

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę **A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe - A. B. w Makowie Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**.

przy udziale wykonawcy **H. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE H. W. w Bisztynku** ogłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy H. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE H. W. w Bisztynku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
 2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
 3. kosztami postępowania obciąża w ½ Odwołującego i w ½ Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9300 zł (dziewięć tysięcy trzysta złotych).
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Zimowe utrzymanie dróg na terenie administrowanym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie w podziale na 6 części”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 092-281626 w dniu 12 maja 2023 r.

W dniu 17 lipca 2023 r. wykonawca A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe - A. B. w Makowie Mazowieckim (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE H. W. w Bisztynku (dalej: „Przystępujący „PHU W.”) ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty PHU W., która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający nie powinien przyznać PHU W. żadnych punktów w ramach kryterium pozacenowego: „Kwalifikacje zawodowe personelu”,

a w konsekwencji:

- 3) naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego: wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty PHU W.,
- 3) dokonanie w konsekwencji ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 4) ewentualnie dokonanie ponownej oceny z uwzględnieniem faktu, że PHU W. powinien mieć przyznane 0 punktów w

ramach kryterium pozacenowego „Kwalifikacje zawodowe personelu”.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale 6.5 lit. a) SWZ skonkretyzował warunki dotyczące obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia, gdzie wskazał: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe zadania określone w pracy sprzętu podstawowego / zasadniczego: w ilości wskazanej w pkt. 8.2.4.3 IDW - obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia.”.

Z przytoczonego fragmenty jednoznacznie wynika, że kluczowym zadaniem do osobistego wykonania była praca sprzętu podstawowego/zasadniczego, w ilościach wskazanych w rozdziale. 8.2.4.3 SWZ: „Wykonawca musi posiadać potencjał techniczny w ilości wymaganej przez Zamawiającego, który będzie skierowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, zgodnie z poniższym wykazem:

	Część 1	Część 2	Część 3	Część 4	Część 5	Część 6
	Rejon Elbląg OD Wierzno Wielkie	Rejon Giżycko OD 1	Rejon Giżycko OD 1, 2, 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 4	Rejon Szczytno OD 2 i 3
minimalna ilość wymaganych nośników oraz sprzętu podstawowego/ zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01	8	3	5	4	5	14

W ramach minimalnej ilości wymaganych pojazdów ZUD Zamawiający zastrzegł w pkt 6.5 IDW obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe zadania określone w pracy sprzętu podstawowego / zasadniczego, tj. wykonywanie czynności przez pługo-solarki w pracy sprzętu jednokrotnego, dwukrotnego, trzy i więcej krotnego sprzętem ZUD w ilości wskazanej w poniższej tabeli.”.

Analizując łącznie wskazane fragmenty, a także zapis 3.2.2. ST D-10.01.01 należy wywieść, że zadaniem podstawowym/zasadniczym jest wykonywanie czynności przez pługosolarki w pracy sprzętu jednokrotnego, dwukrotnego, trzy i więcej krotnego sprzętem ZUD. Stanowisko to zostało potwierdzone wprost w „Wyjaśnieniach treści SWZ – pakiet 1” z dnia 5 czerwca 2023 r., gdzie Zamawiający na pytanie nr 5: *Prosimy o potwierdzenie, że pod pojęciem „zadania jakim posługuje się zamawiający w ramach postawionych warunków należy rozumieć postępowanie.”* odpowiedział: „Zgodnie z pkt 8 IDW Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe zadania określone w pracy sprzętu podstawowego / zasadniczego, tj. wykonywanie czynności przez pługo-solarki w pracy sprzętu jednokrotnego, dwukrotnego, trzy i więcej krotnego sprzętem ZUD, w ramach każdej części zamówienia przetargowego, zgodnie z ilościami wskazanymi w tabelach pkt 8.2.4.3. IDW.”

Odwołujący wskazał, że Przystępujący w treści Formularza oferty w punkcie 6 wskazał: „ZAMIERZAMY² powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

CZĘŚĆ NR 4- USŁUGI ZASADNICZE : PRACA SPRZĘTU”.

