Sygn. akt KIO 3422/21

WYROK

z dnia 3 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2021 r. przez wykonawcę Jeton Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum i Instytut Zoologii PAN w Warszawie

przy udziale wykonawcy Vavatech Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Jeton Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Jeton Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 3422/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Muzeum i Instytut Zoologii PAN w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na naprawę i konserwację oprogramowania POLRING dla Centrali Obrączkowania Ptaków MiIZ PAN. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 00243847/01. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca Jeton Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie 22 listopada 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 240 ust. 2 Pzp w związku z art. 16 pkt 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust.

1 Pzp polegające na przeprowadzeniu oceny ofert w sposób przekraczający dopuszczalną swobodę, dowolnym i subiektywnym, naruszającym równe traktowanie wykonawców. Zamawiający uznał, iż odwołujący nie wykazał w załączniku nr 6 doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia, a tym samym, że nie powinien był uzyskać punktów w zakresie kryterium doświadczenie, podczas gdy uznano, że wykonawca Vavatech Sp. z o.o. prawidłowo wypełnił przedmiotowy załączniki tym samym powinien był uzyskać punkty w zakresie kryterium doświadczenie, mimo iż wypełnił on załącznik nr 6 podobnie do odwołującego;

2. art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 240 ust. 1 Pzp, gdyż postępowanie zawiera niedającą się usunąć wadę prawną niepozwalającą na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na opisaniu kryteriów oceny ofert wymagając w SWZ (rozdział III podrozdział 4 i pkt 2) deklaracji doświadczenia kluczowych pracowników poprzez wypełnienie Załącznika nr 6 "Wykaz doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia" i powiązanie ilości przyznawanych punktów z liczbą zrealizowanych przez danego pracownika projektów, a z drugiej strony wymóg w ww. załączniku wskazania doświadczenia wyłącznie w latach/miesiącach deklarowanego doświadczenia;

3. art. 240 ust. 1 Pzp polegające na opisaniu kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, przez z jednej strony wymóg SWZ (rozdział III podrozdział 4 i pkt 2) deklaracji doświadczenia kluczowych pracowników poprzez wypełnienie Załącznika nr 6 "Wykaz doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia" i powiązanie ilości przyznawanych punktów z liczbą zrealizowanych przez danego pracownika projektów, a z drugiej strony wymóg w ww. załączniku wskazania wyłącznie w

latach/miesiącach deklarowanego doświadczenia;

4. art. 240 ust. 2 Pzp polegające na takim sformułowaniu kryteriów oceny ofert i ich opisu,

który pozostawił zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, przez umożliwienie subiektywnej (wyłącznie według uznania zamawiającego) interpretacji załącznika nr 6 "Wykaz doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia". Powyższe doprowadziło do błędnego uznania, że odwołujący nie wykazał doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia, a tym samym, że nie powinien był uzyskać 20/40 punktów w zakresie kryterium doświadczenie - albo, że wykonawca Vavatech Sp. z o.o. prawidłowo wypełnił przedmiotowy załączniki tym samym powinien był uzyskać punkty w zakresie kryterium doświadczenie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego oraz przyznanie mu 20 punktów. Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku odwołujący żądał powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez Vavatech Sp. z o.o. oraz przyznanie jej 0/40 punktów. Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia obu tych wniosków odwołujący żądał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że pismem z 16 listopada 2021 r. zamawiający poinformował go, że nie uzyskał najwyższej liczby punktów z uwagi na rzekomo błędne wypełnienie Załącznika nr 6 do SWZ „Wykaz doświadczenia Osób pełniących kluczowe funkcji w realizacji zamówienia", odwołujący uzyskał 0 z 40 możliwych punktów. Zarzucił, że zamawiający opisał kryteria oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały przez z jednej strony wymóg SWZ (rozdział III podrozdział 4 i pkt 2) deklaracji doświadczenia kluczowych pracowników i wypełnienie Załącznika nr 6 "Wykaz doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia" i powiązanie ilości przyznawanych punktów z liczbą zrealizowanych przez danego pracownika projektów, a z drugiej strony wymóg w ww. załączniku wskazania wyłącznie jedynie w „latach/miesiącach" deklarowanego doświadczenia. Zdaniem odwołującego, prawidłowe wypełnienie załącznika nr 6 musiało polegać na wpisaniu lat lub miesięcy doświadczenia danego pracownika.

