

Sygn. akt: KIO 295/22
KIO 299/22

WYROK

z dnia 22 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 17 lutego 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 lutego 2022 r. przez:

- 1) wykonawcę Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (sygn. akt KIO 295/22)
- 2) wykonawcę BVT spółkę akcyjną z siedzibą w Tarnowie (sygn. akt KIO 299/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AK Collection spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Kancelarii Adwokackiej M. M. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 295/22 i KIO 299/22 po stronie Zamawiającego,
- 2) wykonawcy BVT spółki akcyjnej z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 295/22 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

W sprawie o sygn. akt KIO 295/22:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie 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.

W sprawie o sygn. akt KIO 299/22:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego BVT spółkę akcyjną z siedzibą w Tarnowie 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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:

Sygn. akt: KIO 295/22
KIO 299/22

Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Prowadzenie windykacji w egzekucji należności powstałych z tytułu wystawionych wezwań do zapłaty opłat dodatkowych i należności przewozowych”, nr TOZ.26.2.22.2021.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 18 października 2021 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 202-527954. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

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.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

sygn. akt KIO 295/22

4 lutego 2022 roku wykonawca Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej: „Odwołujący Renoma”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, badaniu i ocenie oferty oraz nieuprawnionej zmianie treści SWZ po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący Renoma zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia AK Collection Sp. z o.o. i Kancelarii Adwokackiej M. M.

(dalej jako „Konsorcjum”) jako najkorzystniejszej na podstawie kryterium oceny ofert, które nie zostało zawarte w dokumentach zamówienia, oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej przy zastosowaniu kryteriów zawartych w specyfikacji warunków zamówienia które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania,

2) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 i art. 84 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu zmiany treści pkt 11.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia, istotnej dla sporządzenia oferty i wymagającej od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowaniem ofert, po upływie terminu składania ofert, przez doręczenie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w dniu 26 stycznia 2022 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z „wyjaśnieniem dotyczącym punktacji ofert”, w której zmieniono wzór matematyczny, zawarty w pkt 11.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia, z powołaniem się na art. 65 § 1 i art. 84 k.c., które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania;

3) art. 65 § 1 i art. 84 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 137 ustawy Pzp przez ich nieprawidłowe zastosowanie w przypadku, w którym zastosowanie tych przepisów k.c. było wyłączone na mocy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. w związku z zawarciem w art. 137 ustawy Pzp regulacji szczególnej w stosunku do art. 65 § 1 i art. 84 k.c., które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący Renoma wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego 26 stycznia 2022 r., polegającej na zmianie treści specyfikacji warunków zamówienia;

2) unieważnienie czynności Zamawiającego 26 stycznia 2022 r. w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz badania i oceny ofert;

3) powtórzenie badania i oceny ofert;

4) ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

ewentualnie zaś, na wypadek uznania, iż postępowanie o udzielenie zamówienia winno podlegać unieważnieniu:

5) unieważnienie ogółu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, względnie zaś,

6) unieważnienie całego postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto, Odwołujący Renoma wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Odwołujący Renoma wskazał, że ma interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania, ponieważ jest wykonawcą w tym postępowaniu o zamówienie a ponadto ma interes w uzyskaniu zamówienia. Gdyby Zamawiający zastosował kryteria oceny ofert przewidziane w treści SWZ, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący wskazał, że ma również interes we wniesieniu odwołania nawet w sytuacji uznania, że to postępowanie o udzielenie zamówienia podlega unieważnieniu ponieważ wówczas miałby szansę na udział w nowym postępowaniu.

Odwołujący Renoma wyjaśnił, że 26 stycznia 2022 r., tj. w dniu opublikowania na stronie internetowej Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, doręczono Odwołującemu — jako wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia — informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z „wyjaśnieniem dotyczącym punktacji ofert”. Wyjaśnienia tego nie zawiera informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego (tym samym, są to dwa dokumenty o różnej treści).

Odwołujący Renoma wskazał, że punktacja w kryterium „wskaźnik ściągalności”

została obliczona z uwzględnieniem poprawy oczywistej pomyłki dokonanej przez zamawiającego we wzorze wskazanym w punkcie 11.3 SWZ. Odwołujący zreferował treść pisma z 26 stycznia 2022 r.

Odwołujący Renoma zwrócił uwagę na treść art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący Renoma zauważył, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp, kryteria oceny ofert powinny obligatoryjnie zostać opisane, wraz z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny ofert, w SWZ (art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp). Kryteria te powinny zostać zatem sformułowane przez Zamawiającego, w sposób jawny i przejrzysty, już na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Niedopuszczalne w ocenie Odwołującego Renoma było zatem dokonanie przez Zamawiającego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryterium które nie znajdowało się w dokumentach zamówienia co jednak Zamawiający błędnie uczynił. Co więcej, ww. kryterium to nie było znane wykonawcom aż do momentu poinformowania przez Zamawiającego, że dokonało wyboru najkorzystniejszej oferty na jego podstawie i zostało sformułowane po upływie znacznego czasu od upływu terminu składania ofert. Tym samym, Odwołujący Renoma wskazał, że nie miał jakiegokolwiek możliwości dostosowania oferty do nowego, sformułowanego w sposób odmienny niż literalnie wskazany w SWZ, kryterium. Takie postępowanie Zamawiającego nie sposób uznać za zapewniające realizację zasad przejrzystości oraz uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego Renoma całkowicie błędny jest ranking ofert wskazany przez Zamawiającego w informacji o wyborze ofert z 26 stycznia 2022 r. W rzeczywistości zdaniem Odwołującego Renoma, w przypadku zastosowania wyłącznie kryteriów przewidzianych w SWZ (tj. kryteriów prawidłowych), w tym wskaźnika ściągalności obliczanego (Pś) zgodnie z pkt 11.3 SWZ, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący Renoma wskazał, że wykonawcy zaoferowali następujące wskaźniki ściągalności Sof Renoma — 16%

Konsorcjum AK Collection Sp. z o.o. i Kancelarii Adwokackiej M. M. („Konsorcjum”) — 15%

BVT S.A. - 15,2 %

Podstawiając powyższe dane do wzoru wskazanego w SWZ i wykonując działanie w kolejności najpierw działania w nawiasach następnie mnożenie lub dzielenie, na końcu

dodawanie lub odejmowanie) zostaną uzyskane następujące wyniki:

Pś dla Renomy:

$$Pś = (16 - 15 / 90 - 15) \cdot 40 = (16 - 0,17 - 15) \cdot 40 = 33,2 \text{ pkt}$$

Pś dla Konsorcjum:

$$Pś = (15 - 15 / 90 - 15) \cdot 40 = (15 - 0,17 - 15) \cdot 40 = - 6,8 \text{ pkt}$$

Pś dla BVT S.A.

$$Pś = (15,2 - 15 / 90 - 15) \cdot 40 = (15,2 - 0,17 - 15) \cdot 40 = 1,2 \text{ pkt}$$

Uwzględniając powyższe, ranking wykonawców powinien się przedstawiać następująco:

1. Odwołujący cena: 57,21 pkt, wskaźnik ściągalności: 33,2 pkt łącznie: 90,41 pkt
2. BVT S.A. cena: 59,11 pkt, wskaźnik ściągalności: 1,2 pkt łącznie: 60,31 pkt
3. Konsorcjum AK Collection cena: 60,00 pkt wskaźnik ściągalności: 6 8 pkt łącznie: 53,2 pkt

Zdaniem Odwołującego Renoma, wbrew zatem twierdzeniu Zamawiającego, zastosowanie wzoru zawartego w SWZ, tzn. wzoru rzeczywiście prawidłowego, prowadziłoby do oczywiście odmiennych rezultatów, niż zastosowanie przez Zamawiającego nowego, nieznanego wcześniej wzoru. W przypadku zastosowania kryterium wskaźnika ściągalności

zgodnego z SWZ, to oferta Renomy, nie zaś oferta Konsorcjum, byłaby bowiem najkorzystniejsza. Tym samym, za całkowicie bezpodstawne należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż określenie przezeń w dniu 26 stycznia 2022 r. nowego wzoru na wyliczenie wskaźnika ściągalności miało charakter sprostowania oczywistej omyłki, pozbawionego wpływu dla wyniku postępowania. Przeciwnie, opisane naruszenie miało zatem nie tylko istotne ale wręcz rozstrzygający wpływ na wynik postępowania.

Badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty winien zatem zostać powtórzony z uwzględnieniem prawidłowych kryteriów.