Powyższe w opinii Odwołującego wskazuje, że Przystępujący oświadczył wprost, że usługi zasadnicze tj. praca sprzętu zostanie powierzona podwykonawcom, co wprost jest sprzeczne z postanowieniami Zamawiającego, gdzie wprowadzono zakaz powierza prac zasadniczych podwykonawcom.

Uzasadniając zarzut drugi odwołania Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w rozdziale 21. SWZ przewidział możliwość przyznania maksymalnie 30 punktów w ramach kryterium pozacenowego „Kwalifikacje zawodowe personelu”:

1.1.Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K):

Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K) będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Kryteria pozacenowe” dotyczących doświadczenia zawodowego:

- osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Zimowego Utrzymania Dróg

W tym kryterium, można uzyskać maksymalnie **30 punktów:**

W tym kryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji **Kierownika ds. Zimowego Utrzymania Dróg** w koordynowaniu / nadzorowaniu / kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej ilość km dróg klasy min. G (zgodnie z wartościami w tabeli)

Część 1	Część 2	Część 3	Część 4	Część 5	Część 6
Rejon Elbląg OD Wierzno Wielkie	Rejon Giżycko OD 1	Rejon Giżycko OD 1, 2, 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 4	Rejon Szczytno OD 2 i 3
35	30	60	20	30	75

zdołby na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji / nadzorowaniu / kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy sezon zimowy doświadczenia (trwające 5 pełnych miesięcy w okresie od 1 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego), ponad wymagane postawione w warunkach udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wykazane zadania były realizowane równolegle w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią załącznika do SWZ tj. z SST 10.01.01 Zamawiający rozgranicza obowiązki wykonywane przez Kierowników jak i przez Dyżurnych ZUD. Z analizy zapisów SST, jednoznacznie wynika, że zakres obowiązków Koordynatora ZUD jest znacznie szerszy niż Dyżurnego ZUD i to właśnie ten zakres odpowiada wymogom postawionym przez Zamawiającego w ramach punktów przyznawanych za „Kwalifikacje zawodowe personelu”. Tymczasem wszystkie zadania „referencyjne” wskazane w formularzu kryteriów pozacenowych dot. M. P., który wykonywał prace jedynie jako Dyżurny ZUD, tym samym nie wykonywał czynności związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji /nadzorowaniu / kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg, co wynika wprost z treści dokumentacji do wskazanych postępowań. Powyższe w opinii Odwołującego potwierdza, że p. M. P. nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zarzutu pierwszego wskazał, że dokonał oceny oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa, zawartego w pkt 6 oferty Przystępującego w oparciu o zapisy SWZ. Przystępujący w niniejszym oświadczeniu nie wskazał, iż całość pracy sprzętu zamierza powierzyć podwykonawcom, a jedynie, że zamierza korzystać z podwykonawców we wskazanym zakresie. Zamawiający podkreśla, że sprzęt wymagany w pkt 8.2.4.3 IDW stanowi minimalną ilość, jakiej Zamawiający wymaga od Wykonawców na etapie realizacji zamówienia. Według powyższego, nie stoi nic na przeszkodzie, aby Wykonawca do realizacji zamówienia skierował większą niż wymagana przez Zamawiającego ilość nośników oraz sprzętu podstawowego/zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01. Każda jednostka sprzętu ponad minimalną wymaganą przez Zamawiającego może zostać skierowana do realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa.

Zamawiający wskazał ponadto, że Przystępujący, w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu JEDZ, w Części II: Informacje dotyczące wykonawcy, lit. C: Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów, na pytanie Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? odpowiedział: Nie. Przystępujący nie złożył wraz z ofertą żadnego zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, ani też oświadczenia JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby. Zgodnie z art. 123 Pzp Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. W związku z powyższym było dla Zamawiającego oczywiste, iż Wykonawca ma zamiar wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, tj. bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby, a co za tym idzie również bez udziału podwykonawców, w zakresie sprzętu podstawowego/zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01, w tym wykonującego zadania kluczowe.