Zamawiający pismem z 4 listopada 2021 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści

załącznika nr 6 S WZ. W piśmie tym zamawiający stwierdził, że odwołujący „zgodnie z rozdziałem III podrozdziałem 4 i pkt 2 wypełnił tabelę wpisując lata doświadczenia kluczowych osób w zamówieniu". Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie, ile projektów wykonały wskazane osoby. W odpowiedzi pismem z 8 listopada 2021 r. odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z rozdziałem III podrozdziałem 4 i pkt 2 wypełnił tabelę z załącznika nr 6 wpisując lata doświadczenia kluczowych osób w zamówieniu, a wskazanie to oznacza, że osoby pełniące kluczowe funkcje w planowanym zamówieniu wykonały po jednym projekcie w okresach wymienionych w tabeli, w tym:

- Koordynator projektu - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegający na koordynowaniu projektu dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł,

- Administrator serwera - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegający na koordynowaniu projektu dla nie mniej niż 1.000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł,

- Inspektor danych osobowych - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegający na koordynowaniu projektu dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł,

- Osoba testująca - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegający na koordynowaniu projektu dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł.

Odwołujący wskazał, że prawidłowo wypełnił załącznik nr 6 do SWZ i nie było konieczności jakiegokolwiek jego uzupełnienia czy wyjaśnień. Jego wypełnienie zgodne było bowiem zarówno z treścią SWZ, jak i przygotowanego przez zamawiającego załącznika. Zgodnie z rozdziałem III podrozdziałem 4 i pkt 2 SWZ odwołujący wypełnił tabelę z załącznika nr 6 wpisując lata doświadczenia kluczowych osób w zamówieniu, a wskazanie to oznacza, że osoby pełniące kluczowe funkcje w planowanym zamówieniu wykonały po jednym projekcie w okresach wymienionych w tabeli. W tabeli wpisane zostały wyłącznie osoby spełniające kryteria oczekiwane przez zamawiającego, zgodnie z treścią SWZ. Nie było bowiem potrzeby i możliwości wpisywania innych osób, w tym nie spełniających ww. punktowanych kryteriów.

Odwołujący wywiódł, że zestawiając treść SWZ z treścią załącznika oczywistym jest, że Jeton Sp. z o.o. powinien uzyskać łącznie 20 punktów. Zgodnie z zasadą, że dokumentacja dostarczana przez zamawiającego powinna być interpretowana na korzyść wykonawcy, nieprawidłowym jest jej wykładanie w sposób skrajnie dla odwołującego się niekorzystny. Odwołujący zarzucił, że ujawnił się ewidentny błąd w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego. Takie niejednoznaczne i niezrozumiałe sformułowanie kryteriów oceny ofert i ich opisu, pozostawiło zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, przez umożliwienie subiektywnej (wyłącznie według uznania zamawiającego) interpretacji załącznika nr 6 "Wykaz doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia". Również pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu wypełnili w taki sposób jak odwołujący ten załącznik.

Odwołujący zarzucił, że sprzeczne z ustawą jest postępowanie zamawiającego polegające na przeprowadzeniu oceny ofert w sposób przekraczający dopuszczalną swobodę, dowolnym i subiektywnym, naruszającym równe traktowanie wykonawców. Wykonawca Vavatech Sp. z o.o. również wskazał lata doświadczenia oraz tylko i wyłącznie po dwa przykładowe projekty, w których brały udział dane osoby, a nie ogólną konkretną liczbę projektów (nie wskazał liczby projektów). Postępowanie zawiera niedającą się usunąć wadę prawną niepozwalającą na zawarcie


niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca Vavatech Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z zachowaniem terminu ustawowego i obowiązku przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Treści przywołane przez odwołujące w uzasadnieniu odwołania są zgodne z brzmieniem pism znajdujących się w dokumentacji postępowania, zatem ich ponawianie jest zbędne.

Istotne dla rozstrzygnięcia okoliczności faktyczne wymagają jednak uzupełnienia.

