Sygn. akt: KIO 3485/23

WYROK
z dnia 4 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 listopada 2023 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum
w składzie: **(1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego PERFEKT J., K. Spółka jawna z siedzibą w Radomiu (Lider konsorcjum); (2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe INTERBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum) oraz**
(3) ZYKO-DRÓG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum) (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu z siedzibą w Radomiu**
przy udziale wykonawcy **FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**(Przystępujący), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

Oddala odwołanie;
kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie:**
) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego PERFEKT J., K. Spółka jawna z siedzibą w Radomiu (Lide konsorcjum); (2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe INTERBUD Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum) oraz (3) ZYKO-DRÓG Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum), w następujący sposób**:**
a)zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie biegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie:
(1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego PERFEKT J., K. Spółka jawna z siedzibą w Radomiu (Lide konsorcjum); (2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe INTERBUD Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum) oraz (3) ZYKO-DRÓG Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,
Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 3485/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu z siedzibą w Radomiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Zimowe utrzymanie ulic miasta Radomia – rejon I".

Dnia 21 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawieart. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023, poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie
w prowadzonym postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie: (1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego PERFEKT J., K. Spółka jawna z siedzibą w Radomiu
(Lider konsorcjum); (2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe INTERBUD Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum) oraz (3) ZYKO-DRÓG Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Partner konsorcjum), dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegających na przyznaniu Odwołującemu 0 (zero) punktów w kryterium „Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic", podczas gdy konsorcjum powinno otrzymać 40 pkt.

Odwołujący zarzucał, że powyższa czynność została dokonana z naruszeniem:
I.art. 239 ust 1 i ust 2 w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp: Poprzez przyznanie 0 pkt w kryterium „Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic", kiedy oferta konsorcjum powinna otrzymać punkty w powyższym kryterium.
II.art 16 ust.1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu poprzez przyznanie 0 pkt w wyznaczonym kryterium.

Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną
z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przyznanie
w powyższym kryterium 0 pkt, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia
i pozbawia go przez to możliwości osiągnięcia zysku. Gdyby Zamawiający przyznał punkty zgodnie z przyjętymi kryteriami Odwołujący realizowałby przedmiotowe zamówienie. Gdyby oferta Odwołującego otrzymała 40 pkt we wskazanym kryterium byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2)dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty w postępowaniu,
3)wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Zamawiający w dniu 16 listopada 2023r. poinformował Odwołującego o wyniku postępowania. Z treści zawiadomienia wynikało, że w kryterium *„Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic”* Odwołujący otrzymał 0 pkt a tym samym jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez firmę FBSerwis S.A.

Odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis od odwołania
w wymaganej wysokości.

Zarzut naruszenia art. 239 ust 1 i ust 2 w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp

„Ocena ofert w ramach kryteriów powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i ich wag oraz opisu sposobu oceny złożonych ofert.” (wyrok KIO 304/23).*„Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie oferty najkorzystniejszej, czyli takiej która przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny”.* (Wyrok KIO 3463/21.)

W przypadku oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert Zamawiający bada ofertę i przyznaje odpowiednią ilość punktów w oparciu o kryteria oceny ofert podane
w SWZ. Odwołujący celem uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic” w załączniku 1A do SWZ opisał szczegółowo doświadczenie osoby wskazanej do realizacji zadania. Omyłkowo jednak osoba ta nie została wskazana z imienia i nazwiska. Dlatego też Zamawiający z dnia 19 października 2023r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia dotyczącego treści złożonej oferty. Zamawiający w wezwaniu wskazał *„Prosimy o podanie*
z imienia i nazwiska osoby, która była koordynatorem na zadaniach od 1 do 6 wykazanych
w formularzu Kryteria pozacenowe (zał. nr 1A do SWZ)”

Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo, w którym wskazał zgodnie
z oczekiwaniem Zamawiającego imię i nazwisko koordynatora:

„Ad 1 Pan P.C., był koordynatorem na zadaniach od 1 do 6 wykazanych
w formularzu Kryteria pozacenowe (zał. Nr 1A do SWZ). Brak wpisu imienia i nazwiska
w załączniku nr 1A do SWZ (zaktualizowany) był efektem przeoczenia jako omyłki popełnionej w trybie art. 223 ust. 3. Potwierdzeniem spełniania doświadczenia
w koordynowaniu (kierowaniu) usługami związanymi z zimowym utrzymaniem ulic/dróg przy zadaniach o wartości min. 1.000.000.000 zł brutto każde przez Pana P.C. są umowy z Inwestorem MZDiK na świadczenie w/w usług: Umowa nr 035/DR/2020 z dnia 12.10.2020r., Umowa nr 036/DR/2017 z dnia 19.09.2017r., Umowa nr Dr/38/2011 z dnia 03.10.2011r.”