Zdaniem Odwołującego Renoma, gdyby przyjąć — co w ocenie Odwołującego nie byłoby prawidłowe — że zawarty w pkt 11.3 SWZ wzór (w jego pierwotnym brzmieniu, bez uwzględniania niedopuszczalnej „poprawy”, polegającej na zastosowaniu zupełnie innego wzoru przez Zamawiającego) może zostać zastosowany nie tylko tak, jak to wyliczył powyżej Odwołujący, lecz również w ten sposób, iż wyniki obliczeń dla kryterium wskaźnika ściągalności przedstawiałyby się jak w „rankingu” przedstawionym przez Zamawiającego (tj. wskaźnik ów byłby ujemny dla wszystkich wykonawców, których oferta nie została odrzucona), to wówczas zaistniałaby podstawa do unieważnienia postępowania przewidziana w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący Renoma wskazał, że przesłanka obligatoryjnego unieważnienia postępowania, zawarta w ww. przepisie, jest tożsama z przesłanką, która była sformułowana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący powołując się na stanowisko Izby z wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 320/18) wskazał, że wadliwość SWZ (obecnie SWZ) polegająca na mylącym sformułowaniu jego treści w zakresie istotnym dla złożenia oferty po upływie terminu składania ofert staje się wadliwością nieusuwalną, ponieważ specyfikacja nie może ulegać zmianom, jeżeli termin ten już upłynął.

Wadliwość, o której mowa powyżej, może polegać również na przewidzeniu w SWZ sytuacji, że wykonawcy mogą być niejako karani za prawidłowo złożone oferty, tj. dopuszczenie sytuacji, w której za złożenie zgodnej z SWZ oferty wykonawcy uzyskują ujemne punkty, co dostrzeżono w orzecznictwie, w tym zakresie Odwołujący Renoma wskazał na wyrok Izby z 9 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1297/14.

Odwołujący Renoma zauważył, że jeżeli by przyjąć, że „ranking” opracowany przez Zamawiającego z wykorzystaniem wzoru zawartego w pkt 11.3 SWZ został sporządzony w sposób zgodny w tym wzorem, oznaczałoby to, że ww. postanowienie SWZ dopuszcza wymierzanie ujemnych punktów wykonawcom, którzy w ofertach zadeklarowali wskaźniki ściągalności zgodne z SWZ, a zatem wynoszące przynajmniej 15% (tj. odpowiednio: Renoma — 16%; BVT S.A. - 15,2% Konsorcjum - 15 %).

W ocenie Odwołującego Renoma sytuacja, w której oferuje on wskaźnik przekraczający najniższy dopuszczalny poziom (16% przy minimum wynoszącym 15%), a mimo to zgodnie z SWZ należy mu przyznać ujemne punkty jest niedopuszczalna.

Dlatego też, w przypadku uznania, iż w sytuacji zastosowania przez Zamawiającego pkt 11.3 SWZ (zamiast niewskazanego w SWZ wzoru, przyjętego niezgodnie z ustawą w „Wyjaśnieniu dotyczącym punktacji ofert”) wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu, w tym w szczególności Odwołujący, otrzymaliby ujemne punkty za kryterium wskaźnika ściągalności postępowanie o udzielenie zamówienia winno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W takim przypadku konieczne byłoby zdaniem Odwołującego Renoma nakazanie Zamawiającemu unieważnienie ogółu czynności w postępowaniu co równałoby się z nakazem unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając zarzut 2 i 3 Odwołujący Renoma wskazał, że nawet gdyby uznać informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z „wyjaśnieniem dotyczącym punktacji ofert”, przekazaną wykonawcom przez Zamawiającego w dniu 26.01.2022 r., za zmianę SWZ, to zmiana ta była niedopuszczalna, jako że nastąpiła ona zbyt późno.

Odwołujący Renoma wskazał, że za niedopuszczalną należy uznać każdą zmianę treści SWZ, jaka nastąpi po upływie terminu składania ofert. Dokonanie takiej zmiany narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, związane z wyborem najkorzystniejszej oferty; pogląd taki utrwalony jest przy tym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przytoczone wyroki dotyczą art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, przy czym przepis ów zawierał ograniczenie czasowe zmiany

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia analogiczne do przewidzianego w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, stąd wyrażone w nich poglądy zachowują aktualność).

Każda zatem czynność zamawiającego, czy to przybiera formę pisma wystosowanego do wykonawców, czy zamieszczenia informacji na stronie internetowej, która wprost zmienia specyfikację albo przedstawia sposób interpretacji postanowień specyfikacji przez zamawiającego, stanowi zmianę SWZ w rozumieniu art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, która jest dopuszczalna tylko do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący Renoma wskazał, że zamawiający nie może przy tym pomijać art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zamawiający nie może zatem dokonywać zmiany SWZ z powołaniem się na art. 65 § 1 i art. 84 k.c., które dotyczą odpowiednio wykładni oświadczeń woli oraz uprawnienia do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, złożonego pod wpływem błędu. Ustawa Pzp przewiduje bowiem wyczerpującą, szczególną względem ww. przepisów regulację dotyczącą zmiany treści SWZ (art. 137 ustawy Pzp), a nadto również wyjaśniania treści SWZ (art. 135 ustawy Pzp).

Odwołujący Renoma uważa wobec tego, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przesłana wykonawcom informacja z dnia 26 stycznia 2022 r., zawierająca „Wyjaśnienie dotyczące punktacji ofert”, stanowiła zatem zmianę pkt 11.3 SWZ, a zatem postanowienia dotyczącego kryterium oceny ofert, a zatem zmianę istotną dla sporządzenia oferty i wymagającą od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowaniem ofert.

Zgodnie z treścią sprostowanego ogłoszenia o zamówieniu, termin składania ofert upłynął w dniu 30 listopada 2021 r, Zamawiający dokonał zatem zmiany SWZ aż dwa miesiące później, wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, pozbawiając wykonawców, w tym Odwołującego, możliwości dostosowania oferty do nowej treści SWZ.

Powyższa czynność stanowiła zatem naruszenie odstawo od zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty takich jak zasada jawności, zasada przejrzystości i zasada uczciwej konkurencji.

Jeżeli zatem uznać ww. czynność zamawiającego za zmianę SWZ to jako niezgodna z ustawą powinna ona podlegać unieważnieniu zaś badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty winny zostać powtórzone z uwzględnieniem kryteriów przewidzianych w SWZ przed ww. niedopuszczalną zmianą (względnie zaś, w przypadku uznania, że pierwotna treść SWZ obciążona jest wadą skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania, unieważnieniu powinien podlegać ogół czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

sygn. akt KIO 299/22

4 lutego 2022 r. wykonawca BVT spółka akcyjna z siedzibą w Tarnowie (dalej: Odwołujący BVT) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum AK Collection.

Odwołujący BVT zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 w zw. z art. 117 ust. 2 w zw. z art. 226 ust 1 pkt. 2 ppkt. b ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum AK Collection z postępowania, oraz zaniechanie uznania oferty konsorcjum za odrzuconą, mimo braku spełnienia przez

lidera konsorcjum AK Collection wymogu opisanego w punkcie 4.2.1 Specyfikacji

Warunków Zamówienia - prowadzenia działalności przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy, podczas gdy w chwili składania oferty okres ten nie był spełniony,

2) art. 16 w zw. z art. 116 ust 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 109 ust 1. pkt 8 w zw. z art. 226 ust 1 pkt 2 ppkt. b ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum AK Collection oraz uznania oferty konsorcjum za odrzuconą, mimo braku spełnienia opisanego w punkcie 4.2.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia - wymogu potwierdzenia doświadczenia, oraz w wyniku zamierzonego działania lub rażącego

niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, przez uczestnika konsorcjum Kancelaria Adwokacka M. M., wskazującego, że spełnia wymóg formalny określony w pkt. 4.2.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia i złożenia oświadczenia o posiadaniu doświadczenia, wraz z referencjami wydanymi przez osobę nie uprawnioną do samodzielnej reprezentacji podmiotu wydającego

referencje, a ponadto, w sytuacji gdy w czasie wydania przedmiotowych referencji - podmiot je wydający nie był uprawniony do reprezentacji spółki.

3) z daleko idącej ostrożności- zarzut naruszenia art. 274 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania konsorcjum AK Collection do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

4) art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wymienionego konsorcjum jako najkorzystniejszej oferty, a także przez zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, ocenionej jako najkorzystniejszej.

Odwołujący BVT wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) ponowną ocenę i badanie ofert, w tym wykluczenie konsorcjum AK Collection z

postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu i uznał ofertę ww. konsorcjum za odrzuconą,

3) z daleko idącej ostrożności, wyłącznie na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy art. 274 ust. 2 i 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

4) ocenę ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący BVT wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia publicznego w toczącym się postępowaniu, jak również możliwości uzyskania zamówienia w ramach kolejnego postępowania wszczętego w przypadku unieważnienia tego, które stało się przedmiotem odwołania.