W rozdziale 7 ust. 1 pkt 4 SWZ zamawiający opisał warunek w zakresie zdolności

technicznej lub zawodowej: doświadczenia, potencjału technicznego i organizacyjnego. Jednocześnie zamawiający stwierdził, że doświadczenie osób przeznaczonych do wykonania zamówienia zamawiający ocenia w kryteriach oceny ofert, jeżeli deklaracja doświadczenia jest załączona do oferty (Załącznik nr 6). Podobnie w rozdziale 9 ust. 2 pkt 2 zamawiający ustalił, że oceni doświadczenie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia w kryteriach oceny oferty, jeżeli wykonawca dołączy stosowny załącznik do oferty.

Jako jedno z kryteriów oceny ofert zamawiający ustalił doświadczenie osób pełniących kluczowe funkcje w zamówieniu o wadze 20%. Wskazał, że oceniając doświadczenie osób "znaczonych do realizacji zamówienia, weźmie pod uwagę doświadczenie koordynatora projektu, administratora serwera, inspektora danych osobowych, oraz osoby testującej uzyskane poprzez ich udział w realizacji opisanych zamówień informatycznych:

Koordynator projektu - doświadczenie w koordynowaniu projektami zrealizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł,

Administrator serwera - doświadczenie w koordynowaniu projektami zrealizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł,

Inspektor danych osobowych - doświadczenie w koordynowaniu projektami zrealizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł,

Osoba testująca - doświadczenie w koordynowaniu projektami zrealizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł,

Zamawiający ustalił, że przyzna punkty za doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia w ten sposób, że za zadeklarowane doświadczenie w realizacji projektów spełniających opisane warunki za każdą ze wskazanych osób można otrzymać 5 punktów za 1 5

projekt, 10 za dwa projekty. Łącznie wykonawca mógł otrzymać 40 pkt (dwa projekty każdej z zadeklarowanych osób).

Zamawiający stwierdził, że wykonawca deklaruje doświadczenie kluczowych pracowników dołączając do oferty Załącznik nr 6 do SWZ pn. „Wykaz doświadczenia Osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia". Niezłożenie tego załącznika skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w tym kryterium. Zamawiający poinformował, ze załącznik nr 6 nie podlega uzupełnieniu.

Zamawiający załączył do SWZ wzór załącznika Nr 6:

Wykaz doświadczenia

Osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia

| Lp. | Funkcja pełniona w realizacji zamówienia | Deklarowane doświadczenie (lata) |
|---|---|---|
| 1 | Koordynator projektu | |
| 2 | Administrator serwera | |
| 3 | Inspektor danych osobowych | |
| 4 | Osoba testująca | |

W odpowiedzi odwołujący złożył załącznik o treści:

| Lp. | Funkcja pełniona w realizacji zamówienia | Deklarowane doświadczenie (lata/miesiące) |
|---|---|---|
| 1 | Koordynator projektu | 2 lata |
| 2 | Programista | 10 lata |
| 3 | Inspektor danych osobowych | 10 lata |
| 4 | Administrator Serwerów | 6 lata |
| 5 | Tester oprogramowania | 2 |
| 6 | Programista / Administracja serwerami/ devops | 15 |

Przystępujący również złożył załącznik Nr 6 o treści:

| Lp. | Funkcja pełniona w realizacji zamówienia | Deklarowane doświadczenie (lata) |
|---|---|---|
| 1 | Koordynator projektu | Ponad 10 lat doświadczenia.<br><br>Doświadczenie w realizacji zamówień informatycznych w zakresie koordynowania projektami zrealizowanymi w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert polegający na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150<br><br>tys. zł na stanowisku Koordynatora projektu.<br><br>Projekt 1.<br><br>Zamawiający: Polityka Sp. z o.o. S. KA, ul. Słupecka 6, 02-309 Warszawa termin realizacji: 01.02.2010 - trwa wciąż (nieprzerwana współpraca) wartość brutto: > 200 000 zł w ciągu<br><br>ostatnich 3 lat<br><br>Opis projektu: Budowa, wsparcie, rozwój i modyfikacja<br><br>systemu informatycznego dla Wydawnictwa. Z systemu korzysta ponad 1000 użytkowników.<br><br>Projekt 2.<br><br>Zamawiający: Komenda Główna Ochotniczych Hufców Pracy, ul. Tamka 1, 00-349 Warszawa termin realizacji: 01.01.2019 - 31.12.2019 wartość brutto: 300 058.50 zł<br><br>Opis projektu: Budowa, wsparcie, rozwój i modyfikacja systemu informatycznego wspomagającego pracę Ochotniczych Hufców<br><br>Pracy. Z systemu korzysta ponad 1.000 użytkowników. |
| 2 | Administrator serwera | Ponad 3 lata doświadczenia.<br><br>Doświadczenie w realizacji zamówień informatycznych w zakresie koordynowania projektami zrealizowanymi w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł na stanowisku Administratora serwera.<br><br>Projekt 1.<br><br>Zamawia': Polityka Sp. z o.o. SKA, ul. Słupecka 6, 02-309 Warszawa |

| | | |
|---|---|---|
| | | Termin realizacji: od początku współpracy - trwa wciąż (nieprzerwana współpraca) wartość brutto: > 200 000 zł w ciągu ostatnich 3 lat<br><br>Opis projektu: Budowa, wsparcie, rozwój i modyfikacja systemu informatycznego dla Wydawnictwa, Z systemu korzysta ponad 1000 użytkowników.<br><br>Projekt 2.<br><br>zamawiający: Komenda Główna Ochotniczych Hufców Pracy, ul,<br><br>Tamka 1, 00-349 Warszawa<br><br>Termin realizacji: 01.01.2019 - 31.12.2019<br><br>Wartość brutto: 300 058.50 zł<br><br>Opis projektu: Budowa, wsparcie, rozwój i modyfikacja systemu informatycznego wspomagającego pracę Ochotniczych Hufców<br><br>Pracy. Z systemu korzysta ponad 1.000 użytkowników. |
| 3 | Inspektor danych<br><br>osobowych | Ponad 15 lat doświadczenia.<br><br>Brak projektów, które mogłyby być dodatkowo punktowane. |

| | | |
|---|---|---|
| | Osoba testująca | 5 lat doświadczenia |
| | | Doświadczenie w realizacji zamówień informatycznych w zakresie koordynowania projektami zrealizowanymi w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co<br><br>najmniej 150 tys. zł na stanowisku Osoby testującej. |
| 4 | | Projekt 1.<br><br>Zamawiający: Polityka Sp. z o.o. SKA, ul. Słupecka 6, 02-309<br><br>Warszawa termin realizacji: od początku współpracy - trwa wciąż (nieprzerwana współpraca) wartość brutto: > 200 000 zł w ciągu ostatnich 3 lat<br><br>Opis projektu: Budowa, wsparcie, rozwój i modyfikacja systemu informatycznego dla Wydawnictwa. Z systemu korzysta ponad 1.000 użytkowników. |
| | | Projekt 2.<br><br>zamawiający: Komenda Główna Ochotniczych Hufców Pracy, ul.<br><br>Tamka 1, 00349 Warszawa<br><br>Termin realizacji: 01.01.2019 - 31.12.2019<br><br>wartość brutto: 300 058.50 zł<br><br>Opis projektu: Budowa, wsparcie, rozwój i modyfikacja systemu informatycznego wspomagającego pracę Ochotniczych Hufców<br><br>Pracy. Z systemu korzysta ponad 1000 użytkowników. |

Pismem z 4 listopada 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z pytaniem o wyjaśnienie, ile projektów wykonały osoby wskazane w załączniku nr 6. W odpowiedzi odwołujący oświadczył, że wymienione osoby wykonały po 1 projekcie, w tym:

1. Koordynator projektu - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł;

2. Administrator serwera - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000

użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł;

3. Inspektor danych osobowych - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł;

4. osoba testująca - 1 projekt zrealizowany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na koordynowaniu projektów dla nie mniej niż 1000 użytkowników o wartości brutto co najmniej 150 tys. zł.