Oprócz wyjaśniania Odwołujący załączył kopie umów (które posiadał Zamawiający),
z których wynika doświadczenie pana P.C., który jest w tych umowach wymieniony w §15 ust.2 jako koordynator z ramienia Wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że były to umowy pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym na świadczenie usług na Zimowe utrzymanie ulic miasta Radomia. Skoro wskazane
w załączniku 1A do SWZ doświadczenie wskazywało na konkretną osobę – znaną Zamawiającemu, to niezrozumiałym pozostaje fakt przyznania Odwołującemu 0 pkt. Zamawiający podjął działania zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości i mimo jasnego wskazania osoby koordynatora przyznał Odwołującemu 0 pkt.

W piśmie o wyniku postępowania Zamawiający stwierdził lakonicznie, że nie przyznał 0 punktów w powyższym kryterium, ponieważ wykonawca nie wskazał z imienia i nazwiska osoby na stanowisko koordynatora, co było wymagane w SWZ. Zamawiający nie uznał także wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, gdyż poprawienie omyłki będzie naruszać art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający pomija, że sam żądał wyjaśnień w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zauważa daleko idącą niekonsekwencję w działaniu Zamawiającego, który najpierw prosi o wskazie osoby koordynatora z imienia i nazwiska
a następnie nie przyznaje punktów w powyższym kryterium twierdząc, że stanowiłoby to naruszenie art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po co w takim razie Zamawiający pytał, skoro nie uznał wyjaśnień w tym zakresie?

Zamawiający miał wszelkie dane w ofercie do tego, aby zidentyfikować osobę wskazaną na stanowisko koordynatora. A tym samym powinien przyznać punkty
w powyższym kryterium. Gdyby chciał ów brak potraktować jako tzw. inną omyłkę, to po otrzymaniu wyjaśnień mógł takiej poprawy dokonać, bo posiadał wszelkie dane do tego, aby takiej poprawy dokonać. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia
w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Warunkiem poprawienia
w ofercie innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jest wystąpienie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy czym musi to być niezgodność nie niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. W wyroku z dnia 13 września 2012 r., KIO 1821/12 Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zagadnienia poprawienia w innych ofertach omyłek zwróciła uwagę, iż *„Ratio legis tego przepisu*
to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem rożnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają
w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.” Wprowadzone poprawki do oferty muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie i wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powinno być w tym przypadku formalnością, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści oferty. Inną omyłką będą zarówno błędy w przygotowaniu oferty
i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w wypełnieniu lub przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Dopuszczalne jest poprawienie omyłek niemających takiego charakteru, pod warunkiem,
że poprawienie innej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.”

Zamawiający doskonale wiedział jaka jest treść oświadczenia woli w zakresie wskazanej osoby, ponieważ doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko koordynatora wskazywało na konkretną osobę, którą Zamawiający znał bo były to usługi wykonywane na jego rzecz. Wyjaśnienia jakie otrzymał w wyniku wezwania potwierdziły ten stan rzeczy i absolutnie nie powodowały zmiany treści oferty. Wykonawca od samego początku wskazywał tą samą osobę na

stanowisko koordynatora. Zamawiający przyznaje punkty za wykazane doświadczenie a nie za imię i nazwisko. Zamawiający nie zakwestionował doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko koordynatora.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 1088/21) stwierdziła wyraźnie, że *Zamawiający był uprawniony do tego, aby wyjaśnić ofertę przystępującego w odniesieniu do kryterium oceny ofert Doświadczenie Personelu Wykonawcy Podkryterium 2.1. Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej oraz Podkryterium 2.3. Inspektor Nadzoru. Po pierwsze, Zamawiający wyjaśniał doświadczenie Pana G. i Pana S. w odniesieniu do inwestycji wskazanych w Formularzu 2.2., czyli*
w zakresie treści wskazanych w ofercie. Po drugie, nie doszło do uzgodnienia treści oferty. W ocenie Izby, w okolicznościach sporu można mówić wyłącznie o doprecyzowaniu treści oferty przez podkreślenie treści, które zamawiający uznał wcześniej za wskazane nie dość jasno. Jest to szczególnie widoczne w przypadku doświadczenia Pana G., gdzie oświadczenie o wymaganej długości odcinka znajdowało się w treści formularza
i przystępujący złożył oświadczenie potwierdzające spełnienie tego wymagania. Po trzecie, nie doszło do zmiany treści oferty. W złożonych wyjaśnieniach przystępujący doprecyzował nazwę zadania w ramach wskazanej wcześniej inwestycji budowa autostrady A-1 Świerklany - Gorzyczki wskazując, że dotyczy to odcinka: od węzła "ŚWIERKLANY".