Według Zamawiającego Odwołujący dokonał oceny oświadczenia Przystępującego w zakresie podwykonawstwa, w całkowitym oderwaniu od złożonych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych. Przystępujący wykazał bowiem, iż całym wymaganym do spełnienia warunku sprzętem, będzie dysponował bezpośrednio, tj. bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby, jak również bez udziału podwykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że oceniając na podstawie zapisów SWZ łącznie wszystkie posiadane informacje i dokumenty nie stwierdził naruszenia, ustanowionego w pkt 6.5. IDW (Tom I SWZ), zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. Oświadczenie złożone przez Przystępującego w pkt 6 formularza Oferty, nie stoi w sprzeczności z powyższym zastrzeżeniem oraz nie stoi w sprzeczności z pozostałymi dokumentami złożonymi przez Wykonawcę w toku postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert, Zamawiający wyjaśnił, że w celu zdobycia punktów we wskazanym kryterium pozacenowym Kierownik ds. Zimowego Utrzymania Dróg musi posiadać doświadczenie zdobyte na stanowisku lub stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg lub polegających na bezpośrednim kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg lub bezpośrednim nadzorowaniem prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg.

Zamawiający stwierdził, że przywołane w pkt. 16 odwołania definicje Dyżurnego akcji ZUD i Koordynatora ZUD, zaczerpnięte z SST 10.01.01 nie stanowią opisu doświadczenia dodatkowo punktowanego w ramach podkryterium pozacenowego na stanowisku Kierownika ds. Zimowego Utrzymania Dróg. Odnoszą się jedynie do tego, jakie czynności będą wykonywały osoby na określonych stanowiskach w ramach realizacji umów. Błędne jest więc twierdzenie

Odwołującego, że zakres obowiązków Dyżurnego ZUD i Koordynatora ZUD określony w SST 10.01.01. jest tożsamy z wymogiem postawionym w ramach podkryterium pozacenowym „Kwalifikacje zawodowe personelu”. Jak wskazano powyżej są to odrębne zagadnienia. W opinii Zamawiającego stwierdzenie Odwołującego, iż Pan M. P. nie posiada doświadczenia w zakresie kryterium pozacenowego, ponieważ „wykonywał prace jedynie jako Dyżurny ZUD” jest całkowicie bezpodstawne. Nie nazwa zajmowanego stanowiska, a zakres czynności wykonywanych podczas jego pełnienia świadczy o posiadanym doświadczeniu. W ramach wskazanych w ofercie doświadczeń, Pan M. P. prowadził dyżury w punkcie zimowego utrzymania dróg w GDDKiA Oddział w Olsztynie Rejon w Lidzbarku Warmińskim w latach 2013 – 2023. Jego obowiązki polegały m.in. na:

- bezpośrednim kierowaniu pracami zimowego utrzymania dróg poprzez kierowanie akcją przy odśnieżaniu dróg i usuwaniu śliskości na drogach zgodnie z pkt 2 OPZ oraz zgodnie z warunkami umowy; poprzez kierowanie mamy na myśli decydowanie o wysłaniu na drogę określonego sprzętu do zimowego utrzymania wraz z decydowaniem o rodzaju materiału do usuwania śliskości i wydatku tego materiału (g/m²);
- bezpośrednim nadzorze nad pracami zimowego utrzymania dróg, w zakresie dysponowania materiałami do zimowego utrzymania dróg oraz weryfikacji zużytych materiałów do zwalczania śliskości zimowej, weryfikacji pracy sprzętu ZUD w terenie poprzez system GPS, zgodnie z pkt 7 OPZ oraz zgodnie z Wytycznymi zimowego utrzymania dróg (ostatnie dostępne – Zarządzenie nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 r.). Pan P., pełniąc Dyżur w Punkcie Zimowego Utrzymania Dróg (dalej: PZUD) nadzorował prace firm realizujących usługi zimowego utrzymania dróg krajowych, które prowadzone były w ramach odrębnych umów;
- bezpośrednim koordynowaniu prac zimowego utrzymania dróg, m.in. poprzez racjonalne zarządzanie pracą sprzętu do odśnieżania oraz sprzętu do usuwania śliskości zimowej i materiałami do zwalczania śliskości w celu utrzymania odcinków dróg w odpowiednim standardzie ZUD, zgodnie z pkt 7 OPZ oraz w oparciu o Wytyczne zimowego utrzymania dróg. Ponadto w ramach niniejszego obowiązku Dyżurny PZUD koordynował pracę sprzętu do zimowego utrzymania dróg w zakresie od 2 do 3 umów na Zimowe utrzymanie dróg.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę H. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE H. W. w Bisztynku zgłaszającego swoje przystąpienie postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale 6.5 lit. a) SWZ wskazał: *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe zadania określone w pracy sprzętu podstawowego / zasadniczego: w ilości wskazanej w pkt. 8.2.4.3 IDW - obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia.* Z rozdziału 8.2.4.3 SWZ wynika, że: „Wykonawca musi posiadać potencjał techniczny w ilości wymaganej przez Zamawiającego, który będzie skierowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, zgodnie z poniższym wykazem:

	Część 1	Część 2	Część 3	Część 4	Część 5	Część 6
	Rejon Elbląg OD Wierzno Wielkie	Rejon Giżycko OD 1	Rejon Giżycko OD 1, 2, 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 4	Rejon Szczytno OD 2 i 3
minimalna ilość wymaganych nośników oraz sprzętu podstawowego/ zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01	8	3	5	4	5	14

W ramach minimalnej ilości wymaganych pojazdów ZUD Zamawiający zastrzegł w pkt 6.5 IDW obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe zadania określone w pracy sprzętu podstawowego /zasadniczego, tj. wykonywanie czynności przez plugo-solarki w pracy sprzętu

jednokrotnego, dwukrotnego, trzy i więcej krotnego sprzętem ZUD w ilości wskazanej w poniższej tabeli:

	Część 3	Część 4	Część 5	Część 8	Część 9	Część 13
	Rejon Elbląg OD Wierzo Wielkie	Rejon Giżycko OD 1	Rejon Giżycko OD 1, 2, 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 3	Rejon Lidzbark Warmiński OD 4	Rejon Szczytno OD 2 i 3
obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia – ilość wymaganych nośników oraz sprzętu podstawowego/ zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01	3	1	2	2	2	6

Wszystkie pojazdy skierowane do realizacji niniejszego zamówienia (będących nośnikami do solarek i/lub pługów) muszą spełniających normę emisji spalin minimum EURO 4.”

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Ponadto konieczne jest aby możliwe było wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków zamówienia, w tym poprzez udzielanie wyjaśnień w odpowiedziach na pytania wykonawców, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby postanowienia dotyczące zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia w zakresie kluczowych części na podstawie art. 121 Pzp były sformułowane w sposób jasny i precyzyjny. Jednakże pomimo precyzyjnych sformułowań SWZ Zamawiający dokonał nieprawidłowego badania oferty Przystępującego w zakresie spełnienia wymogu wynikającego z rozdziału 6.5 lit. a) SWZ przy uwzględnieniu informacji wynikającej z punktu 6 Formularza oferty, w którym to miejscu Przystępujący wskazał, że usługi zasadnicze: praca sprzętu zostaną wykonane przez podwykonawcę. Przypomnieć bowiem należy, że Zamawiający wymagał osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia polegających na wykonaniu pracy przy użyciu 2 nośników oraz sprzętu podstawowego/ zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01 w zakresie części 4 zamówienia. Przystępujący natomiast w Formularzu oferty nie wskazał, że zamówienie w kluczowym zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania przez wykonawcę wykona samodzielnie, nie zaznaczył również, że podwykonawcy zostaną powierzone do wykonania prace nadmiarowe. Wskazał on natomiast, że prace sprzętu zasadniczego zostaną wykonane przy pomocy podwykonawców. W ocenie Izby z tak sformułowanego oświadczenia wynika, wbrew stanowisku Zamawiającego, że całość prac sprzętu zasadniczego zostanie powierzone podwykonawcy. Przystępujący nie ograniczył zakresu podwykonawstwa, który byłby zgodny z wymogiem postanowienia rozdziału 6.5 lit. a) SWZ. Przystępujący ponadto na rozprawie przyznał, że informacja zawarta w punkcie 6 Formularza oferty została zamieszczona w wyniku pomyłki. Niemniej jednak zauważyć należy, że na obecnym etapie postępowania brak jest możliwości konwalidowania powyższego błędu bowiem wskazanie podwykonawstwa w punkcie 6 Formularza oferty stanowiło wiążącą treść oferty dotyczącą sposobu realizacji umowy, więc jako wskazany sposób spełnienia świadczenia przez wykonawcę nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Nie można tego konwalidować w drodze wyjaśnień treści oferty, które de facto musiałby zmienić jej brzmienie, aby nie tyle dokonać rekonstrukcji oświadczenia Przystępującego, a dostosować formularz oferty do treści dokumentacji postępowania, co jest nieuprawnione. Mając zatem na uwadze, że z jednej strony w SWZ mamy niebudzące wątpliwości zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę pracy sprzętu zasadniczego w ustalonej przez Zamawiającego liczbie w zakresie części 4 zamówienia, a z drugiej jednoznaczne oświadczenie Przystępującego o zamiarze powierzenia tego zakresu podwykonawcy, oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać przez zamawiającego odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 Pzp.