Następnie Odwołujący BVT wskazał, że Zamawiający dokonując wyboru najlepszej oferty zaniechał dokonania oceny konsorcjum AK Collection co do spełnienia wymogów formalnych, określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia określonych w pkt. 4.2.1., a w konsekwencji nastąpiło zaniechanie wykluczenia konsorcjum AK Collection z postępowania o zamówienie, oraz nieuznanie oferty konsorcjum za odrzuconą. Odwołujący BVT wskazał na treść zapisu pkt 4.2. i pkt 4.2.1. SWZ.

W ocenie Odwołującego BVT w tej sprawie kluczowe znaczenie ma obligatoryjna przesłanka określona przez Zamawiającego, jaką powinien spełnić wykonawca przystępując do postępowania o zamówienie publiczne, a więc określonej w pkt 4.2.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia dotycząca posiadania wiedzy i doświadczenia.

Lider Konsorcjum, tj. AK Collection nie spełnia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zdobytego przez okres co najmniej 12 kolejno następujących po sobie miesięcy w zakresie windykacji należności z uwagi na to, iż na dzień składania oferty czas istnienia spółki na rynku był krótszy niż 12 miesięcy, albowiem jak wynika z informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS - AK Collection sp. z o.o. został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 28 grudnia 2020 r., podczas gdy jako dzień składania ofert oznaczyć należy dzień 18 października 2020 r. Nie można zatem wskazywać na posiadanie doświadczenia nabytego kolejno w 12 następujących po sobie miesiącach.

Odwołujący BVT wskazał, że AK Collection sp. z o.o. w formularzu JEDZ (zał. nr. 4 do SWZ) został wskazany jako lider odpowiedzialny za reprezentowanie w postępowaniu i

na etapie wykonawczym oraz przyjmowanie wyegzekwowanych kwot, obsługę oprogramowania Zamawiającego, dostarczenie własnego oprogramowania, utrzymanie biura obsługi pasażerów, analizę kondycji finansowej dłużników, prowadzenie dokumentacji, ewidencji i archiwizację, raportowanie do Zamawiającego i udzielenie informacji, fakturowanie i przyjmowanie wynagrodzenia- a więc zatrudniający bezpośrednio pracowników opisanych w pkt. 3.3 SWZ.

Kancelaria Adwokacka M. M. wg. JEDZ odpowiada jedynie za kierowanie wezwań do zapłaty do dłużników, postępowanie sądowe i egzekucyjne.

Jednocześnie jak wskazał Odwołujący BVT, zgodnie zapisem 4.2.1 - wykonawcy „posiadają wiedzę i doświadczenie”, a mając na uwadze pkt. 4.3 SWZ „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonują usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane”. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż lider konsorcjum - AK Collection, prócz krótkiego okresu prowadzenia działalności jest świadom, że nie posiada również wiedzy i doświadczenia w określonym przez Zamawiającego zakresie, co wynika także bezpośrednio z oświadczenia uczestników z dnia 29 listopada 2021 r., w którym to wykonawca AK Collection wskazuje, że: „warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt. 4.2.1 SWZ spełnia w naszym imieniu Kancelaria Adwokacka M. M.”.

Jednakże również wskazane doświadczenie wymienionego wykonawcy, będącego uczestnikiem konsorcjum, nie zostało w sposób należyty udowodnione w postępowaniu o zamówienie publiczne, o czym szczegółowo dalej.

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę na treść samego Oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z dnia 29 listopada 2021 r., w którym zarówno lider konsorcjum jak i uczestnik konsorcjum enumeratywnie wyliczają zakres usług jakie będą wykonywać w ramach realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż wykonawcy należący do konsorcjum sami dokonali podziału zakresu usług w ramach realizacji zamówienia pomiędzy sobą. Jak więc zostało wskazane powyżej przesłanka wymaganego doświadczenia w zakresie usług windykacyjnych m.in. obsługi oprogramowania zamawiającego do procesu windykacji należności, dostarczania i obsługi własnego oprogramowania do procesu windykacji cywilnych należności, utrzymania biura obsługi pasażerów, obsługa informacji telefonicznej i bezpośredniej, prowadzenia analizy kondycji finansowej dłużników, dokonywania wpisów dłużnika do Krajowego Rejestru Długów oraz BIG InfoMonitor, wsparcie w przygotowaniu pism procesowych, przyjmowanie i księgowanie wpłat, przekazywanie środków na rachunek zamawiającego, prowadzenia dokumentacji, ewidencji, archiwizacja, sporządzania sprawozdań i raportów, przeprowadzania kontroli wewnętrznej, fakturowanie i przyjmowanie wynagrodzenia- nie została spełniona. Jest tak bowiem nie tylko ze względu na brak wymaganego okresu minimalnego tj. 12 kolejnych miesięcy, ale również ze względu na brak posiadanej wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 4.2.1. SWZ.

Istotne w ocenie Odwołującego BVT jest również to, że jak wynika z oświadczenia uczestnika konsorcjum Kancelarii Adwokackiej M. M., w okresie od dnia 20 października 2015 r. do 31 grudnia 2020 r. podmiot wykonywał umowę stałej obsługi prawnej obejmującą odzyskiwanie należności na drodze windykacji przedsądowej, sądowej oraz egzekucyjnej. W pozostałym zakresie, w tym szczególnie w zakresie usług na jakie wskazuje lider konsorcjum AK Collection sp. z o.o. - podmiot nie posiada doświadczenia.

Odwołujący BVT wskazał na różnice pomiędzy windykacją a „obsługą prawną obejmującą odzyskiwanie należności na drodze windykacji przedsądowej, sądowej oraz egzekucyjnej”. Ponadto wskazał na treść pkt 3.3.OPZ, zawierający opis zespołu pracowników wymaganego do wykonania przedmiotowego zamówienia windykacji i egzekucji. Odwołujący BVT zaznaczył że jest to opis kompletnego zespołu prowadzącego windykację, nie składającego się z prawników lecz innych specjalności zawodowych związanych z windykacją.

Odwołujący BVT wskazał, że według PKD, działalność prawnicza musi odbywać się w ramach określonych zadań. Jest to przede wszystkim reprezentowanie interesów jednej strony przeciwko innej przed sądem. Może być to także samo doradztwo, a niekoniecznie fizyczne stawienie się w sądzie w dniu rozprawy. Oprócz tego odpowiednio wykształcone osoby mogą sporządzać wyznaczone dokumenty prawne, takie jak: statuty, umowy, patenty, testamenty, pełnomocnictwa, dokumentacje na użytek prywatny lub firmowy. Obsługa prawna obejmuje świadczenie pomocy prawnej, która w szczególności polega na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub

obrońcy.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego BVT, działań określonych w oświadczeniu uczestnika konsorcjum, Kancelarii Adwokackiej M. M. z dnia 07 stycznia 2022 r. nie można traktować jako spełnienia wymogów stawianych przez Zamawiającego, a opisanych w zakresie usług wykonywanych przez lidera konsorcjum AK Collection sp. z o.o. w ramach realizacji zamówienia i określonych enumeratywnie w oświadczeniu wykonawców z dnia 29 listopada 2021 r.

Odwołujący BVT wskazał na treść Art. 128 ust. 5 ustawy Pzp i wywiódł, że analizując oświadczenie z dnia 29 listopada 2021 r. które złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia na rzecz ich konsorcjum a określające zakresy usług i spełnianie warunku doświadczenia, a później analizując treść oświadczenia uczestnika konsorcjum z dnia 7 stycznia 2022 r. wskazującego wykonaną usługę i potwierdzenie należytego wykonania, należy stwierdzić iż Zamawiający nie przeprowadził w sposób prawidłowy badania i oceny dokumentów SWZ, a jednocześnie oferta konsorcjum podlega wykluczeniu ze względu na brak spełnienia warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ.

Ponadto, w ocenie Odwołującego BVT, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzono Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji przez uczestnika konsorcjum Kancelarię Adwokacką M. M. składając oświadczenie, że spełnia wymóg formalny określony w pkt. 4.2.1 SWZ i składając oświadczenia o posiadaniu doświadczenia wraz z referencjami, wydany przez osobę nie uprawnioną do samodzielnej reprezentacji podmiotu wydającego referencje, a ponadto nieuprawnioną do reprezentacji spółki w czasie wydania przedmiotowych referencji.