Odwołujący zwrócił uwagę także na wyrok KIO z 31 października 2018 r.
(sygn. akt KIO 2143/18), w którym stwierdzono, że zamawiający w drodze art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może wyjaśnić nieścisłości w ofercie, nawet jeżeli dotyczą kryteriów oceny ofert. Zdaniem KIO, wezwanie do wyjaśnienia treści oferty w zakresie podstawowych informacji, które Wykonawca pominął w tabeli w ofercie, jest uzasadnione, nawet gdyby spowodowało to przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów w danym kryterium oceny.
Wyroki te wyraźnie wskazują, że zamawiający ma prawo żądać wyjaśnień także w zakresie dokumentów, których treść jest podstawą do przyznania punktów.

Zgodnie z treścią SWZ Rozdział XIX Ocena kryterium „doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic" - będzie przeprowadzana na podstawie podanej przez Wykonawcę w formularzu Kryteria pozacenowe (załącznik nr 1A do SWZ) ilości zadań związanych z zimowym utrzymaniem ulic/dróg o wartości minimum 1.000.000,00 PLN brutto każde, koordynowanych (kierowanych) przez osobę wyznaczoną na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic.

Odwołujący załączył do oferty Załącznik 1A i w pozycji nr 1 i wskazał doświadczenie osoby, gdzie wykazał aż 6 zadań spełniających wymogi niezbędne do uzyskania punktów w powyższym kryterium. Mimo to Zamawiający nie przyznał punktów Odwołującemu.

Zamawiający oceniając ofertę winien brać pod uwagę także intencje Wykonawcy składającego ofertę. Krajowa Izba w jednym z wyroków stwierdziła, że *„Nie można tracić*
z pola widzenia, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób więc czynić założenia, że wykonawca w sposób celowy pomija pewien zakres świadczenia, nie obejmując go treścią oferty". (sygn. akt: KIO 828/16.). W innym wyroku Izba stwierdza: *„Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia tę wolę. Zważywszy zaś na art. 65 k.c. oraz okoliczności złożenia oświadczenia woli, jakim jest oferta, Zamawiający słusznie uznał, iż intencją wykonawcy było złożenie ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, którą sporządzono w postaci elektronicznej."* (wyrok
z dnia 8 lutego 2019 r., KIO 119/19). Tym samym nie sposób nie zauważyć, jaka była intencja Odwołującego, który w sposób szczegółowy opisał doświadczenie osoby koordynatora (łącznie na 3 strony). Odwołujący miał na myśli jedną konkretną osobę, której doświadczenie było znane Zamawiającemu. Wszystkie zadania wskazane jako doświadczenie tejże osoby były realizowane dla Zamawiającego. Tak więc trudno stwierdzić, że Zamawiający nie miał wiedzy na temat tego jaką osobę jako koordynatora wskazuje Odwołujący.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien zastosować po przez analogię przepisy art. 127 ust. 2 ustawy Pzp - *„Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność."* Jeżeli Zamawiający skierował wezwanie do złożenia dokumentu w zakresie zadania realizowanego na własną rzecz,
to może to być uznane jedynie za czynność zbędną, niewpływającą na wynik postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 968/23).
W przypadku, gdy oferta składana jest w przetargu organizowanym przez Zamawiającego, dla którego składający ofertę realizował uprzednio zamówienie tożsame z obecnie udzielanym nie ma obowiązku przedkładania referencji potwierdzających posiadane doświadczenie.

