

Sygn. akt: KIO 3530/22

WYROK
z dnia 13 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2022 r. przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. – Lider; 2) J. O.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI TRANSPORTOWO DROGOWO MOSTOWE J. O., ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski – Partner; z adresem dla siedziby lidera: ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

przy udziale wykonawcy **ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 WROCŁAW** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu 3, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych**

(t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający uwzględniając całokształt okoliczności, które ujawniły się na etapie badania i oceny oferty ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 WROCŁAW, powinien przyznać ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 WROCŁAW 0 punktów w ramach kryterium pozacenowego dot. osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, gdyż ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 WROCŁAW nie dysponuje wskazaną osobą, tym samym nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą

i nakazuje Zamawiającemu: Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21.12.2022 r., jak również nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert, w ramach którego nakazuje Zamawiającemu przyznać ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 WROCŁAW 0 punktów w ramach kryterium pozacenowego dot. osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, gdyż ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 WROCŁAW nie dysponuje wskazaną osobą, tym samym nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice i:**

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. – Lider; 2) J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI TRANSPORTOWO DROGOWO MOSTOWE J. O., ul. Wołodajewskiego 33, 41-403 Chełm Śląski – Partner; z adresem dla siedziby lidera: ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. – Lider; 2) J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI TRANSPORTOWO DROGOWO MOSTOWE J. O., ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski – Partner; z adresem dla siedziby lide-ra: ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA oddział w Katowicach rejon w Lublińcu*”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.08.2022 r. pod nr 2022/S 148-423972 przez Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice zwana dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „*NPzp*” albo „*PZP*” albo „*p.z.p*”.

W dniu 21.12.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 WROCLAW zwana dalej: „*ZABERD Sp. z o.o.*” albo „*ZABERD*” albo „*Przystępującym po stronie Zamawiającego*”. Drugą pozycję: w rankingu zajęła oferta Konsorcjum Firm: 1) SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. – Lider; 2) J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI TRANSPORTOWO DROGOWO MOSTOWE J. O., ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski – Partner; z adresem dla siedziby lidera: ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek zwana dalej: „*Konsorcjum Saferoad*” albo „*Odwołującym*”.

Dnia 30.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 21.12.2022 r. złożył Konsorcjum Saferoad. Odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających ustawę Pzp:

1. dokonanie zmiany treści oferty Zaberd sp. z o.o. (dalej jako: „Zaberd”), poprzez uznanie za dopuszczalną zmianę w zakresie informacji zawartych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą, polegającą na zmianie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania dróg z osoby R. M. na K. K.,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Zaberd,
3. wyboru oferty Zaberd jako naj korzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp poprzez uznanie za dopuszczalną zmianę w zakresie informacji zawartych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz

z ofertą, polegającą na zamianie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg z osoby R. M. na K. K.,

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zaberd, pomimo że wykonawca dokonał zmiany oferty poprzez zamianę osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg z osoby R. M. na K. K., co stanowiło nieuprawnioną zmianę treści oferty, a także było niezgodne z postanowieniami rozdziału 21. Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdzie Zamawiający wykluczył dokonywanie zmian w zakresie Formularza „Kryteria pozacenowe” ewentualnie z ostrożności procesowej:

3) art. 239 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający uwzględniając całokształt okoliczności, które ujawniły się na etapie badania i oceny oferty Zaberd, powinien przyznać wykonawcy Zaberd 0 punktów w ramach kryterium pozacenowego dot. osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, gdyż wykonawca Zaberd nie dysponuje wskazaną osobą, tym samym nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą.

Wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zaberd,
2. odrzucenie oferty złożonej przez Zaberd,
3. powtórzenie czynności oceny i badania ofert,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 ust. 1 Pzp) Odwołujący żądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA oddział w Katowicach, rejon w Lublińcu”, numer referencyjny: O.KA.D-3.2421.32.2022.
2. Zamawiający ustalił kryterium pozacenowe tj. „Kwalifikacje zawodowe personelu”. Wskazane kryterium miało być rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez wykonawców w Formularzu „Kryteria pozacenowe” składanym wraz z ofertą.
3. Zgodnie z rozdziałem 21.1.1.2 lit. b Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako:

„SWZ”) Zamawiający przewidział podkryterium pozacenowe - „Kwalifikacje zawodowe Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg”.

4. W ramach powyższego kryterium, ocenie miało podlegać doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg przy koordynowaniu/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 20 km dróg klasy m.in. GP zdobyte na stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymagania postawione w warunkach udziału w postępowaniu.

5. Ponadto Zamawiający wskazał: *„Nie złożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” lub niewypełnienie go w pozycji „Kwalifikacje zawodowe personelu” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w tym kryterium. W kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” ocenie będą podlegać jedynie informacje o doświadczeniu wykazane na Formularzu „Kryteria pozacenowe ” złożonym wraz z ofertą. Przepis art 223 ust. 1 Pzv może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” o dodatkowe zadania nie ujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany”.*

6. Wraz z ofertą wykonawca Zaberd złożył Formularz „Kryteria pozacenowe”, w którym wskazał R. M. jako osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg wraz ze wskazaniem zadań realizowanych przez wskazaną osobę.

7. Pismem z 15.11.2022 r. wykonawca został wezwany do złożenia dokumentów - podmiotowych środków dowodowych (pismo Zamawiającego: O/KA.D 3.2421.32.2022.9.AK), w tym do złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.

8. 28.11.2022 r. wykonawca Zaberd przedstawił wymagany wykaz, gdzie zamiast pierwotnie wskazanego R. M., mającego pełnić funkcję zastępcy kierownika ds. Utrzymania Dróg, wskazał K. K. Wraz ze wskazanym wykazem wykonawca przedłożył pismo, w którym uzasadniał dopuszczalność zamiany osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg. W ocenie Odwołujące dokonana czynność stanowiła faktyczną zmianę treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę wykonawcy Zaberd.

9. Z dalszych działań Zamawiającego m. in. z wezwania do złożenia wyjaśnień z 08.12.2022 r. (pismo Zamawiającego: O/KA.D-3.2421.32.2022.10. AK), a także z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że dokonana zmiana została dopuszczona przez Zamawiającego.

10. W ocenie Odwołującego umożliwienie wykonawcy Zaberd dokonania zmiany osoby

pierwotnie wskazanej w Formularzu „Kryteria Pozacenowe”, stanowiło w istocie modyfikację treści złożonej oferty, co stoi w sprzeczności z treścią art. 223 ust. 1 Pzp, a także z treścią SWZ, gdzie Zamawiający wykluczył modyfikowanie i uzupełnianie wskazanego formularza, w zakresie realizowanych zadań, a w konsekwencji także osób wskazanych w formularzu, których doświadczenie jest im nierozdzielnie przypisane.

11. Wynikająca z art. 223 ust. 1 Pzp zasada niezmienności oferty stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany są dopuszczalne tylko w ściśle określonych przypadkach.

12. Odnosząc się do zasad wykładni, w tym z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, w orzecznictwie wskazuje się, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień.