Odwołujący BVT wyjaśnił, że wykonawca złożył dokument w postaci referencji wydanych w dniu 5 stycznia 2022 r. przez podmiot Arvato Polska sp. z o.o. na rzecz Kancelarii Adwokackiej M. M. oraz oświadczenie 7 stycznia 2022 r. o należytych wykonaniu umowy, o którym była mowa wyżej. Jednakże dokumenty te obciążone są wadami formalnymi. Odwołujący BVT wskazał na nieuzasadnione działanie uczestnika konsorcjum w formie przedłożenia dokumentów budzących wątpliwości w zakresie wywołania określonego skutku prawnego, gdyż osoba wydająca dokument w dacie jego wydania nie była upoważniona do reprezentacji spółki, a co więcej nigdy nie była upoważniona do samodzielnej reprezentacji podmiotu wystawiającego referencje potwierdzające spełnienie warunku wymaganego doświadczenia, określonego w SWZ. Odwołujący BVT podniósł, że referencje wydane w imieniu Arvato Polska sp. z o.o. zostały opatrzone podpisem Pana K. P. jako prokurenta spółki 5 stycznia 2022 r. Z odpisu pełnego dostępnego w Krajowym Rejestrze Sądowym prowadzonym dla Arvato Polska sp. z o.o. wynika, że Pan K. P. pełnił funkcję prokurenta od 7 marca 2019 r. do 27 maja 2021 r., kiedy ww. został odwołany z funkcji i utracił prawo do reprezentacji spółki. Zatem referencje wystawione w imieniu podmiotu Arvato Polska Spółka z o.o. zostały wystawione przez podmiot nieuprawniony do jej reprezentowania. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż w okresie pełnienia funkcji Pan K. P. posiadał upoważnienie do reprezentowania spółki Arvato Polska sp. z o.o.

wyłącznie wraz z członkiem Zarządu. Reprezentacja spółki miała więc charakter łączny, a do skutecznego złożenia oświadczenia w imieniu reprezentowanej spółki niezbędne było złożenie podpisu na dokumencie przez któregośkolwiek z członków Zarządu wraz z

prokurentem. Zatem referencje opatrzone podpisem Pana K. P. nie wywołują żadnego skutku prawnego, ponieważ w dacie podpisania dokumentu osoba je podpisująca nie była upoważniona do reprezentacji spółki, a zwłaszcza reprezentacji samodzielnej.

Odwołujący BVT wskazał również, że Pan K. P. został również wskazany oświadczeniu z 7 stycznia 2022 r. jako aktualny Vice President Strategy w Arvato Financial Solutions. Podkreślić należy, iż zarówno z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru spółek Companies House, odpowiednikowi polskiego KRS, dla podmiotu Arvato Financial Solutions Ltd. należącemu do Bertelsmann UK Ltd., zarejestrowanemu w Wielkiej Brytanii pod numerem SC223603, jak i z informacji zamieszczonych na stronie podmiotu Arvato opatrzonej nagłówkiem Arvato Financial

Solutions, tj. wynika brak wskazania

Pana K. P. jako osoby zarządzającej spółką i przede wszystkim, jako osoby uprawnionej do reprezentowania spółki. Odwołujący BVT wskazał, iż osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i oparty na jej statucie. Skutkiem złożenia

oświadczenia przez osobę nieupoważnioną będzie brak skutków prawnych takiego oświadczenia do momentu ich ewentualnego potwierdzenia przez osobę prawną. W przedmiotowym stanie faktycznym, jak już zostało wskazane powyżej, list referencyjny z dnia 5 stycznia 2022 r. został podpisany przez osobę nieuprawnioną, również jego treść nie została potwierdzona przez uprawniony organ, a w konsekwencji nie można mówić o

wywołaniu skutków prawnych przez złożone oświadczenie.

Odwołujący BVT wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 ppkt. b Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 ppkt. c Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący BVT wskazał ponadto na treść art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Oceniając oferty złożone przez wykonawców zamawiający sprawdza czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają wykluczeniu na podstawie przesłanek obligatoryjnych, a więc takich które wynikają z ustawy oraz przesłanek fakultatywnych. Przesłanki fakultatywne to podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania, mające zastosowanie tylko wtedy, gdy zostały przewidziane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Odwołujący BVT podkreślił, że kiedy zamawiający podejmie decyzję o wprowadzeniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia, to „dobrowolność” w korzystaniu z nich zostaje ograniczona. Skoro bowiem wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o przesłankę ustawowo nieobowiązkową, ale przewidzianą w dokumentacji postępowania, zamawiający powinien go wykluczyć. W przeciwnym razie zasadne jest postawienie zamawiającemu zarzutu niezachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców- jednej z zasad, na których opiera się system zamówień publicznych.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego BVT zasadnie podnosi on, iż dokumenty złożone przez konsorcjum, składane na potwierdzenie wymaganego okresu doświadczenia określonego w SWZ nie potwierdzają spełnienia warunku. Wskazać należy, iż zapisy SWZ nie ograniczały wykonawcy w sposobie wykazania doświadczenia, tak jak w niniejszym stanie faktycznym przez okazanie referencji potwierdzających nie tylko okres ale i zakres świadczonej usługi. Uczestnik konsorcjum przedstawiając oświadczenie z 20 stycznia 2022 r. wraz z referencjami, które zostały wystawione przez osobę nieuprawnioną, nie udowodnił spełnienia wymaganego okresu doświadczenia. Zamawiający oceniając czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu powinien bazować na dokumentach wykonawcy złożonych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, w tym przypadku oświadczeń z 29 listopada 2011 r., a także 7 stycznia 2021 r. Analiza tych dwóch jednoznacznie wskazuje, iż żaden wykonawca należący do konsorcjum nie spełnia wymogu posiadanego doświadczenia, a co więcej po weryfikacji dokumentów z informacjami powszechnie dostępnymi w KRS, zamawiający wykluczyłby ofertę konsorcjum ze względu na brak przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia jasno określonego i stawianego w SWZ. Kolejno należy zwrócić uwagę na fakt, iż zamawiający nie wzywał konsorcjum do uzupełnienia dokumentacji lub potwierdzenia w inny sposób, za pomocą innej dokumentacji spełnienia warunku doświadczenia. A zatem uznać można, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 274 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu Odwołujący BVT wskazał, iż w oparciu o treść art. 239 ust. 1 ustawy Pzp do zamawiającego należy wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w dokumentach zamówienia. Dokumentami zamówienia, w których określone są kryteria oceny ofert, są: specyfikacja warunków zamówienia, opis potrzeb i wymagań oraz ogłoszenie o zamówieniu. Kryteria oceny ofert obejmują opis wymogów, które będą podlegać ocenie, a także ich wagi (ewentualnie kolejność od najważniejszego do najmniej ważnego oraz sposób oceny ofert, który zostanie dokonany w oparciu o wskazane kryteria).

Odwołujący BVT wskazał, że pierwsza kategoria kryteriów oceny ofert odnosi się do relacji jakości i ceny, lub kosztu. W takiej sytuacji walka konkurencyjna między wykonawcami będzie oparta na zaoferowanej przez nich cenie lub koszcie, jak również kryteriach jakościowych. Druga kategoria dotyczy kryteriów oceny ofert, w ramach których ocenie podlega jedynie najniższa cena lub koszt, a więc wybierana jest oferta najtańsza, bez uwzględnienia kryteriów jakościowych. Odwołujący BVT argumentował, że zarzut naruszenia

art. 239 ust. 1 p.z.p. może być zaś skutecznie postawiony w sytuacji, gdy Zamawiający dokona wyboru jako najkorzystniejszej oferty takiej, która powinna zostać odrzucona. Wówczas jednak naruszenie owego przepisu jest konsekwencją wcześniej popełnionych przez zamawiającego naruszeń innych przepisów prawa zamówień publicznych (por. wyrok KIO z 16.03.2021 r.).

W związku z powyższym Odwołujący BVT wniósł o uwzględnienie odwołania.

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

Odwołującym zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia i mają interes w jego uzyskaniu.

Izba uznała skuteczność zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AK Collection spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Kancelarię Adwokacką M. M. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Przystępujący AK Collection) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w obu sprawach oraz uznała skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę BVT spółkę akcyjną z siedzibą w Tarnowie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 295/22, po stronie Zamawiającego.

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia dot. odwołań), złożonych w sprawie pism procesowych oraz dowodów.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla sprawy.

Jak wynika z treści SWZ pkt „Warunki udziału w postępowaniu i podstawy

wykluczenia”: „4.2.1 posiadają wiedzę i doświadczenie - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonują lub wykonali co najmniej jedną usługę polegającą na prowadzeniu windykacji należności przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy, polegającą na prowadzeniu windykacji przynajmniej 30000 wezwań przez okres 12 kolejnych miesięcy oraz na wyegzekwowaniu przynajmniej 10% spraw przez ten okres (stosunek liczby ściągniętych w tym okresie należności do liczby wystawionych wezwań). W przypadku usług nadal wykonywanych, do oceny spełniania warunków uwzględnia się wyłącznie część usług już wykonaną;”.

Natomiast w pkt 4.3 SWZ, Zamawiający wskazał, że: „4.3. W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia żaden z Wykonawców nie może podlegać wykluczeniu z postępowania, natomiast warunki udziału w postępowaniu mogą spełniać łącznie (warunek wskazany w pkt. 4.2.1 powinien spełniać samodzielnie jeden z nich). W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane.”