<u>Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp</u>

Zamawiający swoim działaniem naruszył także przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie przyznał punktów Odwołującemu w kryterium „Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic" co jawi się jako złamanie jednej z naczelnych zasad zamówień publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami –
w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 (obecnie art. 16) ustawy (wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05). Zasada zachowania uczciwej konkurencji*„(...) związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania*
o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (...)" (wyrok KIO
z 12.01.2015 r., KIO 2744/14, LEX nr 1651226"). Z praktycznego punktu widzenia istotne jest, aby wszystkie czynności Zamawiającego podejmowane w postępowaniu o zamówienie publiczne były dokonywane w poszanowaniu tych zasad i powinny mieć na celu zapewnienie ich przestrzegania. Dodatkowo *„Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, a nie na jednakowej ocenie wykonawców (...)".*

Ustawodawca postanowił o semantycznym powiązaniu zasady uczciwej konkurencji
z zasadą równego traktowania Wykonawców. Mimo iż obie zasady mogłyby funkcjonować odrębnie, połączenie ich w jedno podstawowe założenie zrównuje ich rangę i unaocznia wzajemne współistnienie. Zasada równego traktowania Wykonawców oznacza bowiem konieczność równego, identycznego traktowania wszystkich Wykonawców. W jej założeniu Wykonawcy powinni mieć umożliwiony równy dostęp do udziału w postępowaniu.

Sam zamawiający nie ma prawa faworyzować jednych Wykonawców ani nie może uniemożliwiać pewnym Wykonawcom udziału w postępowaniu. Tym samym zasada ta przeistacza się w zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Fakt nierównego traktowania Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu objawia się tym, że Zamawiający nie przyznał punktów Odwołującemu w kryterium „Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic" pomimo tego, że Odwołujący wykazał osobę ze stosownym doświadczeniem.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, w ocenie Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów ustawy Pzp dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę
w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy i nieprzyznanie Odwołującemu odpowiedniej ilości punktów w ramach ustalonych w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteriów oceny ofert,
w tym w kryterium „Doświadczenie zawodowe (…)" godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego Izba ustaliła,
że Odwołujący w ofercie w załączniku nr 1A do SWZ (Kryteria pozacenowe) na stanowisko Koordynator zimowego utrzymania ulic wymienił następujące nazwy zadania z lokalizacją:
1.Wykonanie zimowego utrzymania ulic miasta Radomia – rejon I w okresie od 01.11.2020r. do 30.04.2023r. /sezon zimowy lata: 2020/2021/ ilość miesięcy: 6 wykonywania zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie, z okresu od 01 października do 30 kwietnia/ nazwa podmiotu, dla którego zadanie zostało wykonane: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu/ pełniona funkcja na ww. zadaniu - Koordynator zimowego utrzymania ulic/ wartość brutto usług zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie: 1 897 663,80 zł.
2.Wykonanie zimowego utrzymania ulic miasta Radomia – rejon I w okresie od 01.11.2020r. do 30.04.2023r./ sezon zimowy lata: 2021/2022 / ilość miesięcy:
6 wykonywania zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie, z okresu od 01 października do 30 kwietnia / nazwa podmiotu, dla którego zadanie zostało wykonane: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu/ pełniona funkcja na ww. zadaniu - Koordynator zimowego utrzymania ulic/ wartość brutto usług zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie:
3.1 383 929,02 zł.
4.Wykonanie zimowego utrzymania ulic miasta Radomia – rejon I w okresie od 01.11.2020r. do 30.04.2023r./ sezon zimowy lata: 2022/2023/ ilość miesięcy:
6 wykonywania zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie, z okresu od 01 października do 30 kwietnia /nazwa podmiotu, dla którego zadanie zostało wykonane: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu/ pełniona funkcja na ww. zadaniu - Koordynator zimowego utrzymania ulic/ wartość brutto usług zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie:
2 346 343,32 zł.
5.Wykonanie zimowego utrzymania ulic miasta Radomia – rejon I w okresie od 01.11.2017r. do 31.10.2020r. / sezon zimowy lata: 2017/2018 / ilość miesięcy:
6 wykonywania zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie, z okresu od 01 października do 30 kwietnia/ nazwa podmiotu, dla którego zadanie zostało wykonane: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu / pełniona funkcja na ww. zadaniu Koordynator zimowego utrzymania ulic/ wartość brutto usług zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie:
1 119 054,96 zł
6.Wykonanie zimowego utrzymania ulic miasta Radomia – rejon I w okresie od 01.11.2017r. do 31.10.2020r. /sezon zimowy lata: 2017/2018/ilość miesięcy: 6 wykonywania zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie, z okresu od 01 października do 30 kwietnia/ nazwa podmiotu, dla którego zadanie zostało wykonane: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu/ pełniona funkcja na ww. zadaniu /Koordynator zimowego utrzymania ulic/ wartość brutto usług zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie: 1 248 350,24 zł.
7.Wykonanie zimowego utrzymania ulic miasta Radomia – rejon I w okresie od 01.11.2011r. do 31.10.2014r. sezon zimowy lata: 2012/2013/ ilość miesięcy: 6 wykonywania zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie, z okresu od 01 października do 30 kwietnia/ nazwa podmiotu, dla którego zadanie zostało wykonane: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu/ pełniona funkcja na ww. zadaniu - Koordynator zimowego utrzymania ulic/ wartość brutto usług zimowego utrzymania ulic/dróg w ww. sezonie: 2 061 789,18 zł.

Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty – podanie imienia i nazwiska osoby, która była koordynatorem na zadaniach 1 do 6 wskazanych na Kryteria pozacenowe – załącznik 1A do SWZ.
Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach podał, że Pan P.C. był koordynatorem na zadaniach od 1 do 6 wykazanych w formularzu Kryteria pozacenowe
(zał. Nr 1A do SWZ). Brak wpisu imienia i nazwiska w załączniku nr 1A do SWZ (zaktualizowany) był efektem przeoczenia jako omyłki popełnionej w trybie art. 223 ust. 3. Potwierdzeniem spełniania doświadczenia w koordynowaniu (kierowaniu) usługami związanymi z zimowym utrzymaniem ulic/dróg przy zadaniach o wartości min. 1.000.000.000 zł brutto każde przez Pana P.C. są umowy z Inwestorem MZDiK na świadczenie w/w usług: Umowa nr 035/DR/2020 z dnia 12.10.2020r., Umowa nr 036/DR/2017 z dnia 19.09.2017r., Umowa nr Dr/38/2011 z dnia 03.10.2011r. Z umów wynika, że stanowisko koordynatora zimowego utrzymania usług ze strony wykonawcy wyznaczony był Pan P.C..
W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, że przyznał Odwołującemu 0 punktów w kryterium *Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko koordynatora zimowego utrzymania ulic*,

ponieważ Wykonawca nie wskazał
z imienia i nazwiska osoby na stanowisko koordynatora, co było wymagane w SWZ. Zmawiający nie uznał wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, gdyż poprawienie omyłki będzie naruszać dyspozycję art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Według art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Z art. 239 ustawy Pzp wynika, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Przepis art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych
i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że ocena ofert złożonych w postępowaniu winna odbywać się na podstawie kryteriów ustalonych przez Zamawiającego i opisanych szczegółowo w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ"). Jest to dokument kluczowy z punktu oceny ofert i ustalenia rankingu wykonawców. Postanowienia zawarte
w SWZ odnoszące się do oceny ofert wiążą zarówno Zamawiającego, jak też Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z jednej strony Zamawiający zobowiązany jest postępować ściśle według reguł ustalonych w SWZ, z drugiej zaś strony w interesie samych Wykonawców leży złożenie oferty w taki sposób, by uzyskać jak najwyższą liczbę punktów w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert.
To na Wykonawcach spoczywa więc obowiązek, by treść oferty w przypadku elementów związanych z kryteriami oceny ofert była na tyle klarowna, by możliwe było przyznanie właściwej liczby punktów danemu Wykonawcy. Dostrzeżenia również wymaga, iż zapisy SWZ dotyczące kryterium oceny ofert nie były kwestionowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ich treść nie wymagała dodatkowych wyjaśnień ze strony Zamawiającego.

Izba podziela tezę, zgodnie z którą możliwe jest uzyskanie wyjaśnień dotyczących treści oferty także w zakresie w jakim treść ta odnosi się do kryteriów oceny ofert. Jednakże wyraźnego podkreślenia wymaga, iż jednocześnie zakazane jest ustalanie treści oferty przez uzgadnianie jej treści przez strony (prowadzenie negocjacji). Tryb wyjaśnień nie może prowadzić do zmiany świadczenia oferowanego Zamawiającemu przez wykonawcę ani zmiany dotyczących innych treści oferty, w tym również w zakresie kryteriów oceny ofert. Wyjaśnienia co najwyżej mogą doprecyzować okoliczności wynikające wprost z całościowej treści oferty.
Zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazywanych
w odwołaniu. Bezsprzecznie w treści oferty w załączniku nr 1A, gdzie wykonawca zobowiązany był wskazać z imienia i nazwiska osobę wyznaczoną z jego strony do pełnienia funkcji koordynatora i podać wymagany zakres posiadanego doświadczenia zawodowego dla tej osoby, brakowało elementu podania danych osobowych dla funkcji koordynatora. Dopiero w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący podał, że osobą wyznaczoną będzie Pan C..