Okoliczność natomiast, że wykonawca samodzielnie wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, posiadając

wymaganą przez Zamawiającego liczbę sprzętu nie może w ocenie Izby potwierdzać, jak wskazywał Zamawiający - że wykonawca w sposób zgodny z warunkami zamówienia wykona zamówienie. Brak wskazania w dokumencie JEDZ podwykonawcy, jest w pełni zrozumiałe, skoro Przystępujący samodzielnie wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu bez polegania na zasobach podmiotu trzeciego.

Kolejno wskazać należy, że Izba za nieuzasadniony uznała zarzut dotyczący nieprawidłowej punktacji oferty Przystępującego w kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu”.

Izba analizując postanowienia rozdziału 21 SWZ podzieliła stanowisko Zamawiającego, że aby uzyskać punkty w kryterium „K” konieczne było legitymowanie się doświadczeniem w koordynowaniu / nadzorowaniu / kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg zdobytym na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji / nadzorowaniu / kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg. Aby uzyskać punkty brak było natomiast konieczności zajmowania określonego stanowiska, tj. Koordynatora ZUD, gdyż jak wynika z postanowienia rozdziału 21 SWZ to nie nazwa zajmowanego stanowiska, a zakres czynności wykonywanych podczas jego pełnienia wpływał na ocenę w kryterium.

Również w ocenie Izby niezasadne było odwołania odwoływanie się przez Odwołującego do definicji Dyżurnego akcji ZUD i Koordynatora ZUD zawartego w SST 10.01.01, bowiem takie odwołanie nie znalazło się w dokumentacji postępowania w rozdziale dotyczącym kryterium „K”. Powyższe stanowiło więc nieuprawnioną nadinterpretację wymogów wynikających z wiążącej Zamawiającego i wykonawców dokumentacji postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby pan M. P. wskazany na stanowisko Kierownika ZUD posiadał doświadczenie wymagane w kryterium. Sama okoliczność, że we wcześniejszych postępowaniach pełnił on funkcje Dyżurnego ZUD nie wykluczała nabycia doświadczenia w koordynowaniu / nadzorowaniu / kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg zdobytym na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji / nadzorowaniu / kierowaniu pracami związanymi z zimowym utrzymaniem dróg. Ponadto podkreślić należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił szczegółowe dane dotyczące doświadczenia ww. osoby, a Odwołujący okoliczności tych nie podważył.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Przystępującego w kryterium „K”.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że odwołanie okazało się zasadne w części 1/2 oraz chybione w części 1/2. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Odwołujący w części 1/2 i Zamawiający w części 1/2. Izba zasądziła więc od Zamawiającego na rzecz Odwołującego połowę wpisu od odwołania, tj. kwotę 7500 zł oraz połowę wynagrodzenia pełnomocnictwa, tj. kwotę 1800 zł, a więc łącznie 9300 zł.

Przewodnicząca:.....