W pkt 5.2 SWZ Zamawiający wskazał, że: „5.2. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zobowiązany będzie złożyć na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, następujące podmiotowe środki dowodowe”. Jak wynika z pkt 5.2.5: „5.2.5. wykaz usług wykonanych lub wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane - na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 4.2.1 (według wzoru stanowiącego załącznik 7 do SWZ).

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy;" oraz w pkt 5.2.6: „5.2.6. dowody określające, czy usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt 5.2.5, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;”.

W pkt 11 SWZ zostały opisane kryteria oceny ofert. Zamawiający ustanowił dwa takie kryteria tj. „cena” przypisując temu kryterium wagę 60% oraz „wskaźnik ściągalności” z wagą 40%.

W zakresie kryterium „wskaźnik ściągalności” w pkt 11.3 SWZ, Zamawiający wskazał, że: „ 1.1. W kryterium wskaźnika ściągalności oferty będą oceniane zgodnie z

następującym wzorem:

$$P_s = (\dot{S}_of - \dot{S}_{min} / \dot{S}_{max} - \dot{S}_{min}) * 40$$
, gdzie:

P_s - liczba punktów przyznanych ofercie badanej w tym kryterium

$\dot{S}_{min}$ - minimalny, wymagany wskaźnik ściągalności (obliczany w skali półrocznej jako stosunek liczby należności wyegzekwowanych w tym okresie przez Wykonawcę do liczby należności przekazanych w tym okresie Wykonawcy do wyegzekwowania, zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 6-7 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik 2 do SWZ) wynoszący 15%

$\dot{S}_{of}$ - wskaźnik ściągalności (obliczany w skali półrocznej jako stosunek liczby należności wyegzekwowanych w tym okresie przez Wykonawcę do liczby należności przekazanych w tym okresie Wykonawcy do wyegzekwowania, zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 6-7 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik 2 do SWZ) oferowany w ofercie badanej, nie mniejszy niż 15%

$\dot{S}_{max}$ - maksymalny oceniany wskaźnik ściągalności (obliczany w skali półrocznej jako stosunek liczby należności wyegzekwowanych w tym okresie przez Wykonawcę do liczby należności przekazanych w tym okresie Wykonawcy do wyegzekwowania, zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 6-7 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik 2 do SWZ) wynoszący 90%

W przypadku gdy wskaźnik ściągalności oferowany w ofercie badanej będzie wyższy od $\dot{S}_{max}$, do oceny ofert zostanie przyjęta $\dot{S}_{of} = 90\%$

Zamawiający uzna za najkorzystniejszą tę ofertę, która uzyska najwyższą liczbę punktów łącznie we wszystkich kryteriach.”

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 30 listopada 2021 r., zawierającej zestawienie ofert (uwzględniając oferty nieodrzucone) zostały przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaoferowane następujące wartości w

kryterium „wskaźnik ściągalności”:

1. Odwołujący Renoma: 16%,
2. Odwołujący BVT: 15,2%,
3. Przystępujący AK Collection: 15%.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 stycznia 2022 r. Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie dokonanej oceny ofert w kryterium „wskaźnik ściągalności”:

„Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez konsorcjum w składzie AK Collection Sp. z o.o. oraz Kancelaria Adwokacka M. M.. Oferta ta spełnia wszystkie wymogi określone w dokumentach zamówienia i otrzymała najwyższą ocenę w kryteriach oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Podsumowanie oceny złożonych ofert:

Poz.	Wykonawca	Punktacja
1.	konsorcjum: - AK Collection Sp. z o.o. ul. Górecka 1, 60-210 Poznań - Kancelaria Adwokacka M. M. ul. Zwierzyniecka 3, 60-813 Poznań	- cena: 60,00 pkt - wskaźnik ściągłości: 0 pkt łącznie: 60,00 pkt
2.	BVT S.A. ul. Słoneczna 28-30, 33-100 Tarnów	- cena: 59,11 pkt - wskaźnik ściągłości: 0,11 pkt łącznie: 59,22 pkt
3.	Zakłady Wielobranżowe „Renoma” Sp. z o.o. ul. 3 Maja 67, 81-850 Sopot	- cena: 57,21 pkt - wskaźnik ściągłości: 0,53 pkt łącznie: 57,74 pkt
	Rewizor Sp. z o.o. ul. Chwaszczyńska 49A/3, 81-571 Gdynia	oferta odrzucona

Wyjaśnienie dotyczące punktacji ofert

Punktacja w kryterium „wskaźnik ściągłości” wskazana w tabeli powyżej została

obliczona z uwzględnieniem poprawy oczywistej pomyłki dokonanej przez zamawiającego we wzorze wskazanym w punkcie 11.3 SWZ. Zgodnie z brzmieniem specyfikacji punkty miały być przyznawane zgodnie z wzorem:

$P\acute{s} = (\acute{S}of - \acute{S}min / \acute{S}max - \acute{S}min) * 40$, gdzie:

$P\acute{s}$ - liczba punktów przyznanych ofercie badanej w tym kryterium

$\acute{S}min$ - minimalny, wymagany wskaźnik ściągłości (obliczany w skali półrocznej jako stosunek liczby należności wyegzekwowanych w tym okresie przez Wykonawcę do liczby należności przekazanych w tym okresie Wykonawcy do wyegzekwowania, zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 6-7 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik 2 do SWZ) wynoszący 15%

$\acute{S}of$ - wskaźnik ściągłości (obliczany w skali półrocznej jako stosunek liczby należności wyegzekwowanych w tym okresie przez Wykonawcę do liczby należności przekazanych w tym okresie Wykonawcy do wyegzekwowania, zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 6-7 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik 2 do SWZ) oferowany w ofercie badanej, nie mniejszy niż 15%

$\acute{S}max$ - maksymalny oceniany wskaźnik ściągłości (obliczany w skali półrocznej jako stosunek liczby należności wyegzekwowanych w tym okresie przez Wykonawcę do liczby należności przekazanych w tym okresie Wykonawcy do wyegzekwowania, zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 6-7 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik 2 do SWZ) wynoszący 90%

W przypadku gdy wskaźnik ściągłości oferowany w ofercie badanej będzie wyższy od $\acute{S}max$, do oceny ofert zostanie przyjęta $\acute{S}of = 90\%$

We wzorze tym popełniono pomyłkę polegającą na pominięciu nawiasów, co skutkowało zmianą kolejności działań i w konsekwencji niespójnością zapisu punktu 11.3 SWZ z punktem 11.1 SWZ oraz punktem II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którymi waga tego kryterium miała wynosić 40% (a zatem maksymalna możliwa ocena oferty w tym kryterium powinna wynosić 40 punktów, a minimalna nie powinna być mniejsza od 0). Jej poprawa polegająca na dodaniu nawiasów jest oczywistą i jedyną metodą, która zapewni zgodność wzoru z ustalonymi wagami kryteriów.

W tej sytuacji, Zamawiający, działając na podstawie art. 65 § 1 i art. 84 kc. zastosował przy ocenie ofert prawidłowy wzór: $P_s = ((\dot{S}_{of} - \dot{S}_{min}) / (\dot{S}_{max} - \dot{S}_{min})) * 40$.

Zamawiający, mimo oczywistego błędu w SWZ zauważonego po terminie otwarcia ofert, nie unieważnił postępowania z uwagi na brak zaistnienia którejkolwiek z przesłanek do unieważnienia wskazanej w 255-258 ustawy. W szczególności nie zachodzi tutaj przesłanka wskazana w art. 255 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym postępowanie zostaje unieważnione jeśli jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W przedmiotowej sytuacji nie są bowiem spełnione kumulatywnie przesłanki wymienione w tym przepisie: choć niewątpliwie istnieje wada postępowania, to nie może ona skutkować unieważnieniem umowy.