13. Za zasadny należy uznać pogląd przedstawiony przez KIO w wyroku z 21.01.2022 r., sygn. akt. KIO 6/22, wydanym w podobnych okolicznościach, gdzie wskazano: *„Doświadczenie zawodowe w tym zakresie jest, wbrew stanowisku zamawiającego, immanentnie powiązane z osobą, która, jak to określono, jest tego doświadczenia nosicielem. W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw do twierdzenia, by owo doświadczenie niejako zostało "oderwane" od nosiciela i mimo to pozostawało aktualne i prawidłowe, mimo jego (nosiciela) zmiany i podlegało pozytywnej ocenie. ” W tym także. - „ Rzecz ujmując lapidarnie należy tym samym stwierdzić, że od dnia otwarcia ofert, zarówno wykonawca, jak i zamawiający nie są uprawnieni do dokonywania zmian w dokumentacji ofertowej w zakresie, w jakim dotyczy to samej oferty, jak i oświadczeń stanowiących kryteria oceny ofert a zatem wszystkich kryteriów, w tym pozacenowych.”*

14. Bez znaczenia dla oceny dopuszczalności zaistniałej sytuacji są okoliczności podnoszone przez wykonawcę Zaberd w piśmie z 28.11.2022 r., gdzie wskazuje on, że *„Dokonana zmiana wynika z przyczyn niezależnych od Wykonawcy ponieważ Pana R. M. w czasie jaki upłynął między złożeniem oferty a wezwaniem do złożenia PSD (w dniu 15.11.2022 r.) - zmienił miejsce zatrudniania na co Wykonawca nie miał wpływu.”.*

15. Wykonawca jako profesjonalista biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinien zapewnić swoim pracownikom takie warunki pracy i wynagrodzenia, które w sposób skuteczny chroniłyby danego wykonawcę przed utratą możliwości dysponowania daną osobą i gwarantowałyby realizację zamówienia przy udziale osób wskazywanych w ofertach składanych w przetargach publicznych.

16. Istotą oferty i przyznania punktacji jest ustalenie czy wykonawca oferuje wykonanie

zamówienia przy udziale wykwalifikowanych ekspertów o określonych kwalifikacjach. Nie bez przyczyny Zamawiający wykluczył możliwość uzupełniania i modyfikacji formularza „Kryteria pozacenowe”. Rozwiązanie takie miało gwarantować niezmienność, a przez to porównywalność złożonych ofert. Aktualne działanie Zamawiającego stoi w opozycji do zasady równego traktowania wykonawców, gdyż de facto Zamawiający dopuścił do modyfikacji treści pierwotnie złożonej oferty.

17. Dopuszczenie jako dozwolonego działania Zamawiającego prowadziło do legitymizowania zachowań polegających na wskazywaniu w ofertach, w ramach kryteriów pozacenowych, ekspertów branżowych, bez podstawy do dysponowania takimi osobami, jedynie w celu uzyskania jak największej liczby punktów, bez konieczności późniejszej realizacji umowy na podstawie złożonej oferty.

18. Innymi słowy uznanie działania Zamawiającego za prawidłowe prowadzi do uznania fikcyjnych ofert, w których wykonawcy będą mogli dowolnie wskazywać określone osoby w kryteriach pozacenowych, jedynie w celu uzyskania lepszej pozycji w rankingu ofert, a następnie będą realizować zamówienie w oderwaniu od wcześniejszych oświadczeń woli.

19. Zgodnie ze złożonym formularzem oraz kryteriami oceny ofert, Zamawiający w przypadku dokonanej zamiany, w świetle ustalonych przez siebie zasad w SWZ, nie powinien dopuścić do dokonania zmiany treści oferty. Modelowym działaniem Zamawiającego powinno być dokonanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie tej czynności, z uwzględnieniem faktu, że osoba R. M., nie będzie osobą skierowaną do pełnienia określonej funkcji.

20. Odwołujący nie neguje przy tym możliwości zmiany osoby wskazanej w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jednakże czym innym jest oświadczenie składane w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które to zgodnie z przepisami Pzp może podlegać uzupełnieniu, a czym innym oświadczenie stanowiące ofertę, w którym to wykonawca deklaruje realizację zamówienia za skonkretyzowaną cenę przy udziale imiennie wskazanych osób z przypisanym im unikalnym doświadczeniem. Na bazie tych informacji Zamawiający dokonuje oceny, zgodnie z kryteriami oceny ofert, a wykonawca ponosi odpowiedzialność i ryzyko za treść złożonej oferty na etapie postępowania przetargowego.

21. W niniejszej sprawie, o ile dopuszczalne było uwzględnienie kwalifikacji kolejnej, osoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (warunku podmiotowego), to brak jest podstaw do uznania wykazu doświadczenia tej osoby w celu przyznania określonej liczby punktów z tytułu kryterium oceny ofert, jednocześnie pozostawienie aktualnej punktacji bez zmian jest niezasadne, gdyż pierwotnie wskazana osoba nie będzie skierowana do realizacji zamówienia, a przez to nie dojdzie do zawarcia umowy, na podstawie oferty pierwotnie złożonej, (podobnie wyrok KIO z 18 maja 2017 r., sygn. akt. KIO 884/17).

22. Wykonawca Zaberd niezasadnie stoi na stanowisku, że dokonana modyfikacja nie stanowi zmiany treści oferty, gdyż pomija fakt, że zgodnie z formularzem „*Kryteria pozacenowe*” pan R. M. miał być wyznaczony do pełnienia danej funkcji w ramach realizacji zamówienia, co miało gwarantować określoną jakość oferty i realizacji zamówienia.

23. Po drugie w treści samej oferty wykonawca Zaberd zobowiązał się do: „(...) *zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ...*”, czyli tym samym także do zawarcia umowy zgodnej z formularzem dot. kryteriów pozacenowych, a tym samym do skierowania do realizacji umowy osób o określonych kwalifikacjach. Tymczasem działanie wykonawcy mające charakter wyjaśnień, w istocie doprowadziło do zmiany świadczenia oferowanego Zamawiającemu przez wykonawcę Zaberd, co Krajowa Izba Odwoławcza ocenia jako działanie niedopuszczalne, (por. wyrok KIO z 25.05.2021 r., KIO 1088/21, LEX nr 3230639.)

24. Ponadto, za stanowiskiem dot. niedopuszczalności działania Zamawiającego i Zaberd przemawia samo uzasadnienie stosowania kryteriów jakościowych, które mają zagwarantować, że sama realizacja zamówienia będzie odbywała się na zaproponowanych przez wykonawcę warunkach, co ma zapewnić odpowiednią jakość, deklarowaną w ofercie.

