tego, że obowiązki te były wykonywane w czasie pracy dla podmiotu MSU, co również zostało potwierdzone dowodem nr 1 złożonym przez Odwołującego, jednak doświadczenie to nie mogło zostać punktowane w omawianym kryterium jako niewskazane pierwotnie w ofercie, co zostało szczegółowo opisane powyżej.

W zakresie doświadczenia zdobytego w pracy dla Impel w okresie 2014-2015 Izba wskazuje, że zgromadzony materiał dowodowy również pozwala stwierdzić, że wykonywane obowiązki spełniają sporne kryterium. Z jednej bowiem strony mamy to samo oświadczenie pana T. Ż., w którym oświadcza on, że również podczas pracy dla Impel wykonywał tożsame obowiązki jak w czasie pracy dla MSU. Ponadto zostało złożone również oświadczenie pana M. M. z 29 marca 2021 r. z którego również wynika, że pan T. Ż. w latach 2013-2015 pełnił funkcję „Szefa Ochrony Obiektu od spraw ochrony” i potwierdza charakter wykonywanych obowiązków który jest zbieżny z tymi wskazanymi w oświadczeniu pana T. Ż. . Z drugiej natomiast strony jest oświadczenie tej samej osoby, tj. pana M. M. z 30 marca 2021 r., złożone podczas rozprawy przez Przystępującego, jako dowód nr 1, zgodnie z którym pan T. Ż. w czasie pracy w przedziale lat 2014 – 2015 współpracując z firmą Impel, wykonywał zadania na stanowisku Dowódcy ochrony SUFO, ponadto z oświadczenia tego wynika, że stanowisko „Szefa obiektu od spraw ochrony (...) nie miało charakteru oficjalnego”. Izba stwierdza, że wbrew stanowisku Przystępującego, oświadczenie z 30 marca 2021 r. nie stoi w sprzeczności z tym złożonym 29 marca 2021 r., pan M. nie wycofał się z oświadczenia złożonego 29 marca 2021 r., ani nie oświadczył czegoś przeciwnego niż w oświadczeniu z 29 marca 2021 r. Oświadczenie z 30 marca 2021 r. potwierdza, że pełnione stanowisko szefa ochrony nie miało oficjalnego charakteru. Odnostawia wymaga, że choć pan M. nie został wskazany przez pana T. Ż. jako osoba, z którą współpracował to jednak dostrzeżenia wymaga, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący powołują się na oświadczenie pana M., wobec tego uznają go za osobę posiadającą wiedzę na temat obowiązków wykonywanych przez p. T. Ż. . Wobec powyższego Izba doszła do przekonania, że doświadczenie zdobyte przez Pana T. Ż. w czasie od 2014 r. do 2015 r. na rzecz Agencji Ochrony Impel wpisuje się w sporne kryterium. Z tych względów oświadczenie Przystępującego (następnie podtrzymane podczas rozprawy), że pan T. Ż. wykonywał czynności doraźnej usługi ochrony, nie było dla Izby przekonujące w szczególności mając na uwadze, że w tym postępowaniu, w piśmie z 24 marca 2021 r. Przystępujący podał nieprecyzyjne informacje. Ponadto Izba wskazuje, że okoliczność ta powinna być dla Przystępującego nieproblematyczna dowodowo, skoro praca była świadczona na jego rzecz. Jednak Przystępujący żadnych innych dowodów poza oświadczeniem pana M. nie złożył.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do tego, że w ramach spornego kryterium Zamawiający powinien punktować doświadczenie oceniał je przez pryzmat czynności i obowiązków, jakie rzeczywiście były powierzone i świadczone przez wskazaną osobę, a nie tylko przez pryzmat nazwy stanowiska, na jakim pracowała. Przychylając się w tym zakresie do stanowiska Odwołującego Izba miała na uwadze, po pierwsze że Zamawiający poza lakonicznym sformułowaniem spornego warunku w sposób „doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym” nie wskazał co rozumie pod tym sformułowaniem, w tym w szczególności, że chodzi o pracę na tak nazwanym stanowisku, w tym o wyspecyfikowanie takiego stanowiska w treści umowy. W tym miejscu Izba zwraca również uwagę, że stanowisko Zamawiającego stoi w sprzeczności z treścią pkt III formularza oferty, gdzie w ostatniej kolumnie wykonawcy zobowiązani byli podać nie nazwę stanowiska lecz zakres czynności.