Zgodnie bowiem z orzecznictwem, unieważnienie umowy, a w konsekwencji postępowania może następować wyłącznie naruszeń ustawy istotnych, które mogłyby mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. Por. np. wyrok KIO z 2 sierpnia 2021, sygn. akt KIO 1905/21: Wskazana przesłanka w ustawie Pzp z dnia 11 września 2019 r. literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji, przykładowo nie tylko udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie, ale każde naruszenie „niewzruszalne”, które mogło mieć znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem natura możliwych okoliczności w ramach tej przesłanki wskazuje na konieczność ich odniesienia do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności Zamawiający wskazuje, że nawet gdyby założyć, że nie miał prawa poprawienia błędu we wzorze, w przedmiotowej sytuacji zastosowanie wzoru podanego w SWZ bez poprawy nie prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad postępowania, a w szczególności - do wyboru innego wykonawcy. Przeciwnie, ranking wykonawców byłby w przypadku zastosowania wzoru zawartego w SWZ bez poprawy identyczny jak w przypadku zastosowania wzoru prawidłowego:

Wykonawca	Zastosowana punktacja zgodnie z prawidłowym wzorem	Punktacja zgodnie z wzorem z SWZ
konsorcjum AK Collection Sp. z o.o. i Kancelaria Adwokacka M. M.	- cena: 60,00 pkt - wskaźnik ściągalności: 0 pkt łącznie: 60,00 pkt pozycja 1	- cena: 60,00 pkt - wskaźnik ściągalności: -6,67 pkt łącznie: 53,33 pkt pozycja 1
BVT S.A.	- cena: 59,11 pkt - wskaźnik ściągalności: 0,11 pkt łącznie: 59,22 pkt pozycja 2	- cena: 59,11 pkt - wskaźnik ściągalności: -6,59 pkt łącznie: 52,52 pkt pozycja 2

Zakłady Wielobranżowe „Renoma” Sp. z o.o.	- cena: 57,21 pkt	- cena: 57,21 pkt
	- wskaźnik ściągłości: 0,53	- wskaźnik ściągłości: -6,27
	pkt	pkt
	łącznie: 57,74 pkt	łącznie: 50,94 pkt
	pozycja 3	pozycja 3

Przystępujący AK Collection załączył do oferty „oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” z 29 listopada 2021 r. z treści którego wynika, że: „wyszczególniony poniżej zakres usług zostanie zrealizowany przez następujących członków

konsorcjum:

1) wykonawca AK Collection sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Góreckiej 1, 60-210 Poznań wykona następujący zakres usług w ramach realizacji zamówienia:

- a. obsługa oprogramowania zamawiającego do procesu windykacji cywilnych należności,
- b. dostarczanie i obsługa własnego oprogramowania do procesu windykacji cywilnych należności,
- c. utrzymanie biura obsługi pasażerów,
- d. obsługa informacji telefonicznej i bezpośredniej pasażerów,
- e. prowadzenie analizy kondycji finansowej dłużników,
- f. dokonywanie wpisów dłużnika do Krajowego Rejestru Długów oraz do BIG InfoMonitor,
- g. wsparcie w przygotowaniu projektów pism procesowych,
- h. przyjmowanie i księgowanie wpłat, przekazywanie środków na rachunek zamawiającego,
- i. prowadzenie dokumentacji, ewidencji i archiwizacja,
- j. sporządzanie sprawozdań, raportów,
- k. przeprowadzanie kontroli wewnętrznej,
- l. fakturowanie i przyjmowanie wynagrodzenia.

2) wykonawca Kancelaria Adwokacka M. M. z siedzibą przy ul. Zwierzynieckiej 3, 60-813 Poznań wykona następujący zakres usług w ramach realizacji zamówienia:

- a. prowadzenie windykacji należności z tytułu nieuregulowania opłat dodatkowych i należności przewozowych, w szczególności:
 - i. kierowanie do pasażera (dłużnika) przypomnienia wzywającego do uregulowania należności,
 - ii. kierowanie do pasażera (dłużnika) przedsądowego wezwania do zapłaty wzywającego do uregulowania należności,
 - iii. kierowanie do sądu pozwu o zapłatę przeciwko dłużnikowi celem zasądzenia nieuregulowanej należności głównej, odsetek i zwrotu kosztów,
 - iv. kierowanie do pasażera (dłużnika) przedegzekucyjnego wezwania do zapłaty należności po nadaniu orzeczeniu sądowemu klauzuli wykonalności,
 - v. kierowanie do komornika sądowego wniosku o wszczęcie egzekucji.
- b. prowadzenie spraw dotyczących upadłości dłużnika,
- c. prowadzenie spraw związanych z poszukiwaniem spadkobierców zmarłych dłużników,
- d. merytoryczne kierowanie prowadzonymi sprawami i weryfikacja projektów pism

procesowych.

Jednocześnie wskazujemy, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 4.2.1 spełnia w naszym imieniu Kancelaria Adwokacka M. M..”

Następnie Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych został złożony m.in. wykaz usług z którego wynika, że Kancelaria Adwokacka M. M. wykonywał na rzecz Arvato Polska Sp. z o.o., oddział Arvato Financial Solutions w Poznaniu usługę o nazwie: „umowa stałej obsługi prawnej obejmująca odzyskiwanie należności na drodze windykacji przedsądowej, sądowej oraz egzekucyjnej. Liczba wezwań do zapłaty wysłanych w okresie 12 kolejnych miesięcy: 32 690

Wskaźnik ściągальności w okresie 12 kolejnych miesięcy, o których mowa powyżej (stosunek liczby ściąganych w tym okresie należności do liczby wystawionych wezwań): 21,38%

Okres wykonywania usług (okres 12 miesięcy ujęty w obliczeniach powyżej): od 1.11.2019 r. do 31.10.2020 r.”

Powyższy wykaz usług został złożony w celu wykazania spełnienia warunku opisanego w pkt 4.2.1. SWZ.

Przestępujący AK Collection załączył również referencje z 5 stycznia 2022 r. wystawione przez K. P., z treści których wynika prawidłowy sposób wykonania ww. usługi.

Izba zważyła, co następuje.

sygn. akt KIO 295/22

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy mają następujące przepisy ustawy Pzp, przywołane przez Odwołującego w treści odwołania:

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

art. 137 ust. 1 ustawy Pzp:

1. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

art. 65 §1 ustawy kodeks cywilny

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

art. 84 ustawy kodeks cywilny

§ 1. W razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej.

§ 2. Można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny).

art. 8 ust. 1 ustawy Pzp

1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

art. 255 pkt 6 ustawy Pzp:

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

W pierwszej kolejności wskazać należy, że celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, co oznacza że wszystkie kryteria muszą zostać zastosowane oraz że ich zastosowanie powinno mieć miejsce zgodnie z ich opisem. Spór między Stronami i Przystępującymi dotyczy oceny oferty dokonanej przez Zamawiającego w ramach kryterium „wskaźnik ściągalności”. Dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy odwoławczej niezbędne było ustalenie po pierwsze, czy Zamawiający ocenił oferty zgodnie z opisanym kryterium; po drugie, czy prawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w piśmie z 22 stycznia 2022 r., że nie ma znaczenia sposób obliczeń w ramach opisanego kryterium dla rankingu ofert; po trzecie, czy wskazany przez Odwołującego Renoma w treści odwołania sposób obliczenia punktacji, zgodny ze wskazanym przez Zamawiającego w treści SWZ wzorem jest możliwy do zastosowania, tj. czy pozwala na wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z celem tego kryterium oraz po czwarte, czy w postępowaniu zaszyły przesłanki do zastosowania przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się kolejno do zidentyfikowanych wyżej zagadnień stwierdzić w pierwszej kolejności należy, że czynność Zamawiającego z 26 stycznia 2022 r. polegająca na zmianie podczas badania i oceny oferty treści SWZ w ten sposób, że Zamawiający poprawił wzór matematyczny służący do wyliczenia punktacji w tym kryterium, została dokonana z naruszeniem art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z treści tego przepisu ustawy zamawiający może dokonać zmiany treści SWZ w uzasadnionych przypadkach przed

upływem terminu składania ofert. W tej sprawie odwoławczej jest niesporne, że zmiana treści SWZ została przez Zamawiającego dokonana po upływie terminu składania ofert oraz na

etapie badania i oceny ofert. W efekcie powyższego wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu dowiedzieli się o wprowadzonej zmianie wraz z udzieleniem przez

Zamawiającego informacji w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej. Iżba nie ma wątpliwości, że takie postępowanie było sprzeczne z ustawą Pzp i tym samym nieprawidłowe. Ponadto podkreślić należy, że takie działanie nie było również uprawnione w