Zamawiający przyznał ofercie odwołującego 20 pkt, jednak postanowił tę ocenę ponowić, o czym poinformował odwołującego pismem z 16 listopada 2021 r. Z powołaniem się na pismo przystępującego z 15 listopada 2021 r., w którym przystępujący wskazywał na niedopuszczalność wyjaśnień dotyczących załącznika nr 6, zamawiający postanowił przyznać ofercie odwołującego 0 pkt 2 kryterium doświadczenia osób.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na



podstawie powołanych pism znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie odwołujący głównym elementem swego stanowiska uczynił kwestię dopuszczalności wyjaśnień załącznika nr 6 oraz obowiązku zamawiającego uwzględnienia informacji uzyskanych w ramach wyjaśnień w toku oceny oferty odwołującego w kryterium oceny ofert opisanym jako doświadczenie osób pełniących kluczowe funkcje w zamówieniu. Argumentacja odwołującego w tym zakresie w przeważającej części nie mogła zostać uwzględniona. Art. 555 Pzp stanowi, że Izba nie może rozpoznać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Przepis ten wyznacza granice rozpoznania odwołania, które nie mogą być przekroczone.

Izba rozpoznała zatem odwołanie uwzględniając wyłącznie podniesione w nim zarzuty, które okazały się chybione.

Ad. 1. Nie doszło do naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp w związku z art. 16 pkt 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób przekraczający dopuszczalną swobodę, dowolnym i subiektywnym, naruszającym równe traktowanie wykonawców. Zamawiający ustalił wymagania dotyczące doświadczenia wymaganych osób w ten sposób, że opisał cechy charakterystyczne projektów uzasadniających otrzymanie punktów. Obowiązkiem wykonawcy było zatem wskazania zamawiającemu tych projektów i to w sposób umożliwiający ich weryfikację. Załącznik Nr 6 nie miał charakteru wiążącego wykonawców, w tym znaczeniu, że nakazywał im podanie wyłącznie czasookresu długości doświadczenia, gdyż z tych informacji nie wynikałoby w żaden sposób potwierdzenie spełniania wymagań zamawiającego.

Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest lektura wszystkich wymagań zamawiającego opisanych w SWZ i podanie zamawiającemu niezbędnych informacji. Tego wymaga należyta staranność oczekiwana od uczestnika rynku zamówień publicznych. Jest to staranność wymagana od profesjonalisty. Odwołujący nie podał zamawiającemu informacji umożliwiających ocenę jego oferty, zatem trafnie nie otrzymał on punktów za doświadczenie kluczowych osób. Brak wskazanych informacji nie mógł być uzupełniony, gdyż zamawiający wyraźnie oświadczył w SWZ, że załącznik nr 6 nie podlega uzupełnieniu. Postanowienia SWZ mają charakter wiążący i zamawiający nie mógł odstąpić od ustalonej przez siebie reguły.

Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego nie mogą być potraktowane jako wyjaśnienie treści oferty, gdyż odwołujący podał w ich ramach informacje, które nie były znane wcześniej, a których

nie można było wyinterpretować z treści złożonego przez niego załącznika nr 6. Z samego czasookresu doświadczenia nie wynika bowiem - wbrew twierdzeniu odwołującego liczba zrealizowanych projektów. W tych warunkach wytworzenie przez odwołującego pominiętych treści nie może być traktowane inaczej niż jako uzupełnienie oferty. Ponadto w ramach wyjaśnień odwołujący nie wskazał konkretnych projektów, ponowił jedynie treść wymagania zamawiającego, zatem złożony przez niego załącznik nr 6 nie indywidualizuje wskazanego doświadczenie i nie umożliwia jego weryfikacji.

Trafnie zatem zamawiający uznał, iż odwołujący nie wykazał w załączniku nr 6 doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia, a tym samym, że nie powinien był uzyskać punktów w zakresie kryterium doświadczenie. Natomiast w ocenie Izby przystępujący prawidłowo wypełnił załącznik nr 6 i zasadnie uzyskał punkty w zakresie kryterium doświadczenie. Nie jest też prawdą, że wypełnił on załącznik nr 6 podobnie do odwołującego, co samodzielnie pozwala na uznanie zarzutu za niepotwierdzony.