Następnie Izba wskazuje, że w świetle brzmienia SWZ w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert Izba doszła do przekonania, że prawidłowym było liczenie doświadczenia w spornym kryterium mając na uwadze pełne lata, tj. bez dokładności co do miesięcy. Wskazuje na to nie tylko treść SWZ, gdzie Zamawiający wskazał sposób punktacji odnoszący się do lat. Niesporne było między wykonawcami, że opis ten odczytali w ten sposób, że w treści tabeli zamieszczonej w pkt III formularza ofertowego należało również podać zdobyte doświadczenie z dokładnością co do lat, a nie lat i miesięcy, co Odwołujący wprost potwierdził w treści wyjaśnień. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający słusznie punktował Odwołującemu pełne lata doświadczenia bez uwzględnienia miesięcy, które to wynikały nie z treści oferty, lecz z treści wyjaśnień udzielonych 29 marca 2021 r.

Reasumując tę część rozważań Izba uznała, że czynność oceny oferty Odwołującego była częściowo prawidłowa, tj. w zakresie w jakim odnosiła się do ustalenia, że wyjaśnieniami z 29 marca 2021 r. nastąpiła częściowa zmiana pierwotnego oświadczenia złożonego wraz z ofertą w pkt III formularza oferty. Natomiast Zamawiający w ocenie Izby błędnie nie zaliczył Odwołującemu w poczet punktacji za sporne kryterium roku doświadczenia zdobytego w pracy na rzecz podmiotu Impel. Punkty w tym kryterium powinny być w ocenie Izby przyznane za okres 10 lat a nie 9 lat jak uczynił to Zamawiający i w tym zakresie czynność oceny oferty podjęta przez Zamawiającego nie była prawidłowa. W tym miejscu Izba wskazuje na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego Izba uwzględniła 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. W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzone uchybienie nie może w ocenie Izby przesądzić o uwzględnieniu odwołania bowiem zgodnie ze sposobem punktacji za doświadczenie w przedziale powyżej 5-10 lat należy przyznać 10 pkt, natomiast za doświadczenie powyżej 10 lat – 20 pkt. W związku z powyższym, mimo stwierdzonego uchybienia w ocenie oferty, punktacja została przyznana prawidłowo, co przesądziło o oddaleniu odwołania.

Przechodząc do czynności oceny przez Zamawiającego oferty Przystępującego, Izba stwierdza, że w tym zakresie czynność Zamawiającego była prawidłowa. Izba stoi na stanowisku, że wyjaśnienia z 14 kwietnia 2021 r. złożone przez Przystępującego nie stanowią niedozwolonej zmiany treści oświadczenia złożonego wraz z ofertą. Należy mieć na względzie, że wskazane w wyjaśnieniach doświadczenie, odpowiada temu wskazanemu w formularzu oferty zarówno w zakresie przedziału czasowego jak i podmiotu, na rzecz którego praca była świadczona, a także jest zgodne z zakresem czynności wskazanym w treści oświadczenia zawartego w ofercie. Tym samym w ocenie Izby można uznać, że Przystępujący w piśmie z 14 kwietnia 2021 r. uszczegółowił informacje na temat doświadczenia zawarte pierwotnie w formularzu oferty. Odwołujący nie dowiódł, że zakres czynności w wyniku udzielonych wyjaśnień zmienił się na niekorzyść Przystępującego. Złożone na tę okoliczność dowody nr 2-4 oraz 5 i 6 nie są wystarczające dla

potwierdzenia tych okoliczności. Zauważyć bowiem należy, że dowody te mają charakter ogólny, nie dotyczą bezpośrednio doświadczenia pana R. U. i tym samym Izba nie mogła na ich podstawie przesądzić, że zdobyte przez pana R. U. doświadczenie w pracy na stanowisku Agenta Ochrony w latach 1999 – 2006 nie było doświadczeniem spełniającym sporne kryterium. Tym samym Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w ocenie oferty Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się również naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku z §2 ust 1 pkt 2) oraz §5 pkt 1) i pkt 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....