świecie art. 65 §1 k.c. w zw. z art. 84 k.c. W tym miejscu wyjaśnić należy, że tryb

wprowadzania zmian w treści SWZ został uregulowany w ustawie Pzp. Natomiast jak wynika z treści art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przepisy ustawy kodeks cywilny mają zastosowanie „jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Z uwagi na okoliczność, że ustawa Pzp zawiera

kompleksową regulację dotyczącą SWZ, poczynwszy od zakresu informacji, jakie dokument ten zawiera (vide: art. 134 ustawy Pzp) przez zasady wyjaśnienia treści SWZ (vide: art. 135 i art. 136 ustawy Pzp), wraz z regulacją dotyczącą możliwości wprowadzania zmian do treści SWZ (vide: art. 137 ustawy Pzp), stwierdzić należy że w zakresie, w jakim Zamawiający odwołał się do treści art. 65 §1 k.c. w zw. z art. 84 k.c. w celu zmodyfikowania treści SWZ na etapie badania i oceny ofert, nie był do tego uprawniony.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego podczas rozprawy, zgodnie z którym: „wzór ten nie powinien działać w taki sposób, aby przyznawać wykonawcom w tym kryterium punkty ujemne. Celem punktacji było przyznanie punktów w zakresie 0-40” (vide: str. 4 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 17 lutego 2022 r.), wskazać należy, że nie daje to uprawnienia do ingerencji w treść SWZ po otwarciu ofert. Ponadto stanowisko to nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w treści SWZ, gdzie nie ma wprost postanowienia, zgodnie z którym punkty w spornym kryterium zostaną przyznane w skali od 0 do 40. W ocenie Izby uprawnionym jest twierdzenie, że w SWZ przesądzono, że maksymalna liczba punktów możliwa do przyznania w tym kryterium to 40. Opis kryterium oraz opis wzoru i sposobu prowadzenia obliczeń jest dość zwięzły i lakoniczny. Co do samego sposobu obliczeń, Zamawiający przesądził jedynie, że waga tego kryterium to max 40% oraz w sytuacji, gdy wykonawca zaoferuje wskaźnik ściągalności na poziomie wyższym

niż 90% do obliczeń zostanie przyjęcia wartość 90%. Innych reguł Zamawiający nie ustanowił. Innymi słowy sama okoliczność, że w treści SWZ znajduje się błąd, który został przez Zamawiającego wykryty na etapie badania i oceny ofert nigdy nie daje Zamawiającemu uprawnienia do zmiany treści SWZ i każda taka czynność będzie stanowiła naruszenie ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny drugiego z przedstawionych wyżej zagadnień wskazać należy, że Zamawiający wykazał w trakcie postępowania odwoławczego, że zastosowanie wzoru literalnie wskazanego w pkt 11.3 SWZ w istocie nie wpływa na wynik postępowania tj. ranking ofert pozostaje bez zmian. Innymi słowy oferta złożona przez Przystępującego AK Collection pozostaje na pierwszym miejscu w rankingu ofert, oferta Przystępującego BVT plasuje się na drugiej pozycji w rankingu ofert, a oferta Odwołującego Renoma zajmuje trzecią pozycję w rankingu ofert, bez względu na przyjęty sposób liczenia, tj. zgodnie z literalnym brzmieniem wzoru, czy też zgodnie z poprawionym wzorem. Zatem stanowisko Zamawiającego, wyrażone w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a następnie w odpowiedzi na odwołanie nie podtrzymane na rozprawie, w tym zakresie jest prawdziwe. Natomiast Odwołujący Renoma nie zdołał tego twierdzenia skutecznie podważyć. Argumentacja Odwołującego Renoma w tym zakresie dotyczyła jedynie próby przekonania Izby co do wskazanego w treści odwołania sposobu liczenia zgodnego, w ocenie Odwołującego Renoma, z literalnym brzmieniem wzoru i dającego odmienne wyniki niż te otrzymane przez Zamawiającego, w tym stawiającego ofertę Odwołującego Renoma na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Jednak sposób liczenia zaprezentowany przez Odwołującego Renoma nie uwzględnia istotnej okoliczności, tj. że podstawiane do wzoru liczby są wartościami wyrażonymi w % co ma istotny wpływ na przeprowadzenie działania matematycznego (konieczność konwersji na ułamki). Natomiast Odwołujący Renoma przeprowadził działania pomijając tę okoliczność, koncentrując się jedynie na kolejności przeprowadzanych obliczeń. W ten sposób Odwołujący Renoma dążył do wykazania, że naruszenie Zamawiającego miało istotny wpływ na wynik postępowania. Izba zgadza się co do zasady ze stanowiskiem Odwołującego Renoma, zgodnie z którym „nieusuwalna wada postępowania może dotyczyć również kryteriów oceny ofert” (vide: str. 4 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 17 lutego 2022 r.). Jednak w celu zastosowania przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie wystarczy jedynie wykazać, że wystąpiła nieusuwalna wada postępowania, trzeba również wykazać, że wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, czego Odwołujący Renoma nie uczynił. W treści odwołania argumentacja Odwołującego Renoma w tym zakresie sprowadzała się do twierdzenia po pierwsze, że skoro istnieją dwa sposoby obliczeń według literalnego brzmienia wzoru, dające zupełnie odmienne wyniki to przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp jest spełniona oraz po drugie, że wadliwość wyraża się również w tym, że wykonawcy mogą być karani za prawidłowo złożone oferty, tj. za złożenie oferty zgodnej z SWZ, otrzymują ujemne punkty. Z powyższym w okolicznościach tej sprawy nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, nie istnieją dwa sposoby obliczeń zgodnie z literalnym wzorem zawartym w SWZ, ponieważ jak wskazano wyżej, sposób obliczeń zaprezentowany przez Odwołującego Renoma w treści odwołania nie uwzględnia okoliczności przeprowadzania działań matematycznych na wartościach wyrażonych w procentach. Po drugie, nie mamy w okolicznościach tej sprawy do czynienia z przyznaniem ofertom ujemnych punktów. Wszystkie oferty finalne punktacje mają wyrażone w wartościach dodatnich, jedynie oceny w spornym kryterium dają wartości ujemne, pomniejszając końcową liczbę punktów przyznaną każdej z ofert. Choć niewątpliwie jest to wada postępowania, Odwołujący Renoma nie wykazał aby miała ona wpływ na jego wynik. Odwołujący Renoma w treści odwołania nie podjął nawet próby wykazania która z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w treści art. 457 ustawy Pzp miałyby zastosowanie w okolicznościach tej sprawy.

Reasumując, stwierdzić należy, że zarzuty wskazane w treści odwołania potwierdziły się, jednak nie było podstaw do uwzględnienia odwołania. W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Odwołujący Renoma nie wykazał, aby naruszenia podniesione w treści odwołania miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Natomiast w toku postępowania odwoławczego Zamawiający wykazał, że stwierdzone naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania, tj. nie wpływały ani na samą kolejność zajmowaną przez wykonawców w rankingu ofert, ani tym bardziej na wybór oferty najkorzystniejszej. Jedyne wpływy jakie daje się zauważyć ma związek z przyznawaną wykonawcom ilością punktów, która w zależności od zastosowanej wersji wzoru (tj. zgodnie z jego literalnym brzmieniem w SWZ albo w wersji poprawionej przez Zamawiającego) przedstawia się inaczej. Izba podkreśla, że przedmiotowy wyrok nie stanowi akceptacji dla zmiany treści SWZ po otwarciu ofert, bez względu na powody takiej zmiany, jednak w specyficznych okolicznościach tej sprawy, z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania odwołanie nie mogło zostać uwzględnione tylko z tego powodu, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 137 ust 1 ustawy Pzp. W konsekwencji, choć czynność Zamawiającego polegająca na badaniu i ocenie ofert w spornym kryterium powinna zostać przeprowadzona

zgodnie z literalnym brzmieniem SWZ, a przyznana ofertom punktacja powinna wyrażać inne wartości, w okolicznościach tej sprawy nie było podstaw do uwzględnienia przez Izbę odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie badania i oceny ofert oraz ich ponowne przeprowadzenie z uwzględnieniem literalnego brzmienia SWZ, z uwagi na nieziszczenie się przesłanki uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Podobnie, Izba nie znalazła podstaw do zastosowania art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

sygn. akt KIO 299/22

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

W tym miejscu Izba podaje przepisy ustawy Pzp, istotne dla rozstrzygnięcia

odwołań:

art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

Jak wynika z treści złożonej oferty i jest to okoliczność między Stronami i Przystępującym bezsporna, lider Konsorcjum AK Collection (Przystępującego AK Collection) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.2.1 SWZ. Ciężar wykazania spełnienia tego warunku, zgodnie z treścią pkt 4.3 SWZ przejął na siebie członek Konsorcjum AK Collection, tj. Kancelaria Adwokacka M. M. z siedzibą w Poznaniu, co wprost wynika ze złożonego wraz z ofertą Przystępującego AK Collection oświadczenia z 29 listopada 2021 r. Ponadto, na wezwanie Zamawiającego z 28 grudnia 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący złożył wykaz usług sporządzony według wzoru, na załączniku do 7 do SWZ. Przystępujący w treści tego wykazu powołał się na usługę świadczoną na rzecz Arvato Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dla oddziału Arvato Financial Solutions w Poznaniu. Podkreślić należy, że wykaz ten został sporządzony na wzorze podanym wykonawcom przez Zamawiającego, a wypełnienie samodzielne tego wykazu sprowadzało się do podania podmiotu, na rzecz którego usługa była wykonywana oraz podaniu zakresu usług, liczby wezwań wskaźnika ściągłości oraz okresu wykonywania usługi. Przystępujący AK Collection podał jako zakres usługi „umowa stałej obsługi prawnej obejmująca odzyskiwanie należności na drodze windykacji przedsądowej, sądowej oraz egzekucyjnej”, podano również liczbę wezwań, wskaźnik ściągłości oraz