Ad. 2. Postępowanie nie jest obarczone niedającą się usunąć wadę prawną niepozwalającą na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tej mierze w odniesieniu do obowiązków profesjonalnego wykonawcy związanych z wypełnieniem załącznika nr 6 Izba ponawia argumentację dotyczącą zarzutu 1. Zamawiający powiązał liczbę przyznawanych punktów z liczbą zrealizowanych przez danego pracownika projektów, które powinny być zindywidualizowane w załączniku nr 6. Z żadnego postanowienia SWZ nie wynika, że wystarczające jest ograniczenie opisu doświadczenia do podania lat/miesięcy deklarowanego doświadczenia. Takie sformułowanie zawarte w załączniku nr 6 może być ewentualnie uznane za zwrócenie uwagi przez zamawiającego na znaczenie okresu wykonania zamówienia lub łącznego doświadczenia danej osoby. Brak należytej staranności wykonawcy, który wypełniając wykaz, którego złożenie nie jest obowiązkowe, pomija cel jego złożenie i związane z tym wymagania zamawiającego, nie stanowi - w okolicznościach sporu - o wadzie postępowania. Wybiórcze, zawężające odczytanie przez odwołującego treści załącznika nr 6 do SWZ z całkowitym pominięciem wymagań zawartych w opisie kryterium nie wskazuje na obarczenie postępowania nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Deklaratoryjny charakter załącznika nr 6 oznaczał bowiem, że jego nieprawidłowe wypełnienie nie przynosi skutku w postaci odrzucenia oferty, lecz przyznanie ofercie 0 pkt w kryterium doświadczenia kluczowego personelu. Skutek jest taki sam, jak brak tego załącznika.

Zamawiający nie naruszył zatem art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 240 ust. 1 Pzp,

Ad. 3. Nie doszło również do naruszenia art. 240 ust. 1 Pzp. Zamawiający opisał kryterium oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Podał cechy projektów, które weźmie pod uwagę przy przyznaniu punktów. Całkowicie nieuzasadnione jest oczekiwanie odwołującego, że otrzyma on punkty w sytuacji, gdy nie przekazał zamawiającemu informacji dotyczących tych projektów, w



taki sposób, by możliwe było ustalenie spełnienia wymagania zamawiającego. Deklaracja doświadczenia kluczowych pracowników składana przez wypełnienie Załącznika nr 6 "Wykaz doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia” nie mogła zatem ograniczać się wyłącznie do liczby zrealizowanych przez danego pracownika projektów, ani tym bardziej do wskazania deklarowanego doświadczenia wyłącznie w latach/miesiącach. Informacja dotycząca długości doświadczenia jest bowiem całkowicie niezdatna do oceny doświadczenia wymaganego w tym postępowaniu. Na jej podstawie nie można bowiem ustalić, ani liczby projektów, ani tego, czy spełniają one wymagania zamawiającego.

Ad. 4. Nie doszło również do naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie sformułował kryteriów oceny ofert i ich opisu w sposób umożliwiający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Izby sporne kryterium oceny ofert zostało sformułowane jasno. Zamawiający nie dopuścił się też arbitralnej, subiektywnej oceny załącznika nr 6 "Wykaz doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia” złożonego przez odwołującego. Brak podania przez odwołującego informacji umożliwiających ustalenie, czy spełnia on wymagania opisane w kryterium nie mogło przynieść innego rezultatu niż przyznanie odwołującemu 0 pkt. Załącznika nr 6 nie można było uzupełnić, gdyż możliwość ta została wyłączona przez zamawiającego. Treść podana przez odwołującego nie nadawała się też w żaden sposób do wyjaśnienia. Wyjaśnienie te utworzyłyby bowiem nową treść oferty. Jak wskazano już wcześniej, instytucja wyjaśnienia oferty nie może służyć uzupełnieniu jej o treści, które wykonawca powinien w niej zamieścić, lecz tego nie uczynił.

W konsekwencji odwołujący nie wykazał doświadczenia osób pełniących kluczowe funkcje w realizacji zamówienia, a tym samym, że nie powinien był uzyskać 20 z 40 możliwych do uzyskania punktów w zakresie kryterium doświadczenie. Natomiast przystępujący podał zamawiającemu niezbędne informacje i prawidłowo uzyskał punkty w zakresie kryterium doświadczenie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca: .....