25. W świetle zaistniałych okoliczności, Zamawiający powinien uwzględnić fakt, że osoba (R. M.), nie jest w dyspozycji wykonawcy Zaberd i zakwalifikować działanie wykonawcy Zaberd, w postaci zamiany wskazanej osoby na Krzysztofa Karpińskiego, jako sprzeczne z dyspozycją art. 223 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji odrzucić złożoną ofertę jako niezgodną z przepisami ustawy Pzp, które zabraniają modyfikacji treści oferty lub odrzucić ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia, gdyż Zamawiający w rozdziale 21. SWS wskazał, że: „(...) *Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany.*”

26. Ewentualnie, gdyby uznać, że odrzucenie oferty jest zbyt daleko idącą konsekwencją dla wykonawcy, który złożył ofertę w Postępowaniu, to Zamawiający powinien przyznać, wykonawcy Zaberd, w ramach kwestionowanego kryterium 0 punktów, gdyż Zamawiający nie może pomijać okoliczności, które zostały ujawnione na etapie badania i oceny ofert, z których wynika, że wykonawca nie dysponuje osobą, którą wskazał w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium pozacenowego. Działanie odwrotne uprawniałoby Zamawiających do przyznawania punktów za świadczenia, których dany wykonawca nie jest w stanie realnie zaoferować.

Odwołujący wskazał, że uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów niniejszego odwołania, stosowanie do art. 186 ust. 2 Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady Postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 2 lit, b

Pzp nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KTO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Zamawiający w dniu 30.12.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.01.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ZABERD Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ZABERD Sp. z o.o.

W dniu 10.01.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowieź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ocenie Zamawiającego w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania zarzuty odwołania dotyczące czynności Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Otwarcie ofert miało miejsce dnia 16.09.2022 r. Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosi: 121 329 053,91 PLN, w tym: dla zamówienia podstawowego: 86 663 609,94 PLN oraz dla zamówienia objętego prawem opcji: 34 665 443,97 PLN.

Złożono 6 ofert:

Lp.	Wykonawca	Cena brutto (po poprawieniu omyłki)	Opcja (po poprawieniu omyłki)	Zaoferowana cena brutto + OPCJA
1	MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. ul. Opolska 110, 31-323 Kraków	110 921 955,03	44 368 782,02	155 290 737,06
2	KONSORCJUM FIRM: 1. H. SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K. 42-283 Boronów, ul. Częstochowska 14 2. ABRAMSS SP. Z O.O.	97 516 821,65	39 006 728,66	136 523 550,31

3	KONSORCJUM FIRM: 1. PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO-MOSTOWYCH SP. Z O.O. ul. Południowa 17/19; 97-300 Piotrków Trybunalski 2. „PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO- USŁUGOWE LARTY” SP. Z O.O. Konsorcjum Firm	96 702 085,32	38 680 834,12	135 382 919,44
4	1. SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. 87-800 Włocławek ul. Komunalna 7 2. USŁUGI TRANSPORTOWO DROGOWO MOSTOWE J. O. ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm	85 414 382,88	34 165 753,16	119 580 136,04
5	ZABERD Sp. z o.o. ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław	83 781 086,04	33 512 434,42	117 293 520,46
6	KONSORCJUM FIRM: 1. BUDIA-STANDARD SP. z o.o. ul. Lwowska 31 lok. 101, Oleśnica 2. BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k. Łubowo 25a, 62-260 Łubowo	97 741 556,84	39 096 622,74	136 8 179,58

Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający stosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (tj. tzw. procedurę odwróconą). W pierwszej kolejności Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, a następnie dokonał kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Badaniu w kryteriach oceny ofert poddano wszystkie oferty.

W postępowaniu przewidziano następujące kryteria oceny ofert:

Cena (C)	- 60 % = 60 pkt
Emisja spalin (E)	- 30 % = 30 pkt
Kwalifikacje zawodowe personelu (K)	- 10 % = 10 pkt

Odwołanie skupia się na kryterium pozacenenowym „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K).

Zgodnie z treścią pkt. 21.1.1.1 ppkt 2 SWZ:

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

- osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz
- osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg,

W tym kryterium, można uzyskać maksymalnie 10 punktów, stanowiących sumę punktów uzyskanych w ramach podkryteriów:

a. *Podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg”. W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 40 km dróg klasy min GP zdobyte na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na*

bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wykazane zadania były realizowane równoległe w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane.

Sposób przyznawania punktów określa poniższa tabela:

Liczba sezonów doświadczenia	
2 lata doświadczenia (24 miesiące)	0
3 lata doświadczenia (36 miesięcy)	2
4 lata doświadczenia (48 miesięcy)	4
5 lat doświadczenia (60 miesięcy)	6

b. Podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg”

W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg przy koordynowaniu/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 20 km dróg klasy min GP zdobyte na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu. W przypadku gdy wykazane zadania były realizowane równoległe w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane.

Sposób przyznawania punktów określa poniższa tabela:

Liczba sezonów doświadczenia	Liczba punktów
1 rok doświadczenia (12 miesięcy)	0
2 lata doświadczenia (24 miesiące)	1
3 lata doświadczenia (36 miesięcy)	2
4 lata doświadczenia (48 miesięcy)	3
5 lat doświadczenia (60 miesięcy)	4

Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” lub niewypełnienie go w pozycji „Kwalifikacje zawodowe personelu” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w tym kryterium.

W kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” ocenie będą podlegać jedynie informacje o doświadczeniu wykazane na Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą.

Przepis art. 223 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany. Zamawiający nie dopuszcza jednoczesnego wskazania tej samej osoby zarówno na

funkcję Kierownika ds. Utrzymania Dróg jak i na funkcję Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

Ww treści pkt. 21.1.1. SWZ wskazano, że „W ramach kryteriów pozacenowych punkty zostaną przyznane na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.). Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest podpisanie dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w ramach kryteriów pozacenowych”.

Po dokonaniu kwalifikacji ofert wszyscy wykonawcy otrzymali maksymalną ilość punktów za ww. kryterium. Najwyżej uplasowała się oferta Przystępującego (dalej także jako ZABERD sp. z o.o.). Pismem z 15.11.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZABERD sp. z o.o. do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca ZABERD sp. z o.o. złożył podmiotowe środki dowodowe dnia 28.11.2022 r. wraz z wykazem osób oraz pismem informującym m.in.: „zgodnie z tym wezwaniem składamy również aktualny wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. - który składamy zgodnie z Formularzem 3.6. Wykaz osób, zawartym w Tom I IDW Rozdział 3 SWZ (...)” „(...) w ofercie do pełnienie funkcji zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg Wykonawca wskazał osobę Pana R. M., który w chwili składania ofert spełniał wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu, odpowiadał wymaganiom w zakresie pozacenowych kryteriów oceny oraz był zatrudniony przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, co w sposób bezsprzeczny potwierdza, iż Wykonawca był uprawniony do wskazania dysponowania w/w osobą.

- w przedkładanym obecnie wykazie do pełnienie funkcji zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg Wykonawca proponuje Pana K. K., który w chwili składania ofert spełniał wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu, odpowiadał wymaganiom w zakresie pozacenowych kryteriów oceny oraz był zatrudniony przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, co w sposób bezsprzeczny potwierdza, iż Wykonawca był uprawniony do wskazania dysponowania w/w osobą.(...)”

Wykonawca w ofercie do pełnienia funkcji zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg wskazał R. M. i wyjaśnił, że chwili składania ofert spełniał on wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu, odpowiadał wymaganiom w zakresie pozacenowych kryteriów oceny oraz był zatrudniony przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę. W

przedkładanym na wezwanie Zamawiającego z 15.11.2022 r. aktualnym na dzień złożenia wykazie osób, do pełnienia funkcji zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg Wykonawca wskazał K. K. i wyjaśnił, że w chwili składania ofert spełniał on wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu, odpowiadał wymaganiom w zakresie pozacenowych kryteriów oceny oraz był (i pozostaje) zatrudniony przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę. Wykonawca wyjaśnił również, że rozwiązanie umowy o pracę zawartej z R. M. nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z treścią § 13 ust. 1 projektowanych postanowień umowy stanowiącego część SWZ: „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić wykonanie i kierowanie pracami objętymi Umową, przez osoby posiadające stosowne kwalifikacje zawodowe oraz spełniające wymagania określone w SWZ.”. W ust. 2 przewidziano, że: „W przypadku zaistnienia niezależnej od Wykonawcy konieczności powierzenia jakichkolwiek prac związanych z umową osobie innej, niż wskazana w złożonym przez Wykonawcę; w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia „Wykazie osób” i Kryterium „Kwalifikacje Zawodowe Personelu”, Wykonawca jest zobowiązany pisemnie uzasadnić zmianę i w terminie 7 dni od zaistniałej okoliczności przedstawić pisemną, propozycję nowej osoby do pisemnej akceptacji Zamawiającego. Zaproponowany kandydat winien spełniać wymagania zawarte w SWZ oraz posiadać kwalifikacje i doświadczenie takie samo lub wyższe niż osoba wcześniej zajmująca to stanowisko (dotyczy to osób, których doświadczenie podlegało ocenie w Kryterium „Kwalifikacje Zawodowe Personelu”). Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia w formie pisemnej propozycji zmiany w terminie 7 dni od dnia otrzymania tej propozycji, jeżeli zaproponowany kandydat nie spełnia ww. wymagań. W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany przedstawić kolejną propozycję na zasadach, określonych w niniejszym paragrafie”.

Z treści § 13 projektu umowy wprost wynika, że na etapie realizacji prac Zamawiający dopuszcza zmianę osoby wchodzącej w skład personelu wykonawcy na osobę spełniającą wymagania zawarte w SWZ oraz posiadającą kwalifikacje i doświadczenie takie samo lub wyższe niż osoba, której doświadczenie podlegało ocenie w Kryterium „Kwalifikacje Zawodowe Personelu”.

Mając na uwadze:

1) treść Tomu I SWZ obowiązującego w przedmiotowym postępowaniu dotyczącą warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, gdzie m.in. w pkt 21.1.1.1 ppkt 2 lit. b SWZ literalnie wskazano wyłącznie, że wykonawca w następstwie czynności złożenia wyjaśnień nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany, ale nie wyłączono możliwości zmiany osoby wskazanej przez wykonawcę w Formularzu;

2) okoliczność, że R. M. został wskazany przez wykonawcę ZABERD sp. z o.o. na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i na potrzeby kryteriów pozacenowych;

3) wyjaśnienia wykonawcy ZABERD sp. z o.o. zawarte w piśmie z dnia 28.11.2022 r. potwierdzające, że zmiana osoby (uaktualnienie dokumentów) dokonana przez wykonawcę wynika z okoliczności od niego niezależnych (rozwiązanie umowy o pracę zawartej z R. M.) oraz, że kwalifikacje i doświadczenie K. K. (którego wykonawca zatrudnił już w dniu składania ofert) są takie same lub wyższe niż R. M. ;

4) treść §13 ust. 2 projektowanych postanowień umowy przewidującą możliwość zmiany osoby wchodzącej w skład personelu wykonawcy na osobę spełniającą wymagania zawarte w SWZ oraz posiadającą kwalifikacje i doświadczenie takie samo lub wyższe niż osoba, której doświadczenie podlegało ocenie w Kryterium „Kwalifikacje Zawodowe Personelu”, w ocenie Zamawiającego zakwestionowaną przez Odwołującego zmianę osoby wskazanej przez wykonawcę ZABERD sp. z o.o. do pełnienia funkcji zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg (zakwestionowane uaktualnienie dokumentów) należy uznać za nienaruszającą przepisów ustawy Pzp i dopuszczalną.

Jednocześnie zdaniem Zamawiającego w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania na skutek ponownej kwalifikacji ofert wykonawca ZABERD sp. z o.o. nie powinien otrzymać zero punktów w ramach przedmiotowego kryterium, ponieważ wykonawca ten w ramach dopuszczalnej zmiany wskazał zgodnie z rozwiązaniem przyjętym przez Zamawiającego w projekcie umowy osobę posiadającą doświadczenie równe lub wyższe niż osoba, której doświadczenie wcześniej podlegało ocenie w Kryterium „Kwalifikacje Zawodowe Personelu” (a jednocześnie osobę którą - tak jak osobą pierwotnie wskazaną - wykonawca dysponował na dzień składania ofert). Z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przedmiotowa zmiana nie mogłaby przy tym prowadzić do przyznania wykonawcy większej liczby punktów, niż przyznane w odniesieniu do osoby wskazanej pierwotnie przez wykonawcę.

Zaznaczył, że wykonawca ZABERD sp. z o.o. byłby uprawniony do dokonania zmiany osoby wskazanej do pełnienia funkcji zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg także po zawarciu umowy. Stanowisko zgodne z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyroku z dnia z dnia 16.08.2022 r. (KIO 1970/22), gdzie wskazano: „Ponadto, w przypadku oferty Odwołującego wskazanie nowej osoby w żaden sposób nie poprawiłoby pozycji oferty, gdyż w oparciu o doświadczenie kierownika, jakim wykonawca dysponował składając ofertę, mógł uzyskać maksymalną liczbę punktów. Tym samym zastąpienie osobą z podobnym doświadczeniem nie może poprawić sytuacji wykonawcy, może natomiast spowodować, iż ostatecznie otrzyma tyle samo lub mniej punktów. Nie ma zatem podstawy do twierdzenia, iż zmiana oświadczenia (do jakiej prowadziłoby uzupełnienie dokumentów), naruszałaby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co

w orzecznictwie jest identyfikowane, jako zmiana pozwalająca poprawić pozycję w rankingu ofert. Należy zaznaczyć, iż uzupełnienie dokumentów, które utraciły swoją aktualność, w sytuacji gdy stanowią podstawę do oceny oferty również w kryterium nie może być spowodowane do próby poprawienia swojej oferty. Nie oznacza to jednak, iż żadna zmiana nie może nastąpić w takiej sytuacji. Podobnie jak przy kryterium ceny, w sytuacji gdy przepisy Ustawy nakładają na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty (również z konsekwencją rachunkową dla ceny), w sytuacji dokumentów podmiotowych może to prowadzić do potrzeby uaktualnienia danych. W niniejszej sprawie, uaktualnione miałyby zostać dane personalne osoby, którą wykonawca może zastąpić z uwagi na zmianę sytuacji życiowej pierwotnie wskazanej w ofercie osoby i co istotne nie będzie to musiało prowadzić do zmiany oceny oferty w kryterium".

W dniu 12.01.2023 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

ODRZUCENIE ODWOŁANIA – WADLIWOŚĆ PEŁNOMOCNICTWA

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż odwołanie winno zostać odrzucone jako wniesione przez podmiot nieuprawniony na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp. Izba wezwała bowiem pełnomocnika Odwołującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, albowiem stwierdziła, iż na złożonym dokumencie nie widnieją podpisy osób uprawnionych do jego udzielenia. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, iż dokument pełnomocnictwa został przez niego poświadczony za zgodność z oryginałem. Zgodnie natomiast z orzecznictwem KIO: „jak natomiast wynika z przepisu § 5 ust. 14 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1261), jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Z powyższych przepisów wynika, że możliwość złożenia elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia dotyczy wyłącznie dokumentów i oświadczeń, które nie zostały sporządzone w postaci elektronicznej. Chodzi zatem o oświadczenia i dokumenty sporządzone w postaci papierowej. W przypadku dokumentu w postaci elektronicznej nie sporządza się elektronicznej kopii dokumentu, skoro taki dokument już jest sporządzony w postaci elektronicznej. Sporządzenie elektronicznej kopii dokumentu ma na celu umożliwienie złożenia drogą elektroniczną dokumentu sporządzonego uprzednio w postaci papierowej. Jeżeli zatem dokument został sporządzony

w postaci i formie elektronicznej, tak jak to miało miejsce w przypadku ww. zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego Poznań – Jerzyce, to w takiej właśnie postaci i formie dokument ten należało złożyć zamawiającemu. Jest to oryginał w postaci dokumentu elektronicznego, o którym mowa w ww. przepisie § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Sporządzenie skanu wydruku takiego dokumentu i opatrzenie go przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym uniemożliwia zamawiającemu dokonanie weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego przez wystawcę dokumentu. Poświadczenie za zgodność z oryginałem nie obejmuje poświadczenia, że podpis elektroniczny został złożony w sposób prawidłowy. Odmienna sytuacja występuje w przypadku dokumentu sporządzonego w formie pisemnej – postaci papierowej, gdyż na kopii takiego dokumentu widnieje odwzorowanie złożonego przez jego wystawcę własnoręcznego podpisu” (Sygn. akt: KIO 882/21 WYROK \z dnia 16 kwietnia 2021 r.) Tym samym pełnomocnictwo udzielone Pani H. K. powinno zostać złożone w formie dokumentu elektronicznego. Mimo uzupełnienia dokumentu nie sposób natomiast uznać – zgodnie z literalnym brzmieniem dokumenty pełnomocnictwa udzielonego Pani H. K., że zgodnie z w/w pełnomocnictwem była ona uprawniona do reprezentowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z treści w/w dokumentu wynika bowiem, że jest ona uprawniona do reprezentowania Saferoad Grawil sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, nie zaś do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie.

Treść pełnomocnictwa jednoznacznie wskazuje: udzielamy pełnomocnictwa: H. K. do reprezentowania Mocodawcy (Saferoad Grawil spółka z o.o.) we wszelkich czynnościach związanych z ogłoszonym przez Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad 00-874 Warszawa ul. Wronia 53, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach 40-017 Katowice ul. Myśliwska 5 zwany dalej „Zamawiającym”, przetargiem nieograniczonym na „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach, Rejon w Lublińcu”. Nr postępowania O/KA.D-3.2421.32.2022.

Z dokumentu niniejszego nie wynika, iż Pani H. K. jest pełnomocnikiem wykonawców występujących wspólnie. Z pełnomocnictwa Konsorcjalnego wynika, iż J. O. ustanowił Saferoad Grawil do reprezentowania go w postępowaniu. Powyższe nie wynika natomiast z treści pełnomocnictwa udzielonego Pani H. K. . Czynność udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie ma tak doniosły charakter, że zakres umocowania pełnomocnika nie sposób domniemywać z istoty czynności. Zakres umocowania musi być wskazany jednoznacznie. Zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-04-05, KIO 516/19: „Pełnomocnictwo nie podlega zatem uzupełnieniu wówczas, gdy dokument pełnomocnictwa został załączony do odwołania, ale nie potwierdza umocowania do reprezentowania

odwołującego. Prawdliwość umocowania danej osoby (podmiotu) do wniesienia odwołania podlega badaniu przez Izbę w toku posiedzenia niejawnego w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających. Stwierdzenie przez Izbę, iż z treści pełnomocnictwa załączonego do odwołania nie wynika, że podmiot, który wniósł odwołanie jest prawidłowo umocowany przez stronę, stanowi przesłankę do odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp). Powyższą tezę potwierdził Sąd Okręgowy w Łodzi, X Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 4 czerwca 2012 roku, sygn. akt X Ga 216/12. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 58 ustawy Pzp wskazuje, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnikiem został ustanowiony Lider Konsorcjum. Zakresu umocowania pełnomocnika dalszego w osobie Pani H. K. nie sposób natomiast wywieść ani z treści pełnomocnictwa ani z żadnego z przepisów. Tym samym niezależnie od treści pełnomocnictwa udzielonego na potrzeby postępowania odwoławczego – nie może ono zostać uznane za prawidłowe, co czyni odwołanie wniesionym przez podmiot nieuprawniony.

Pani H. K. była bowiem upoważniona wyłącznie do reprezentowania Saferoad Grawil sp. z o.o., nie zaś do reprezentowania obu Konsorcjantów.

ZARZUT ZANIECHANIA ODRZUCENIA OFERTY

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zaberd, pomimo że wykonawca dokonał zmiany oferty poprzez zmianę osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg z osoby R. M. na K. K., co stanowiło nieuprawnioną zmianę treści oferty, a także było niezgodne z postanowieniami rozdziału 21. Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdzie Zamawiający wykluczył dokonywanie zmian w zakresie formularza „Kryteria Pozacenowe”

Mając na uwadze dyspozycję:

- art. 226 ust. 1 pkt 3), zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, która jest niezgodna z przepisami ustawy; a także:
- art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Nie sposób w uznać, iż Zamawiający miałby jakiegokolwiek podstawy dla odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Jest bowiem oczywiste, że Przystępujący złożył ofertę w pełni zgodną z warunkami zamówienia i przepisami ustawy, zaś próba wywiedzenia

z zakresu złożonych na wezwanie dokumentów podmiotowych, że wskazanie w ramach zasobów kadrowych nowego kierownika budowy skutkuje (wstecznie !!!) niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia czy też jej niezgodnością z ustawą obarczone jest błędem logicznym. Skoro bowiem Odwołujący sam twierdzi, iż zmiana treści oferty jest niedopuszczalna – to jest też oczywistym, że nie wywołuje ona skutku dla treści oferty, a zatem nie może wywołać skutku w postaci niezgodności złożonej wcześniej oferty z warunkami zamówienia, co czyni żądanie bezzasadnym.

Przyjmując natomiast konsekwencje dla treści umowy tj. dokonanie zmiany w stosunku do treści oferty w zakresie, który został w umowie przewidziany, nie wpływa w żaden sposób na punktację uzyskaną przez ofertę w ramach kryteriów, ani na wynik postępowania – niewątpliwym jest, że zamówienie zostanie wykonane zgodnie z treścią zobowiązania wykonawcy wynikającego z treści oferty. Przystępujący bowiem składając swoje oświadczenie woli w postaci oferty zaakceptował też warunki zmian personelu wynikające z treści samej umowy. Akceptacja zobowiązań umownych jest istotnym elementem oświadczenia woli jakim jest oferta. Tym samym Przystępujący nie tylko złożył ofertę zgodną z wymaganiami SWZ, ale również będzie realizował zamówienie zgodnie z treścią złożonego przez siebie oświadczenia woli tj. na warunkach wynikających z treści samych formularzy składanych wraz z ofertą oraz wzoru umowy. Wobec powyższego ani zarzut niezgodności z ustawą, ani zarzut niezgodności z wymaganiami SWZ nie znajduje uzasadnienia.

ZARZUT ZMIANY INFORMACJI ZAWARTYCH W FORMULARZU: „KRYTERIA POZACENOWE”

Po pierwsze zarzut powyższy nie znajduje poparcia w faktach, ani w kolejności czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Zamawiający dokonał bowiem oceny oferty według stanu na dzień jej złożenia. Według tego stanu Przystępujący dysponował bezpośrednio w postaci zatrudnienia w ramach stosunku pracy osobą Pana M. .

Jest oczywistym, że Zamawiający obowiązany był dokonać oceny ofert według informacji złożonych wraz z ofertą i dopiero wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (Przystępujący) wzywany był do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

O ile sama treść oferty oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty, o tyle podmiotowe środki dowodowe według stanu na dzień złożenia dokumentów.

Formalnie zatem ustawodawca przyjął dwa różne momenty oceny, które pozostają wiążące.

W sytuacji zatem, gdy Zamawiający dokonał oceny oferty według stanu na dzień złożenia (16.09.2022) i przypisał odpowiednią punktację Przystępującemu, dokonanie – 2

miesiące po upływie terminu składania ofert oceny podmiotowych środków dowodowych (ocenianych na dzień ich złożenia tj. 28.11.2022.) w odniesieniu do zasobów kadrowych mogło zostać dokonane przez Zamawiającego wyłącznie z perspektywy oceny dopuszczalności zmiany personelu zarówno w odniesieniu do zasad składania podmiotowych środków dowodowych (możliwości tej Odwołujący nie kwestionuje), jak i w odniesieniu do dopuszczalności zmian kadrowych w stosunku do treści oferty (zmiany te zostały przewidziane w samych postanowieniach wzoru umowy.

Zamawiający dokonał weryfikacji zmienionego personelu uwzględniając zdefiniowane przez siebie w postępowaniu zasady, a zatem zarówno okoliczności leżące u podłoża zmiany, dopuszczalność przewidzianą w umowie, jak również wpływ na potencjalną zmianę punktacji. Weryfikacja ta spowodowała, że Zamawiający obowiązany był pozytywnie zweryfikować podmiotowe środki dowodowe.

Zamawiający nie dokonał natomiast zmian formularza, jak twierdzi Odwołujący. Twierdzenie powyższe nie wynika z żadnej podjętej przez Zamawiającego czynności.

Zamawiający dokonał zgodnie z postanowieniami SWZ oceny oferty Przystępującego według stanu na dzień złożenia formularza, albowiem według takiego stanu oceniana jest oferta (na dzień złożenia oferty tj. 16.09.2022).

Oceny podmiotowych środków dowodowych Zamawiający dokonał natomiast według stanu na dzień ich złożenia (28.11.2022) i wyłącznie z tej perspektywy miał obowiązek ocenić dopuszczalność zmiany personelu.

Kwestia momentu złożenia oświadczenia woli, które podlega ocenie z perspektywy samej oferty i momentu oceny podmiotowych środków dowodowych nie budzi wątpliwości, albowiem wynika z literalnego brzmienia przepisu. Kwestia ta jest również zauważana w orzecznictwie. M.in. w sprawie Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-03-18, KIO 399/19 KIO potwierdza prawidłowość czynności Zamawiającego oceny formularza ofertowego wraz z treścią informacji o zasobach kadrowych według stanu na dzień złożenia oferty, jednocześnie zauważając, iż w takiej sytuacji: „nie oceniał Zamawiający w przypadku tego wykonawcy wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem postępowanie prowadzone jest w procedurze z art. 24aa ustawy. Tym samym nie zaistniały w postępowaniu żadne sprzeczności w podejmowanych przez Zamawiającego czynnościach. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z

podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych”.

Zamawiający w ramach stosowanej procedury najpierw ocenia ofertę w ramach zastosowanych kryteriów i dopiero po tej ocenie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wynika to bezpośrednio z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp: „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”.

Co więcej wskazanie nowej osoby o tych samych kwalifikacjach i doświadczeniu nie miało żadnego znaczenia dla punktacji, co potwierdza, iż Zamawiający – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie naruszył ustanowionych przez siebie reguł.

Odnosząc się natomiast do powodów zmiany personelu i niezależnych od Przystępującego okoliczności należy wskazać, iż twierdzenia jakoby obowiązkiem wykonawcy było zapewnienie pracownikowi takich warunków zatrudnienia, żeby pozostawał on w dyspozycji wykonawcy – wydaje się w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego wyjątkowo nietrafione. Otóż Pan R. M. jest mieszkańcem Małopolski. Przystępujący realizował kontrakt utrzymaniowy na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie. W chwili obecnej kontrakt na rzecz Oddziału Kraków realizowany jest przez Konsorcjum firm Eurovia Polska sp. z o.o. i Saferoad Grawil sp. z o.o., a zatem przez konsorcjum, w skład którego wchodzi lider niniejszego konsorcjum. I to właśnie w związku z zatrudnieniem przy w/w kontrakcie Pan R. M. zrezygnował z pracy u Przystępującego.

Faktycznie zatem zasoby kadrowe Przystępującego zostały przejęte w tym zakresie właśnie przez Konsorcjum z udziałem Saferoad. Czynienie w związku z powyższym zarzutów Przystępującemu, że nie stworzył on Panu M. odpowiednich warunków pracy wydaje się co najmniej nieetyczne.

Słusznie zauważa Zamawiający, iż nawet oceniając zmianę personelu z perspektywy formularza złożonego wraz z ofertą i ustanowionych przez Zamawiającego zasad – niemożliwe były zmiany polegające na wskazywaniu dodatkowych zadań (w tym przypadku lat pracy), co wpłynęłoby na możliwość pozyskiwania w ramach wyjaśnień treści oferty dodatkowej punktacji. Do takiej sytuacji natomiast nie doszło, ani w istocie, ani co do skutku. Nie sposób pominąć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które ma tak sformalizowany charakter faktu, że nie doszło w ogóle do zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Czynności Zamawiającego nie odnosiły się do wyjaśnień treści oferty lecz do oceny podmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący – dołożył zatem wszelkiej staranności, aby Zamawiający mógł obiektywnie dokonać oceny zarówno samej oferty, jak i zasobów jakie będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a także z perspektywy wpływu zmiany na punktację. Podjęte

przez Przystępującego działania pokazują, że punktacja zarówno według treści oferty, jak i według treści uzupełnionych dokumentów jest dokładnie taka sama.

W analogicznym stanie faktycznym w wyroku z dnia 16 sierpnia 2022 r. w sprawie KIO 1020/22 KIO stwierdziła: *„Ponadto, w przypadku oferty Odwołującego wskazanie nowej osoby w żaden sposób nie poprawiłoby pozycji oferty, gdyż w oparciu o doświadczenie kierownika, jakim wykonawca dysponował składając ofertę, mógł uzyskać maksymalną liczbę punktów. Tym samym zastąpienie osobą z podobnym doświadczeniem nie może poprawić sytuacji wykonawcy, może natomiast spowodować, iż ostatecznie otrzyma tyle samo lub mniej punktów. Nie ma zatem podstawy do twierdzenia, iż zmiana oświadczenie (do jakiej prowadziłoby uzupełnienie dokumentów), naruszałaby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co w orzecznictwie jest identyfikowane, jako zmiana pozwalająca poprawić pozycję w rankingu ofert. Należy zaznaczyć, iż uzupełnienie dokumentów, które utraciły swoją aktualność, w sytuacji gdy stanowią odstępę do oceny oferty również w kryterium nie może być sprowadzone do próby poprawienia swojej oferty. Nie oznacza to jednak, iż żadna zmiana nie może nastąpić w takiej sytuacji. Podobnie jak przy kryterium ceny, w sytuacji gdy przepisy Ustawy nakładają na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty (również z konsekwencją rachunkową dla ceny), w sytuacji dokumentów podmiotowych może to prowadzić do potrzeby uaktualnienia danych. W niniejszej sprawie, uaktualnione miałyby zostać dane personalne osoby, którą wykonawca może zastąpić z uwagi na zmianę sytuacji życiowej pierwotnie wskazanej w ofercie osoby i co istotne nie będzie to musiało prowadzić do zmiany oceny oferty w kryterium. Wykonawca zapowiadał bowiem, iż może wskazać inną osobę z takim samym doświadczeniem”.*

Tym samym Zamawiający dokonał czynności w sposób w pełni zgodny z ustawą Pzp, jej podstawowymi zasadami. Zamawiający nie mógłby odrzucić oferty zgodnie z żądaniem Odwołującego, ani odmówić przypisania Przystępującemu punktacji wynikającej z informacji złożonych wraz z ofertą, albowiem ocena oferty następuje według stanu na dzień złożenia, a w tym dniu Pan M był pracownikiem Przystępującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Od-

wołujący którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert w wypadku potwierdzenie się zarzutów miał szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba oddalił wnioski o odrzucenie odwołania zawarty w piśmie procesowym Przystępującego wskazany szczegółów powyżej w części historycznej, a poparty na posiedzeniu przez Zamawiającego. Należy wskazać w tym zakresie, że pełnomocnictwo konsorcjalne zawiera zapis, że lider będzie reprezentował Konsorcjum przez osoby upoważnione do jego reprezentacji lub przez osoby posiadające jego stosowne pełnomocnictwo. Dodatkowo, pełnomocnictwo konsorcjalne zostało udzielone przez p. J. O. na rzecz lidera Konsorcjum, którego reprezentuje na mocy pełnomocnictwa 25.08.2022 r. p. H. K. (czyli przez osobę posiadającą jego, czyli lidera stosowne pełnomocnictwo), pełnomocnictwa te są pełnomocnictwami do postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego. Nadto, treść pełnomocnictwa winna być interpretowana zgodnie z dyspozycją art. 65 KC zgodnie z regułami wykładni woli w ramach których zostało złożone niniejsze pełnomocnictwo, a do odwołania załączono ciąg pełnomocnictw na mocy których można zweryfikować istniejące umocowania wszystkich osób. Jednocześnie, Izba wskazuje, gdyż także było to kwestionowane w piśmie procesowym Przystępującego, że na wezwanie KIO uzupełnił Odwołujący pełnomocnictwa w wersji elektronicznej w ramach, której status podpisów elektronicznych wszystkich pełnomocnictw został zweryfikowany i uznany za prawidłowy.

Dodatkowo, Izba uznała skuteczność zgłoszonego przystąpienia ZABERD Sp. z o.o., oddając zastrzeżenia zgłoszone w tym zakresie przez Odwołującego na posiedzeniu. Odwołujący złożył niniejszy wniosek gdyż zgodnie z jego kopią przystąpienia, którą przedłożył na posiedzeniu podpis elektroniczny złożony pod dokumentem ma status podpisu nieprawidłowego. Izba ustaliła co było podstawą oddalenia wniosku, iż do KIO wpłynęło przystąpienie ze zweryfikowanym podpisem elektronicznym prawidłowym. Nadto, Przystępujący okazał i złożył na posiedzeniu dokument przystąpienia wraz z podpisem, który jest określony jako prawidłowy. Ponadto, Zamawiający okazał na posiedzeniu swoją kopię elektroniczną zgłoszonego przystąpienia wraz z weryfikacją podpisu, która jest ze statusem prawidłowym.

W poczet materiału dowodowego zostały zaliczone: kopia przystąpienia Odwołującego oraz egzemplarz przystąpienia Przystępującego złożone na poczet wniosku o nieuznanie skuteczności przystąpienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, formularza „Kryterium Pozacenowe”, oferty Przystępującego wraz z wypełnionym formularzem „Kryteria Pozacenowe” z 15.09.2022 r., pisma z 15.11.2022 r., tj. wezwania Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia wykaz osób, pisma informującego

Przystępującego z 28.11.2022 r. oraz wykazu osób złożonych w odpowiedzi na to wezwanie, wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień z 08.12.2022 r. w zakresie złożonego wykazu osób, wyjaśnień Przystępującego z 16.12.2022 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 21.12.2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Przystępującego na okoliczność zatrudnienia na umowę pracę osoby pierwotnie wskazanej w formularzu „Kryterium pozacenowym” w dacie składnia ofert oraz nowej osoby, która legitymuje się takim samym doświadczeniem:

- Kopię umów o pracę oraz dokumentów poświadczających zatrudnienia p. R. M. oraz p. K. K. .

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu 3.

Odwolujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp poprzez uznanie za dopuszczalną zmianę w zakresie informacji zawartych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą, polegającą na zamianie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg z osoby R. M. na K. K.,

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zaberd, pomimo że wykonawca dokonał zmiany oferty poprzez zamianę osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg z osoby R. M. na K. K., co stanowiło nieuprawnioną zmianę treści oferty, a także było niezgodne z postanowieniami rozdziału 21. SWZ, gdzie Zamawiający wykluczył dokonywanie zmian w zakresie Formularza „Kryteria pozacenowe” ewentualnie z ostrożności procesowej:

3) art. 239 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający uwzględniając całokształt okoliczności, które ujawniły się na etapie badania i oceny oferty Zaberd, powinien przyznać wykonawcy Zaberd 0 punktów w ramach kryterium pozacenowego dot. osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, gdyż wykonawca Zaberd nie dysponuje wskazaną osobą, tym samym nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, w tym także postanowienia pkt. 21.1, 21.1.1., 21.1.1.1 ppkt 2 lit. a) i b) do SWZ i treść dołączonego do oferty formularza „Kryterium Pozacenowe” Przystępującego, pisma informującego Przystępującego z 28.11.2022 r. oraz złożonego wraz z tym pismem wykazu osób. Należy wskazać, że nie było sporu co do przedstawionego we wskazanych pismach stanu faktycznego, ale oceny czynności i zaniechań Zamawiającego, który uznał za wiążące zastąpienie osoby wskazanej w formularzu „Kryterium Pozacenowe” Przystępującego na inną osobę co nastąpiło na etapie składania podmiotowych środków dowodowych poprzez przedłożenie stosownej informacji Przystępującego z 28.11.2022 r. i wykazu osób. Uznał także że nie wpływa to na punktacje ani treść oferty Przystępującego która podlegała punktacji w ramach kryterium pozacenowym doświadczenia Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że Izba nie jest związana zakresem żądania (wniosku) wskazanego w odwołaniu, ale zakresem zarzutu zawartego w odwołaniu.

W następnej kolejności, podnosząc, że odniesie się do wszystkich trzech zarzutów łącznie, z uwagi na ich charakter, uznając za potwierdzony i podlegający uwzględnieniu zarzut trzeci.

Odnosząc się do dwóch pierwszych zarzutów, to podlegają one oddaleniu. Zasadnie bowiem wskazywał Przystępujący, że brak jest co do zasady podstaw co odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, jako niezgodnej z przepisami PZP, czy też niezgodnej z warunkami zamówienia. Należy bowiem uznać, że Przystępujący formalnie nie zmienił treści oferty, choć swoim działaniem de facto podjął taką próbę.

Jednakże należy zauważyć, że Zamawiający uczynił doświadczenie Z-cy Dyrektora ds. Utrzymanie Dróg elementem ocenianym na podstawie kryteriów oceny ofert – kryterium pozacenowego i wskazywanym w ofercie w treści formularza „Kryterium Pozacenowe”. W konsekwencji, nie jest ten formularz uzupełnianym i podlega tylko wyjaśnieniu o tyle o ile nie skutkuje takie wyjaśnienie jego uzupełnieniem, czy też zmianą. W przeciwnym razie nastąpiłaby zmiana jakby nie patrzeć treści oferty w zakresie tego formularza. Zaistniałe okoliczności skutkują przy tym, tj. sytuacja, gdy Przystępujący nie dysponuje wskazaną pierwotnie osobą, tym samym, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą. W związku z powyższym przyznanie przez Zamawiającego Przystępującemu 10 pkt w kryte-

rium pozacenowym doświadczenie Z-cy Dyrektora Kierownika ds. Utrzymania Dróg nastąpiło z naruszeniem art. 239 ust.1 w związku z art. 16 i 17 ust.2 PZP. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na przyznaniu Przystępującemu 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert o charakterze pozacenowym.

Niniejsze jest konsekwencją, tego, że pierwotna ocena w przedmiotowym kryterium zdezaktualizowała się wobec niemożności jej powołania i przedstawienia faktycznej informacji o zastąpieniu osoby pierwotnej nową w ramach podmiotowych środków dowodowych, a posłużenie się złożonym wykazem osób jest niemożliwe wobec braku możliwości i podstaw dokonania w tym zakresie zmiany treści oferty w formularzu „Kryterium Pozacenowe”.

Izba rozumiejąc okoliczności, które doprowadziły do utraty pierwotnie wskazanej osoby, nie może zaakceptować stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że i tak umowa dopuszcza zmianę w tym zakresie po podpisaniu umowy. Izba uważa bowiem, że doszłoby do zawarcia umowy nie na podstawie oferty pierwotnie złożonej, co jest istotne dotyczy to kryterium oceny ofert – kryterium pozacenowego, które podlegało punktacji, a wskazana osoba nie będzie skierowana do realizacji umowy.

Nadto, należy zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że przyjęcie argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, rodzi daleko idące niebezpieczeństwo manipulacji punktacją. Okoliczność, że nowa osoba w tej sprawie ma takie samo doświadczenie i punktacja nie uległaby zmianie nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie. „Podmienienie” rodzi zbyt daleko idące skutki i nie można patrzeć na to tylko i wyłącznie w sposób kazuistyczny w kontekście tylko tej sprawy.

Irrelevantna jest także okoliczność, że działania miało miejsce na etapie składania podmiotowych środków dowodowych i nie należy na to patrzeć w oderwaniu od formularza „Kryterium Pozacenowego”, czyli uznać, że ocena już się zakończyła i miała miejsce na moment składania ofert. Niedopuszczalne byłoby ignorowanie faktu, że Przystępujący nie dysponuje tą wskazaną w formularzu i punktowaną osobą i pozostawienie punktacji bez zmian.

Zamawiający wskazywał, że był tutaj styk kryteriów pozacenowych z warunkami udziału w postępowaniu i nie było oddzielnych formularzy. Wskazywał także, że nie było postanowień w SWZ zastrzeżenia, iż punktacja podlega jedna osoba wskazana w formularzu i wyłączona jest zmiana tej osoby. Jednakże, w ocenie Izby, nie zmienia to stanu rzeczy, gdyż jeśli mamy do czynienia z sytuacją przenikania się formularza „Kryteria Pozacenowe” oraz Wykazu osób, to uzupełnienie o wykazu osób, czy też zmiana tego wykazu osób nie może dotyczyć osób, które są wskazane w ofercie w ramach kryterium pozacenowego i były punktowane naruszałyby to art. 16 i 17 ust. 2 PZP. Stanowisko, że nową osobą ma takie doświadczenie lub wyższe nic nie zmienia, gdyż nie było jej w ofercie w pierwotnym formularzu „Kryterium Pozacenowe”. Uznanie stanowiska Przystępującego skutkuje fikcyjnością punktacji i oceny w ramach kryterium oceny ofert. Całkowita dowolność nie jest drogą, która

należałoby kroczyć zwłaszcza jeśli prowadziłyby do całkowitej relatywizacji procesu oceny złożonych ofert w oparciu o ustalone przez Zamawiającego kryteria.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że skoro niedopuszczalne jest zgodnie z art. 107 ust. 3 PZP uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami oceny ofert, to tym bardziej takie uzupełnianie nie może dotyczyć oferty w zakresie formularza „Kryteria Pozacenowe” wypaczałoby to pierwotną treść oferty w tym zakresie, tym bardziej, że dotyczy punktowanych kryteriów oceny ofert o charakterze pozacenowym.

Izba nie dopuszcza zmiany w tym zakresie przed podpisaniem umowy, gdyż co wymaga ponownie podkreślenia podlegał ten element punktacji na etapie badania i oceny ofert, a taki *de facto* powstawałby skutek, gdyby uznać argumentacje Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków, uznając że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Jednocześnie w odniesieniu do kosztów Izba dodatkowo podkreśla, że mimo uwzględnienia jednego zarzutu, ma on istotne znaczenie, gdyż skutkuje koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....