

WYROK
z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Emil Kawa
Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **L. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce 64, 36-130 Raniżów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **FB Serwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce 64, 36-130 Raniżów w części dotyczącej kryterium**

„Kwalifikacje zawodowe personelu (K) w pkt. 21.1.2.2. i nakazuje zamawiającemu:

- a) zmianę SWZ polegającą na dopuszczeniu w ramach ww. kryterium doświadczenia osób na stanowiskach o innych nazwach niż tylko Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Z-ca Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Koordynator Utrzymania Dróg ale o analogicznym zakresie obowiązków związanych z bieżącym i zimowym utrzymaniem dróg, tj. osób zgłoszonych zamawiającemu do zajmowania takiego stanowiska i przez niego na tym stanowisku zaakceptowanych;
 - b) zmianę odpowiedzi na pytanie nr 39 do SWZ, polegającą usunięciu z niej części zdania (cyt.) „lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku/ stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.”.
1. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce w części 1/2** oraz **FB Serwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa w części 1/2** i:
- 1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **L. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce 64, 36-130 Raniżów** tytułem wpisu od odwołania.
 - 1.2 zasądza od wykonawcy **Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce** na rzecz wykonawcy **L. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce 64, 36-130 Raniżów** kwotę **9 300,00 zł** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).
 - 1.3 zasądza od wykonawcy **FB Serwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** na rzecz wykonawcy **L. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **L. K. Firma**

Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce 64, 36-130 Raniszów
kwotę **9 300,00 zł** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów (dalej: „Zamawiający” lub „GDDKiA”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Catoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, Rejon w Rzeszowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 091-236015. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp.

24 czerwca 2021 r. wykonawca L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce 64, 36-130 Raniżów (dalej: „Odwołujący” lub „wykonawca FUHP”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na dokonaniu w postępowaniu nieprawidłowego opisu kryterium oceny ofert, tj. od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), wskazanych w odwołaniu w związku z odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego na pytania wykonawców.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 239 ust. 2 Pzp przez przyjęcie w postępowaniu kryterium oceny ofert odnoszącego się do „Kwalifikacji zawodowych personelu”, które nie stanowi kryterium pozwalającego na wybór oferty, która przedstawiałaby najkorzystniejszy stosunek, jakości do ceny z uwagi na to, że kryterium to przewiduje uzyskanie takiej samej ilości punktów przez osoby posiadające nieporównywalne doświadczenie zawodowe;
2. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, który nadto pozostawia nieograniczoną swobodę wyboru

najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz uniemożliwia prawidłową weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach wykonawców, przez przyjęcie, że punktacja w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia zawodowego personelu „Kwalifikacje zawodowe personelu” będzie przyznawana także osobom, które nie pełniły funkcji wskazanych w SWZ postępowania;

3. art. 16 pkt 1 Pzp, przez zmianę opisu kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z założeniami SWZ, a w konsekwencji umożliwienie oferentom wykazywania się doświadczeniem zawodowym osób, które nie pełniły funkcji wskazanych w SWZ przez Zamawiającego, tj. „Kierownika ds. Utrzymania Dróg”, „Z-cy Kierownika ds. Utrzymania dróg” lub „Koordynatora Utrzymania Dróg”, co z kolei na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć ten skutek, że oferty złożone przez wykonawców będą nieporównywalne. Wskutek zmiany SWZ, wykonawcy mogą, bowiem odmiennie ocenić swoje oferty, w zakresie wymagającym oddelegowania do wykonania zadania osób na powołane wyżej stanowisko. Taka sytuacja prowadzi z kolei do naruszenia zasady zachowania w postępowaniu uczciwej i równej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany odpowiedzi na pytanie nr 39 do SWZ, przez usunięcie z niej części zdania (cyt. :) *„lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.”*, a tym samym potwierdzenie, że punkty w „Kryterium doświadczenie zawodowe personelu” mogą uzyskać wyłącznie osoby posiadające doświadczenie na określonych stanowiskach przy realizacji kontraktów związanych z utrzymaniem dróg (tj. na stanowiskach Kierownik Utrzymania, Zastępca Kierownika Utrzymania, Koordynator Utrzymania lub na stanowisku o innej nazwie, ale analogicznym zakresie obowiązków związanych z bieżącym i zimowym utrzymaniem dróg), tj. osoby zgłoszone zamawiającemu do zajmowania takiego stanowiska i przez niego na tym stanowisku zaakceptowane;
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca FUHP podnosił m. in., że zestawienie wymogów określonych przez Zamawiającego w pkt 8.2.4.2 SWZ i pkt 21.1.2.2.

SWZ prowadziło do wniosku, że na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu osoby przewidziane do realizacji zamówienia muszą dysponować doświadczeniem zdobytym na szeroko rozumianych stanowiskach związanych z koordynacją, nadzorowaniem, czy kierowaniem pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Natomiast na potrzeby kryterium oceny ofert doświadczenie musi być zdobyte na stanowiskach o określonych przez Zamawiającego nazwach – stanowiskach wyszczególnionych na kontrakcie realizowanym przez wykonawcę, których obsadzenie określonymi osobami wymaga akceptacji zamawiającego zlecającego realizację danej usługi. Odwołujący dodawał, że GDDKiA w zasadzie w każdym kontrakcie obejmującym utrzymanie dróg nakazuje ustanowienie zespołu ds. utrzymania dróg (nawet, jeśli nie posługuje się dokładnie tym określeniem). Stanowiska w ramach tego zespołu na różnych kontraktach i w różnym okresie były różnie nazywane, jednak najczęściej w ramach zespołu, o którym tu mowa wykonawcy ustanawiali: Kierownika Utrzymania, Zastępcę Kierownika Utrzymania lub Koordynatora Utrzymania. Praktyka ustanawiania takich właśnie stanowisk i akceptacji osób przewidzianych do ich zajmowania przez Zamawiającego wykształciła się nawet na tych kontraktach, na których Zamawiający nie przewidywali w dokumentacji postępowania tak określonych stanowisk lub nie ustalali dla nich szczegółowych warunków. W ślad za tym dla osób przewidzianych do pełnienia tych stanowisk Zamawiający w kolejnych prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ustanawia warunki udziału w postępowaniu, a obecnie także kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego, Zamawiający oczekiwał więc oddelegowania do realizacji zamówienia osób legitymujących się doświadczeniem zdobytym na wskazanych konkretnie w SWZ stanowiskach, tj. Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Zastępcy ds. Utrzymania Dróg lub Koordynatora Utrzymania Dróg i tylko skierowanie do realizacji zamówienia takich osób mogło pozwolić wykonawcy otrzymać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że w ramach pytań do SWZ w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, co do sposobu rozumienia SWZ, zwrócił się do Zamawiającego o sprecyzowanie treści postanowienia z pkt 22.1.2.2. Jego zdaniem udzielona przez Zamawiającego odpowiedź prowadziła, więc de facto do zmiany SWZ. Zgodnie z założeniami pierwotnego brzmienia pkt 21.1.2.2. SWZ, Tom I, wykonawca powinien otrzymać punkty w ramach oceny kryterium doświadczenia zawodowego wyłącznie za osoby wskazane i zgłoszone na stanowiskach wprost wymienionych w SWZ, tj. „Kierownika ds. Utrzymania Dróg”, „Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg”, „Koordynatora Utrzymania Dróg”. Z uwagi na treść wyjaśnień Zamawiającego (część odpowiedzi zaczynająca się od słów: „lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach”), doszło jednak do otwarcia

katalogu stanowisk podlegających punktacji w ramach oceny kryteriów pozacenowych. Po pierwsze, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wskazał, że będzie punktował doświadczenie zdobyte przez osoby „zatrudnione” na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg”, co sugeruje, że doświadczenie mogło być jednak zdobyte wyłącznie na stanowiskach związanych z utrzymaniem dróg i polegających na wykonywaniu określonych czynności (koordynowanie, nadzorowanie, kierowanie), nawet, jeśli stanowiska te będą wynikały wyłącznie z wewnętrznej organizacji pracy wykonawcy (z zawartych przez niego z pracownikami umów o pracę). Po drugie, Zamawiający wymaga równocześnie „tożsamości” stanowiska, na którym dana osoba jest zatrudniona z „ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.” Nie wiadomo przy tym, na czym miałyby polegać owa tożsamość, bowiem Zamawiający nie określił warunków, które mają być spełnione by uznać stanowiska za „tożsame”. Nadto, przez posłużenie się przez Zamawiającego sformułowaniem „itp.” oraz „przykładowo” w ocenie Odwołującego nie wiadomo ostatecznie, w jakim dokładnie zakresie owa tożsamość będzie weryfikowana, (jakie stanowiska będą ze sobą porównywane). Otwarcie katalogu stanowisk zajmowanych na kontrakcie będących przedmiotem porównania do stanowisk zajmowanych w wewnętrznej organizacji wykonawcy powoduje, że w zasadzie każde stanowisko określone w wewnętrznej organizacji wykonawcy może ostatecznie pozwolić na uzyskanie punktów w kryterium oceny ofert. Taka odpowiedź na pytanie powoduje brak jednoznaczności w opisie tego kryterium i daje podstawy do arbitralnego przyznawania w nim punktów. Nadto, de facto rozszerzyła grono osób, które potencjalnie spełniają warunki umożliwiające wykazanie doświadczenia na podobnym stanowisku, wystarczy bowiem, aby osoby te legitymowały się doświadczeniem zdobytym w ramach jakiegokolwiek funkcji „koordynowania” lub „nadzorowania” utrzymania dróg, nawet, jeśli chodzi o tak określoną funkcję/stanowisko w umowie o pracę. Taka sytuacja będzie miała bezpośredni wpływ na przyznawaną wykonawcom punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, tym samym może również w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania. Stan ten prowadzi też do wewnętrznej sprzeczności zapisów SWZ, do czego nawiązywało pytanie nr 39. Pierwotna treść SWZ pozwalała bowiem wysunąć wniosek odmienny niż ten, na który wskazuje odpowiedź Zamawiającego. Zgodnie z SWZ, oferenci mogli bowiem otrzymać punkty tylko za oddelegowanie do wykonania zamówienia osób posiadających doświadczenie na konkretnie określonych stanowiskach. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że określenie w powyższy sposób kryteriów przyznawania punktów za doświadczenie zawodowe personelu w ramach postępowania, jest nieprawidłowe, jest bowiem niejednoznaczny i

wprowadził w nieuzasadniony sposób znaczne pole dowolności po stronie Zamawiającego podczas oceny ofert.

Nadto, takie określenie kryteriów oceny ofert nie prowadzi do wyboru oferty, która faktycznie jest najkorzystniejsza, tj., w której jest najlepsza relacja, jakości do ceny. Ideą tego kryterium, jak można założyć, było przyznawanie punktów wykonawcom, którzy dysponują najbardziej doświadczonymi personelem, tj. personelem, którym realizował już podobne kontrakty w przeszłości i odpowiadał za bezpieczeństwo i utrzymanie drogi. Nieprecyzyjne zapisy SWZ, otwierające drogę do uzyskania punktów za doświadczenie osób, które mają jakiegokolwiek doświadczenie w realizowaniu kontraktów związanych z utrzymaniem dróg, celu tego nie zrealizuje.

W aspekcie uzasadnienia prawnego Odwołujący stwierdził, że zmiana SWZ w zakresie kryteriów punktacji nie pozostanie bez wpływu na postępowanie oraz biorących w nim udział oferentów. W ocenie Odwołującego, taka zmiana godzi również w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych w reżimie Pzp. Nie ulegało zdaniem Odwołującego wątpliwości, że Zamawiający ma obowiązek wymienić w SWZ wszystkie kryteria, szczegółowo opisać, do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Jednocześnie sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość zupełnie dowolnej, subiektywnej czy uznaniowej oceny dokonanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące w tym zakresie czynności z ramienia zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego przedstawiony przez Zamawiającego opis kryteriów przyznawania punktacji nie spełnia powyższych wymagań. Przewiduje on bowiem niejasny katalog przypadków, za które Zamawiający zamierza przyznawać punkty w zakresie doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy. To w konsekwencji zmienia istotnie treść SWZ oraz uniemożliwia należyte przygotowanie oferty – pozostawia bowiem oferentów w stanie niepewności, co do tego, jakie osoby powinny zostać wskazane w ofercie w celu otrzymania punktów za ich doświadczenie zawodowe. Ponadto, powyższa zmiana SWZ, a w konsekwencji – rozszerzenie katalogu osób, którym przyznane będą punkty tytułem doświadczenia zawodowego, nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, ani w potrzebach Zamawiającego. Z perspektywy Odwołującego zmiana SWZ jest w istocie dla Zamawiającego niekorzystna. Zamawiający wprowadza, bowiem do postępowania dodatkowe osoby, których doświadczenie może być wątpliwe na projektach objętych

postępowaniem. W konsekwencji, będzie on ponosił ryzyko wykonywania prac przez personel, który nie daje rękojmi należytego pełnienia sprawowanej funkcji.

Odwołujący podnosił również, że omawiana zmiana narusza także zasadę równego i uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu. Warto wskazać, że skutek działania Zamawiającego, wykonawcy będą mogli oddelegować do wykonania zleconego zadania osoby o skrajnie różnym doświadczeniu. Wykonawcy kierujący się pierwotnym brzmieniem SIWZ, oddelegują do wykonania zadania osoby, które pełniły funkcje dokładnie wskazane przez Zamawiającego w SWZ, zdobyte na innych projektach. Z kolei pozostali wykonawcy, będą mogli wyznaczyć do pełnienia wskazanych funkcji personel, który zdobył doświadczenie sprawując funkcje wyłącznie zbliżone, wystarczające będzie, bowiem, aby w doświadczeniu tych osób uwidocznione zostało wykonywanie czynności z zakresu „koordynowania” lub „nadzorowania” określonego rodzaju prac i to na dowolnym stanowisku, np. asystenta. Zamawiający nie będzie wówczas w stanie podważyć wyboru takiej osoby do sprawowania danej funkcji, będzie, bowiem związany własną interpretacją SWZ. W zależności, więc od tego, jakie będą założenia oferentów, oferty będą de facto skrajnie różne. Część z tych ofert może być też nieporównywalna. W wyniku zmiany SWZ będącej osią niniejszego odwołania, zmieni się sposób kalkulacji ofert części wykonawców. Nie będą oni musieli koniecznie szukać specjalistów posiadających konkretne doświadczenie oczekiwane przez Zamawiającego. Zamawiający nie będzie również w stanie zweryfikować kompetencji określonych osób.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie na piśmie i poinformował, że w trybie przepisu art. 522 ust. 1 Pzp uwzględni odwołanie w całości. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że wykona czynności zgodnie z żądaniem odwołania, tj. dokona zmiany odpowiedzi na pytanie nr 39 do SWZ, poprzez usunięcie z niej części zdania (cyt.): „lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku / stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.”.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron Odwołujący i Zamawiający podtrzymali stanowiska zaprezentowane powyżej. Również w toku posiedzenia Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy:

- Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce (dalej: „Eurovia” lub „Przystępujący1”),
- FB Serwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „FB Serwis” lub „Przystępujący2”).

Każdy z wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego, zarówno Przystępujący1 jak i Przystępujący2 w toku posiedzenia z udziałem stron sprzeciw wobec uznania przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, Rejon w Rzeszowie”, prowadzonej pod znakiem sprawy: O.RZ.D-3.2413.7.2021.

W tomie I SIWZ pkt 21.1.2.2. w Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K) Zamawiający sprecyzował: „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. 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:

21.1.2.2.1 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 prac związanych z

utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 60 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Koordynatora Utrzymania 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 równolegle w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane. (...)

21.1.2.2.2 Podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg”

W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 60 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Koordynatora Utrzymania 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 równolegle w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane. (...)

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

W piśmie z dnia 14 czerwca 2021 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 39, zadane przez wykonawcę, dokonał modyfikacji SWZ w następujący sposób:

„Pytanie 39: SWZ TOM 1 punkt 21.1.2.2. Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu”.

Z opisu kryterium wynika, że punkty w tym kryterium można uzyskać wyłącznie za doświadczenia zdobyte na stanowiskach „Kierownik ds. Utrzymania Dróg”, „Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg” lub „Koordynatora Utrzymania Dróg”. Prosimy o potwierdzenie, że chodzi o stanowiska zajmowane „oficjalnie” na danym kontrakcie, tj. o osoby, które zostały zgłoszone zamawiającemu do zajmowania tak określonych stanowisk i, że w ślad za tym nie jest wystarczające zatrudnienie danej osoby w firmie wykonawcy jako kierownika lub jego zastępcy (chodzi o stanowiska wskazywane np. w umowach o pracę), czy zatrudnienie danej osoby jako asystenta, pomocnika itp. osób zajmujących wskazane w opisie kryterium stanowiska.

Wyjaśnienie 39: „Zamawiający wyjaśnia, że wymagania podane w SWZ TOM 1 Instrukcja dla Wykonawców (IDW) w pkt 21.1.2.2. Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” dotyczą pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg na tych stanowiskach „oficjalnie” na danym kontrakcie, tj. powinny to być osoby, które zostały zgłoszone i zaakceptowane przez zamawiającego na danym kontrakcie do zajmowania tak określonych stanowisk lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku / stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.”.

W toku rozprawy wykonawca Eurovia przedłożył dowód w postaci umowy z dnia 30 października 2014 r., w której jedną ze stron była GDDKiA a na str. 10 ww. umowy w § 10 umowy wskazano stanowisko „Kierownika robót/usług”.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że zarzuty odwołania zasługują na uznanie.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucił Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast według art. 239 ust. 2 Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Przepis art. 240 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Natomiast według ust. 2 tego ww. przepisu kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Przed dokonaniem merytorycznej analizy zgłoszonych ofert Izba uznała za uzasadnione podkreślenie, że opis kryteriów oceny i zasad dokonywania oceny ofert powinien pozwolić wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje będą oceniane ich oferty, tak, aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Pamiętać należy także o zasadzie zgodności, z którą Zamawiający, w toku oceny ofert, jest związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w dokumentach zamówienia. Dlatego też opis zasad dokonywania oceny ofert musi być już wystarczająco jednoznacznie i szczegółowo opisany w dokumentach zamówienia, aby możliwe było jego zastosowanie w toku oceny ofert. Zamawiający nie będzie mógł, bowiem po upływie terminu składania ofert ani uszczegółwić, ani też odstąpić od zasad, które opisał uprzednio w dokumentach zamówienia.

Kryteria oceny ofert, jakie mogą zostać zastosowane przez zamawiającego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą natomiast dotyczyć właściwości wykonawcy, w tym jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej ani finansowej. Granicą swobody Zamawiającego, wynikającą z obowiązku stosowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego. Te zaś mogą być powiązane nie tylko *stricte* z samym zakresem świadczeń objętych umową w sprawie zamówienia publicznego, ale również z realizacją zamówienia w szerokim rozumieniu, tj. z każdym z aspektów realizacji danego elementu zamówienia. Dokonując, zatem oceny zasadności i prawidłowości kryteriów wprowadzonych przez Zamawiającego należy je przeanalizować względem wymagań określonych w przepisach Pzp, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i celów, jakie Zamawiający zamierza zrealizować. Zdaniem Izby zakwestionowane przez Odwołującego kryteria pozacenowe naruszają przepisy art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 240 ust. 1 i 2 Pzp.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy w ramach kryterium opisane w pkt 21.1.2.2. istotnym jest, że Zamawiający pierwotnie wskazał, iż w odniesieniu zarówno do Kierownika ds. utrzymania Dróg jak i Z-cy ds. Utrzymania Dróg będzie punktował jedynie doświadczenie zdobyte na stanowisku Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Koordynatora utrzymania Dróg. Natomiast odpowiedzią na pytanie nr 39 Zamawiający dokonał modyfikacji ww. kryterium w ten sposób, że dopuścił do uzyskania dodatkowej punktacji bardzo szeroki katalog stanowisk. Izba stwierdziła, że posłużenie się przez Zamawiającego określeniem „lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.” powoduje niejednoznaczność i wzajemną sprzeczność opisu kryterium.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z jednej strony treścią wyjaśnienia 39 Zamawiający wymaga, aby osoby pełniące funkcję Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg były osobami, które pełniły swoje stanowiskach „oficjalnie” na danym kontrakcie, tj. powinny to być osoby, które zostały zgłoszone i zaakceptowane przez Zamawiającego na danym kontrakcie do zajmowania tak określonych stanowisk a z drugiej strony formułuje alternatywę w postaci możliwości posłużenia się osobami, które „zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.” Tym sposobem Zamawiający dopuszcza do punktacji całą rzeszę osób na bliżej nieokreślonych stanowiskach, które wypełniając swoje zadania nie podlegały wówczas zgłoszeniu i weryfikacji Zamawiających.

W omawianym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy, który wskazywał, że uwzględnił odwołanie z obawy na to, że takie ukształtowanie kryterium rodzi bardzo duże niebezpieczeństwo nadużyć ze strony wykonawców, którzy chcąc uzyskać dodatkowe punkty mogą wskazywać do pełnienia tych funkcji osoby, których doświadczenie w żaden sposób nie zostało zweryfikowane przez jakikolwiek zewnętrzny, a może być jedynie przedmiotem autokreacji wykonawcy. Zgodzić się również należy z Odwołującym, który podnosił, że przy takim uformowaniu treści kryterium, wykonawcy będą mogli wskazać do pełnienia ww. funkcji osoby o mniejszym doświadczeniu, chociażby na poziomie asystenta, bowiem Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 39

zmodyfikował SWZ w zakresie kryterium w ten sposób, że dopuścił wszelkie osoby, które zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Brak określenia tożsamości jak również jedynie przykładowy charakter wyliczenia jeszcze bardziej pogłębia stan dowolności i brak jednoznaczności opisu, a jednocześnie daje podstawę do arbitralnego przyznawania punktów. Bez wątplenia taka sytuacja ma wpływ na punktację przyznawaną wykonawcom, co w konsekwencji może mieć przełożenie na ranking ofert, a ostatecznie wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W tej sytuacji taką samą ilość punktów w zakresie danej funkcji może otrzymać osoba, która oficjalnie pełniła stanowisko Kierownika ds. utrzymania Dróg, Z-cy ds. Utrzymania Dróg lub Koordynatora ds. utrzymania Dróg przy realizacji określonego zamówienia, bowiem została zgłoszona i zaakceptowana, której doświadczenie zostało pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego i nie budziło żadnych wątpliwości, jak również osoba, która była jedynie zatrudniona np. w wewnętrznej strukturze wykonawcy na jakimkolwiek stanowisku ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg, która nigdy nie była zgłaszana. Izba prezentuje pogląd, że doświadczenie tego rodzaju osoby jest nieporównywalne z tym wskazywanym powyżej. W omawianym zakresie Izba dostrzega nie tylko problematyczność weryfikacji doświadczenia tego rodzaju osób, ale za słuszne i uzasadnione uznaje stanowisko Zamawiającego, który zapowiadając wykreślenie spornego fragmentu wyjaśnień dał wyraz temu, iż zamierza punktować jedynie doświadczenie osób, które faktycznie realizowały określony katalog zadań na danym kontrakcie i tym samym nabyły stosowne doświadczenie w tym zakresie. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że powyższa zmiana leży w interesie Zamawiającego, który jest zainteresowany tym, aby zadania na kontrakcie były realizowane przez personel, którego doświadczenie jest faktycznie nabyte i nie budzi żadnych wątpliwości.

Kolejno Izba odniosła się do ukształtowania kryterium wskazanego w pkt 21.1.2.2. SWZ „Kwalifikacje zawodowe personelu” w aspekcie podanych tam nazw stanowisk. Zwrócenia uwagi wymaga, że Odwołujący w treści odwołania domagał się nie tylko wykreślenia spornej treści odpowiedzi na pytanie nr 39, tj. *„lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.”*. Oprócz tego Odwołujący żądał od Zamawiającego potwierdzenia, że punkty w „Kryterium doświadczenie zawodowe personelu” mogą uzyskać wyłącznie osoby posiadające doświadczenie na określonych stanowiskach przy realizacji kontraktów związanych z utrzymaniem dróg (tj. na stanowiskach Kierownik Utrzymania,

Zastępca Kierownika Utrzymania, Koordynator Utrzymania lub na stanowisku o innej nazwie, ale analogicznym zakresie obowiązków związanych z bieżącym i zimowym utrzymaniem dróg), tj. osoby zgłoszone zamawiającemu do zajmowania takiego stanowiska i przez niego na tym stanowisku zaakceptowane.

W toku rozprawy Zamawiający powołując się na konglomerat pytań i odpowiedzi o nr 39, 73 i 79 funkcjonujących w ramach prowadzonego postępowania twierdził, że w odniesieniu do doświadczenia, którym będzie legitymowała się osoba do pełnienia funkcji wskazanych w kryterium otrzyma ona punkty, bez znaczenia na nazwę stanowiska, jeśli będzie spełniała wymagania wskazane przez Zamawiającego w SWZ (pkt 21.1.2.2.1 i 21.1.2.2.2) oraz jeśli była oficjalnie zgłoszona i zaakceptowana. Zamawiający odnosząc się do dowodu złożonego przez wykonawcę Eurovia, w którym posłużono się stanowiskiem Kierownika robót/usług oświadczył, że takie stanowisko zostanie przez niego uznane, jeśli tylko spełnia wymagania wskazane w SWZ. Na pytanie Przewodniczącej dotyczące tego, które postanowienie SWZ pozwala Zamawiającemu na takie stwierdzenie pełnomocnik odwołał się do treści odpowiedzi na pytania: 39, 73 i 79. Izba wskazuje, że treść wyjaśnień na pytanie nr 39 w pierwszym członie, który Zamawiający pozostawił, jako prawidłowy wskazał wprost: „wymagania podane w SWZ TOM 1 Instrukcja dla Wykonawców (IDW) w pkt 21.1.2.2. Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” dotyczą pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg na tych stanowiskach „oficjalnie” na danym kontrakcie, tj. powinny to być osoby, które zostały zgłoszone i zaakceptowane przez zamawiającego na danym kontrakcie do zajmowania tak określonych stanowisk”. Dokonując analizy powołanego fragmentu wyjaśnień Izba stwierdza, że Zamawiający odwołał się w nich do konkretnych wymogów SWZ wymieniając konkretne stanowiska, których dotyczą, co następnie zostało przez Zamawiającego jeszcze potwierdzone określeniem „powinny to być osoby, które zostały zgłoszone i zaakceptowane przez zamawiającego na danym kontrakcie do zajmowania tak określonych stanowisk”. W ocenie Izby z powyższego wprost wynika, że Zamawiający jest zobowiązany przyznać punkty jedynie w sytuacji, gdy osoba wskazana do pełnienia funkcji wskazanej w ww. kryteriach będzie posiadała doświadczenie na następujących stanowiskach: Kierownik ds. utrzymania Dróg, Z-ca Kierownika ds. utrzymania dróg lub Koordynator ds. utrzymania Dróg i została oficjalnie zgłoszona do pełnienia ww. funkcji i zaakceptowana przez Zamawiającego na danym kontrakcie. Powyższe jednoznacznie wynika z treści pkt 21.1.2.2. SWZ czytanego razem z treścią wyjaśnień 39, zawartych w piśmie z dnia 14 czerwca 2021 r.

Za chybioną w tym zakresie Izba uznała argumentację Zamawiającego opierającą się o odpowiedzi na pytania nr 73 i 79 bowiem z lektury tych wyjaśnień płynie wnioski, że dotyczą one warunków udziału w postępowaniu, a nie kryterium oceny ofert. Błędne jest również stwierdzenie Zamawiającego zasadzające się na tym, że weryfikacji pod względem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i w aspekcie omawianego kryterium zostanie poddana ta sama osoba. Izba wskazuje, że wymagania i sposób przyznawania punktów został przez Zamawiającego określony odrębnie. Tym samym proces weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy odróżnić od procesu oceny punktowej oferty.

Izba stoi na stanowisku, że postanowienia SWZ, które różnicują przyznanie punktów w kryterium doświadczenia osób oficjalnie pełniących swoją funkcję w realizacji danego kontraktu jedynie z punktu widzenia nazwy stanowiska nie mają żadnego logicznego uzasadnienia w ich zastosowaniu. Należy je uznać wręcz za dyskryminujące te podmioty, które nie realizowały kontraktów na rzecz GDDKiA, bo ja zgodnie strony przyznały w toku rozprawy zastosowane przez Zamawiającego nazewnictwo stanowisk jest charakterystyczne przede wszystkim dla zamówień realizowanych na jego rzecz. Z tych względów Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Konkludując, Izba po analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stanęła na stanowisku, że opis kryterium wskazanego w pkt 21.1.2.2. SWZ „Kwalifikacje zawodowe personelu” został sporządzony przez z naruszeniem przepisów Pzp, bowiem jest on dyskryminujący, nieprecyzyjny, a jego ukształtowanie w prosty sposób prowadzi do nierównego traktowania wykonawców oraz nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art.*

98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1874/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 3 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) obciążyła obu Przystępujących. W rozpoznawanej sprawie Izba ustaliła koszty postępowania odwoławczego na kwotę 18.600 zł. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika. Izba uznała, że w związku z sprzeciwami wniesionymi przez obu Przystępujących powinni oni ponieść koszty postępowania po połowie. Powyższe oznacza, że wykonawca Eurovia ponosi koszt postępowania odwoławczego w wysokości 1/2 w kwocie 9.300 zł. Analogicznie wykonawca FB Serwis koszty ponosi w wysokości 1/2 w kwocie 9.300 zł.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....