Zatem Izba uważa, że w ramach wyjaśnień doszło do powstania stanu, który nie istniał w dacie złożenia oferty. Informacje relewantne dla uzyskania punktów w ramach ustalonych kryteriów zostały wytworzone przez Odwołującego już po złożeniu oferty,
w wyniku udzielenia wyjaśnień. W toku składania wyjaśnień nie odniesiono się do informacji, które w ofercie się znajdowały, ale właśnie złożenie wyjaśnień doprowadziło do powstania treści istotnej z punktu widzenia przyznania określonej liczby punktów. Odwołujący nie wyjaśniał informacji zawartych w ofercie. Z treści załącznika 1A nie wynikało, której dokładnie osobie przyporządkowano doświadczenie opisane w kolumnie dotyczącej wykonywanych zadań. Konkretna osoba, którą Odwołujący wyznaczył do pełnienia roli koordynatora została dopiero wskazana przez złożenie wyjaśnień. Samo szczegółowe opisanie zadań, w ramach których dana osoba nabyła doświadczenie nie było wystarczające do przyznania punktów. Zamawiający wymagał wskazania konkretnej osoby z imienia
i nazwiska, która dysponuje odpowiednim potencjałem zawodowym, by realizować na rzecz Zamawiającego konkretne obowiązki. Błąd popełniony w ofercie Odwołującego nie był jedynie uchybieniem formalnym. Dopiero podanie kompletnego zakresu informacji wymaganych treścią załącznika nr 1A umożliwia bowiem przyznanie danemu wykonawcy odpowiedniej liczby punktów. Nie była istotą treści tego załącznika ocena hipotetycznego doświadczenia, ale doświadczenia konkretnej osoby.

Na niekorzyść Odwołującego działa okoliczność, że wskazał umowy/zadania wykonywane na rzecz tego Zamawiającego. Owszem, Zamawiający w tym przypadku miał możliwość zidentyfikowania osoby pełniącej na podanych zadaniach rolę koordynatora. Odwołujący nie wziął jednak pod uwagę okoliczności, że w przypadku gdyby zadań nie realizowano dla Zamawiającego, ten nie miałby jakikolwiek narzędzi, by przypisać osobę wskazaną z imienia i nazwiska do opisanego doświadczenia. A jak zauważył na rozprawie sam Odwołujący, Zamawiający działał w oparciu tylko o oświadczenie składane przez wykonawcę na formularzu załącznika nr 1A. Tym samym, okoliczność realizacji zadań na rzecz Zamawiającego stawiała Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców. Gdyby taki błąd popełniono w ofercie wykonawcy, który wykazywałby się doświadczeniem zawodowym zdobytym w innych jednostkach organizacyjnych niż Zamawiający, postępując zgodnie z zasadą równego traktowania
i uczciwej konkurencji, Zamawiający nie przyznałby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert takiej ofercie. Nie może więc Odwołujący wymagać, by przyznano mu punktu tylko dlatego, że bazował na doświadczeniu zdobytym w ramach działania jednostki tego samego Zamawiającego. Wszyscy bowiem wykonawcy winni być traktowani w taki sam sposób, bez względu na to, na czyją rzecz wykonywali umowy. Wyjaśnienia nie doprecyzowały okoliczności wynikających wprost z całościowej treści oferty ale prowadziłyby de facto do uzupełnienia treści oferty.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że nie mamy do czynienia w ofercie Odwołującego
z omyłką, którą można poprawić jako inną omyłkę przy zastosowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Według tej regulacji zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sprawie nie można mówić o takiej sytuacji. Nie ma możliwości zidentyfikowania i przyporządkowania treści z dokumentów postępowania do treści oferty Odwołującego. Zamawiający wymagał stworzenia treści w ofercie w odniesieniu do wymaganego i opisanego doświadczenia zawodowego. Zadaniem Odwołującego było przedstawienie osoby, która wymagane doświadczenie zawodowe posiada.

Brak w załączniku nr 1A którejkolwiek z kluczowych dla oceny oferty informacji winien skutkować brakiem przyznania dodatkowych punktów takiej ofercie. Podanie w złożonych wyjaśnieniach imienia i nazwiska osoby, która pełnić ma funkcję koordynatora doprowadziło do zmiany treści oferty. Uzupełnienie treści załącznika nr 1A w powyższym zakresie stanowiłoby, w ocenie Izby, zmianę oferty w sensie merytorycznym.

Reasumując, Izba uznała, iż zarzuty naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego w ramach ustalonych pozacenowych kryteriów oceny.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

……