okres wykonywania usługi. Ponadto Przystępujący AK Collection załączył wraz z ofertą wspomniane oświadczenie z 29 listopada 2021 r., złożone w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Z treści tego oświadczenia wynika podział prac między członków konsorcjum przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący BVT w treści odwołania podniósł, że z uwagi na okoliczność, iż członek konsorcjum tj. AK Collection nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na zbyt krótki czas prowadzenia działalności gospodarczej, przy jednoczesnym oświadczeniu, że członek konsorcjum, tj. AK Collection będzie wykonywać czynności w tym postępowaniu, oferta Przystępującego AK Collection powinna zostać odrzucona, ponieważ „przesłanka wymaganego doświadczenia w zakresie usług windykacyjnych w m.in. obsługa oprogramowania zamawiającego do procesu windykacji cywilnych należności, dostarczanie i obsługa własnego oprogramowania do procesu windykacji cywilnych należności, utrzymanie biura obsługi pasażerów, obsługa informacji telefonicznej i bezpośredniej pasażerów, prowadzenie analizy kondycji finansowej dłużników, dokonywanie wpisów dłużnika do Krajowego Rejestru Długów oraz do BIG InfoMonitor, wsparcie w przygotowaniu projektów pism procesowych, przyjmowanie i księgowanie wpłat, przekazywanie środków na rachunek zamawiającego, prowadzenie dokumentacji, ewidencji i archiwizacja, sporządzanie sprawozdań, raportów, przeprowadzanie kontroli wewnętrznej, fakturowanie i przyjmowanie wynagrodzenia - nie została spełniona.” (vide: str. 8 odwołania). Z drugiej strony Odwołujący BVT podważył doświadczenie członka konsorcjum tj. Kancelarii wskazując, że „(...) działań określonych w oświadczeniu w oświadczeniu uczestnika konsorcjum, Kancelarii Adwokackiej M. M. z dnia 07 stycznia 2022 r. nie można traktować jako spełnienia wymogów stawianych przez Zamawiającego, a opisanych w zakresie usług wykonywanych przez lidera konsorcjum AK Collection sp. z o.o. w ramach realizacji zamówienia i określonych enumeratywnie w oświadczeniu wykonawców z dnia 29 listopada 2021 r.” (vide: str. 11).

Odwołujący BVT upatruje przy tym konieczność interpretacji warunku udziału w postępowaniu wskazanego w treści pkt 4.2.1 SWZ przez pryzmat opisu przedmiot zamówienia, w szczególności pkt 3.3 i 3.4 SWZ.

W tym miejscu przypomnieć należy, że sporny warunek udziału w postępowaniu w pkt 4.2.1 SWZ ma następujące brzmienie: „(...) wykonują lub wykonali co najmniej jedną usługę polegającą na prowadzeniu windykacji należności przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy, polegającą na prowadzeniu windykacji przynajmniej 30000 wezwań przez okres 12 kolejnych miesięcy oraz na wyegzekwowaniu przynajmniej 10% spraw przez ten okres (stosunek liczby ściągniętych w tym okresie należności do liczby wystawionych wezwań).”

Zatem warunek ma dość ogólne brzmienie i sprowadza się do wykazania prowadzenia windykacji przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy. Podkreślić należy, że Zamawiający nie zawarł w treści warunku definicji pojęcia „prowadzenie windykacji”. Jak wskazał w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w pkt 1.1 OPZ został wyszczególniony zakres 5 kluczowych usług, które pokazuje sposób rozumienia przez Zamawiającego zwrotu „prowadzenie windykacji”. Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym w odpowiedzi na odwołanie w pkt 4 str. 4 i następnie. Tym samym nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego BVT zaprezentowanym odwołaniu, że warunek udziału w postępowaniu należy interpretować przez pryzmat treści pkt 3.3 i 3.4 SWZ. Jak bowiem wskazał Zamawiający postanowienia te nie odnoszą się do pojęcia „prowadzenie windykacji”, celem tego postanowienia jest wskazanie zakresu do osobistego wykonania przez wykonawcę. Wobec powyższych ustaleń nie sposób uznać jakoby Przystępujący AK Collection nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnić też należy, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp służy wykazaniu, że usługę w zakresie objętym warunkiem udziału w postępowaniu wykona ten członek konsorcjum, który spełnia warunek. Chodzi o zagwarantowanie Zamawiającemu, że usługa zostanie wykonana przez podmiot, który posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. Z treści oświadczenia Przystępującego AK Collection wynika wprost, że „prowadzenie windykacji”, tj. czynności o charakterze merytorycznym, realizować będzie Kancelaria, natomiast członek - lider Konsorcjum, zapewni wsparcie w postaci czynności pomocniczych.

W związku z powyższym zarzut nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez członka konsorcjum, tj. Kancelarię z uwagi na to, że w wykazie usług powołanie się na świadczenie usługi prawnej wskazać należy, że jak zauważył słusznie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie na w pkt 3 na str. 7 i 8, Odwołujący BVT podchodzi do złożonego wykazu usług w sposób wybiórczy akcentując tylko powołanie się na usługi prawne, podczas gdy w treści wykazu Przystępujący AK Collection wskazał, że obsługa prawna obejmowała odzyskiwanie należności na drodze przedsądowej, sądowej oraz egzekucyjnej. Zatem zakres usługi prowadzenia windykacji niewątpliwie został podany i nie sprowadza się tylko do ogólnego twierdzenia o świadczeniu obsługi prawnej. Podjęta przez Odwołującego BVT w

treści odwołania próba przekonania, że usługi prawne są innego rodzaju usługami niż usługi windykacyjne nie przekonała Izby. Niewątpliwie na zakres usług windykacyjnych składa się sporządzanie pism zawierających wezwania do zapłaty, pozwów, prowadzenia spraw przed sądem oraz prowadzenia egzekucji komorniczej zatem wiedza prawnicza jest potrzebna dla świadczenia usług windykacyjnych.

W związku z powyższym zarzut nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wystawienia referencji przez podmiot nieuprawniony wskazać należy, że Odwołujący BVT czyni nieuprawnione założenie, że referencje powinny pochodzić od osoby uprawnionej do reprezentacji podmiotu, zgodnie ze sposobem reprezentacji wynikającym z dokumentów rejestrowych, z czym nie sposób się zgodzić. Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w orzecznictwie Izby, które zostało przywołane zarówno przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jak i przez Przystępującego AK Collection w piśmie procesowym z 16 lutego 2022 r. Jak wyjaśnił Przystępujący AK Collection już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia składając oświadczenie z 7 stycznia 2022 r. usługa wskazana w wykazie usług została wykonana na rzecz Arvato Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dla oddziału Arvato Financial Solutions w Poznaniu. Same referencje z 5 stycznia 2022 r. pochodzą od osoby posiadającej wiedzę na temat należytego wykonania usługi oraz związanej z Arvato Financial Solutions. Z uwagi na zamknięcie oddziału Arvato Financial Solutions w Poznaniu nie było możliwe uzyskanie referencji od tego podmiotu. Choć podmiot ten działał w ramach Arvato Polska sp. z o.o. to osoba która nadzorowała pracę oddziału, tj. pan K. P. nie jest już związana z Arvato Polska sp. z o.o. Nie ma wątpliwości co do tego, że osoba ta nadal pracuje w strukturze grupy kapitałowej i jest obecnie związana z Arvato Financial Solutions. Zarzut sprowadza się do tego, że dla osoby tej nie wynika uprawnienie z dokumentów rejestrowych do wystawienia kwestionowanych referencji. Nie sposób pominąć również, że oprócz referencji Przystępujący AK Collection załączył do oferty oświadczenie własne z treści którego wynika należyte wykonanie usługi.

Reasumując, w ocenie Izby referencje są oświadczeniem wiedzy i jako takie nie muszą pochodzić od osoby uprawnionej do reprezentacji zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w dokumentach rejestrowych. W tym postępowaniu Przystępujący AK Collection złożył list referencyjny potwierdzający należyte wykonanie usługi i niewątpliwie pochodzący od osoby mającej wiedzę na temat wykonanej usługi i nadal pracującej w strukturze grupy kapitałowej. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie omawianego zarzutu, ponieważ Odwołujący BVT nie wykazał poza powołaniem się na dokumenty rejestrowe jakoby osoba wystawiająca referencje nie była do tego uprawniona. Tym samym nie potwierdził się również zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Przystępujący AK

Collection wraz ze złożeniem dokumentów wyjaśnił zaistniałą sytuację a Przystępujący nie wykazał aby złożone oświadczenia były nieprawdziwe.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

sygn. akt KIO 295/22

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. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku § 5 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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).

sygn. akt KIO 299/22

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. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku § 5 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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: