

POSTANOWIENIE

z dnia 13 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **13 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 1 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” autostrady A2 odcinek Modła – Dąbie od km 257+560 do 303+145 wraz ze wszystkimi jej elementami* (nr postępowania GDDKiA O.PO.D-3.2413.02.2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu**

przy udziale wykonawców:

- A. „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**
- B. SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku**
- C. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**
- D. „Pol-Dróg Warszawa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- E. Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie**
- F. FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**

– zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz**

Sygn. akt KIO 473/16

Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” autostrady A2 odcinek Modła – Dąbie od km 257+560 do 303+145 wraz ze wszystkimi jej elementami* (nr postępowania GDDKiA O.PO.D-3.2413.02.2016). Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 stycznia 2016 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S_016-024260. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 kwietnia 2016 r. {pismem z tej daty} Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania przez Zamawiającego dokonania zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} zgodnie z żądaniem sformułowanym w poprzednim odwołaniu w części odnoszącej się do kryterium jakościowego, tj. podkryterium nr 1 – „Skuteczność zaproponowanych w Koncepcji działań Wykonawcy dla zrealizowania standardu utrzymania drogi” oraz zgodnie z wyrokiem Izby.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – przez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania wniesionego przez Odwołującego 2 lutego 2016 r. oraz zgodnie z wyrokiem Izby z 15 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 141/16), tj. zaniechanie dokonania zmiany postanowień SIWZ w powyżej opisanym zakresie, mimo że taki obowiązek ciążył na Zamawiającym, przez co dochodzi do utrzymania się sytuacji, w której treść SIWZ w zakresie określenia i opisanego ww. podkryterium, jego znaczenia oraz sposobu przygotowania i oceny ofert utrudnia uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia obiektywizmu oceny i porównania ofert, przez co umożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny subiektywnej i uznaniowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ zgodnie z wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 141/16 przez uszczegółowienie podkryterium nr 1 – „Skuteczność zaproponowanych w Koncepcji działań Wykonawcy dla zrealizowania standardu utrzymania drogi” w taki sposób, aby zawierało ono szczegółowy opis wymagań Zamawiającego w zakresie przewidzianych w nim działań (liczbę i rodzaj metod ich realizacji) i konkretny sposób ich oceny i punktacji, przewidujący zasady

stopniowania przyznawanych punktów.

Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sprecyzował powyższy zarzut przez podanie w szczególności następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący opisał następujące okoliczności dotyczące dotychczasowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z pkt. 17.1.2 SIWZ wykonawca wraz z ofertą ma obowiązek złożyć opis „Koncepcji działań”. W pkt. 17.1 SIWZ Zamawiający określił, że przy wyborze oferty będzie kierował się kryteriami: cena – 60% oraz jakość – 40%. Ocena „Koncepcji działań” ma być zgodna z treścią pkt. 17.1.2. ppkt I (Sposób oceny ofert w ramach kryterium „Koncepcja działań”) SIWZ dokonywana przez członków komisji przetargowej na podstawie przedstawionego przez wykonawcę w ofercie opisu „Koncepcji działań”, pod kątem przedstawienia w nim informacji w trzech podkryteriach („Programach działań”), tj. a) „Program działań nr 1” – „Działania Wykonawcy w zakresie wdrożenia i utrzymania standardu drogi”; b) Program działań nr 2 – „Sposób prowadzenia monitoringu”; c) „Program działań nr 3” – „Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi”.

Zamawiający pismem z 22 marca 2016 r. (pismo nr PO.D-3.2413.02.2016.pm) dokonał zmiany pkt 17.1.2 SIWZ dotyczącego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, która jest bezpośrednią konsekwencją wyroku Izby z 15 lutego 2016 r. (sygn. akt. KIO 141/16), w którym Izba nakazała Zamawiającemu uszczegółowienie wszystkich trzech podkryteriów „Koncepcji działań” (pozacenowego kryterium oceny ofert) w taki sposób, aby to zawierały szczegółowy opis wymagań Zamawiającego w zakresie przewidzianych w nim działań (liczbę i rodzaj metod ich realizacji) i konkretny sposób ich oceny i punktacji.

Odwołujący zarzucił, że dokonana zmiana jest pozorna w zakresie podkryterium nr 1, gdyż *de facto* dotyczy tylko podkryterium nr 2 i nr 3. Zamawiający podtrzymał bowiem swoje wcześniejsze zapisy w zakresie zasady punktacji kryterium „Koncepcji działań”, wskazując, że za opis dotyczący tego podkryterium zostaną przyznane punkty cząstkowe (maks. 15 pkt) przez poszczególnych członków komisji przetargowej w następujący sposób: *„Koncepcja”, która przewidywać będzie najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekty w postaci realizacji danego standardu utrzymania drogi przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą otrzyma procent „ wagi przy kontroli w okresie po zakończeniu gwarancji Wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego” przypisany w kolumnie 8 tabeli zawartej w załączniku nr 3 do OPZ dla tego standardu. W przypadku złożenia większej ilości „Koncepcji”, których działania gwarantują porównywalnie najlepsze co do skuteczności*

osiągnięcie danego standardu utrzymania drogi, wszystkim tym „Koncepcjom” przyznany jest ww. procent wagi. „Koncepcja”, która łącznie uzyska najwyższy procent wagi za poszczególne standardy utrzymania drogi zostanie uznana za „Koncepcję” najlepszą pod względem skuteczności zaproponowanych działań Wykonawcy dla standardu utrzymania drogi w okresie trwania Umowy. „Koncepcji” tej zostanie przyznane 15 pkt. Drugiej „Koncepcji” zostanie przyznane 10 pkt. Trzeciej – 5 pkt. Ilość punktów przyznawanych kolejnej ofercie odpowiednio będzie pomniejszana o połowę w stosunku do wyżej ocenianej oferty. „Koncepcja”, która nie została oceniona jako najlepsza (nie przyznano jej „procentu wagi przy kontroli”) w żadnym ze standardów utrzymania drogi nie otrzymuje punktów. Zdaniem Odwołującego powyższe sformułowanie sposobu oceny ofert w ramach podkryterium nr 1 „Koncepcji działań” posiada taka sama treść, jak ta zaskarżona poprzednim odwołaniem, co jest dowodem niewykonania przez Zamawiającego wyroku Izby w tym zakresie.

Odwołujący sprecyzował, że na podstawie aktualnego brzmienia SIWZ nie można nadal stwierdzić, jakie elementy powinien zawierać i jakie zagadnienia powinien poruszać opis „Koncepcji działań” w ramach podkryterium nr 1, aby móc otrzymać najwyższą liczbę punktów, gdyż Zamawiający nie zdefiniował ich w pkt 17.1.2 w sposób dostateczny. Odwołujący dodał, że w ramach program działań nr 1 – „Skuteczność zaproponowanych w Koncepcji działań Wykonawcy dla zrealizowania standardu utrzymania drogi” (15 pkt), Zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek sprecyzowania, które z niezbędnych w jego ocenie w tym podkryterium działań będą przez niego szczególnie premiowane. Przykładowo według Odwołującego całkowicie niejasne jest sformułowanie, że *w tym zakresie Zamawiający będzie brał pod uwagę to, czy Program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania osiągnięcia standardów utrzymania drogi, oraz czy wskazane przez Wykonawcę działania pozwolą osiągnąć standardy utrzymania drogi.* Tak samo nieprecyzyjne są sformułowania odnoszące się do struktury organizacyjnej i organizacji pracy utrzymaniowej zapewnią osiągnięcie odpowiedniego standardu drogi, czy też „sprzęt oraz jego właściwości”. W tym punkcie Zamawiający nie określił minimalnych wymagań, których spełnienie umożliwiłoby wykonawcy otrzymanie określonej liczby punktów. W rezultacie zdaniem Odwołującego brak jest jakiegokolwiek miernika wartości przyznawanych punktów, które pozwoliłyby ocenić skuteczność zaproponowanych działań.

Odwołujący zarzucił, że tak samo Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do potencjału sprzętowego oraz właściwości (parametrów) tego potencjału w kontekście zwiększenia tempa wykonywanych prac utrzymaniowych. Nie można wobec tego w żaden sposób stwierdzić, jakie to minimalne wymagania sprzętowe pozwoliłyby wykonawcy uzyskać w tym aspekcie większą liczbę punktów, tj. pozwoliłyby na określenie skuteczności

Sygn. akt KIO 473/16

wykonywania prac utrzymaniowych na wyższym niż standardowym poziomie. W ramach tego podkryterium Zamawiający będzie premiował te działania, *które gwarantują porównywalnie najlepsze co do skuteczności osiągnięcie danego standardu utrzymania drog*”, z tym że, które to działania będą uznane za najskuteczniejsze (*która koncepcja będzie oceniona jako najlepsza*) będzie każdorazowo wynikiem indywidualnej i subiektywnej oceny dokonanej przez członków komisji Zamawiającego, co zostało skutecznie zakwestionowane w poprzednim odwołaniu.

Odwołujący podsumował, że obecna treść SIWZ w zakresie podkryterium nr 1 nadal narusza art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim nie uszczegóławia opisu swoich wymagań odnośnie działań wyszczególnionych w przyjętych podkryteriach oraz nie przewiduje zasad przyznawania punktów w poszczególnych podkryteriach za proponowane przez wykonawców działania zmierzające do utrzymania wyznaczonych standardów

Odwołujący zarzucił również, że z dosłownego brzmienia tego podkryterium można wywnioskować, że faktyczne oczekiwania Zamawiającego co do treści koncepcji mogą diametralnie odbiegać od dosłownego brzmienia podkryterium, co implikuje ryzyko zaistnienia niedopuszczalnej na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy pzp odmienności interpretacji kryteriów przez Zamawiającego na etapie oceny ofert od dosłownego ich brzmienia w treści SIWZ. Narusza to zasadę, zgodnie z którą kryteria oceny ofert i opis sposobu ich oceny powinny być transparentne i czytelne dla wykonawców przed terminem składania ofert, tak aby mogli świadomie podjąć decyzję co do jej elementów i znając oczekiwania Zamawiającego, przygotować ofertę w taki sposób, aby uzyskać jak najwięcej punktów. Brak odpowiedniej informacji powoduje istotne ryzyko, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie w inny sposób odczyta oczekiwania Zamawiającego, a w konsekwencji koncepcje złożone wraz z ofertami będą nieporównywalne, co zaburzy wyniki ich oceny.

Dla Odwołującego całkowicie niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający będzie oceniał, czy koncepcja działań (której pojęcie również nie jest zdefiniowane i nie jest jasne czego konkretnie Zamawiający oczekuje) wcale, w pewnym stopniu czy w pełni mu odpowiada. Przede wszystkim Zamawiający SIWZ powinien jasno sprecyzować, kiedy koncepcja funkcjonalności będzie mu tylko w pewnym stopniu odpowiadała, a kiedy w pełni. Tak opisane kryteria jednoznacznie wskazują na zamierzoną subiektywną ocenę ofert, przy jednoczesnym dopuszczeniu dookreślania kryteriów już w toku oceny ofert, i tym samym muszą być usunięte. Ponadto jeśli Zamawiający wie, jak powinna wyglądać koncepcja działań, która będzie spełniała jego wymagania w całości (czyli jest w stanie ocenić ofertę w kryteriach: trochę spełnia/w pełni spełnia), to powinien to wyspecyfikować w SIWZ i nie wymagać od wykonawców, aby zgadywali czy przygotowany opis będzie trochę spełniał czy

w pełni spełniał jego oczekiwania.

Odwołujący dodał, że dokonany przez Zamawiającego opis sposobu oceny ofert jest nieprecyzyjny na kilku płaszczyznach, gdyż Zamawiający posługuje się nadal szeregiem nieostrych pojęć. W braku sprecyzowania, jakie elementy powinien zawierać załączony do oferty opis koncepcji w ramach danego podkryterium, nie sposób rozgraniczyć opisu „bardziej skutecznych działań” od „mniej skutecznych działań”. Podobnie niemożliwe jest rozróżnienie „najlepszej pod względem skuteczności koncepcji” od „mniej skutecznej koncepcji”, która uzasadniałaby przyznanie mniejszej liczby punktów. Potwierdzeniem braku jakiegokolwiek koncepcji Zamawiającego w sformułowaniu minimalnych wymagań w zakresie tych opisów jest według Odwołującego zawarty na stronie 17 SIWZ następujący fragment: *informacje zawarte w koncepcji aby były brane pod uwagę przy ocenie oferty w ramach poszczególnych podkryteriów, kryterium oceny ofert powinny odpowiednio: (...) d) mieć charakter konkretny (nie ogólnikowy) oraz jednoznacznie zobowiązujące Wykonawcę do realizacji zaproponowanych działań w danych okolicznościach faktycznych.*

Według Odwołującego skoro Zamawiający zamierza weryfikować „kompletność” koncepcji oraz badać, czy obejmują one „wszystkie” lub „kluczowe” zagadnienia, to dla zapewnienia równego traktowania wykonawców konieczne jest wypracowanie jednolitego dla wszystkich ofert wzorca (np. jak zasygnalizowano powyżej minimalnych i/lub maksymalnych mierników oceny wartości poszczególnych działań), gdyż jego brak uniemożliwia wykonawcom stwierdzenie, co powinna zawierać koncepcja działań, aby uzyskać jak największą liczbę punktów. Powinny zostać zdefiniowane zagadnienia, które powinny być poruszone, ze wskazaniem tych, które Zamawiający uważa za kluczowe, a konkretnym zagadnieniom powinny być przypisane konkretne wartości punktowe (np. w odniesieniu do minimalnych i/lub maksymalnych mierników oceny poszczególnych podkryteriów), podobnie jak to Zamawiający uczynił w odniesieniu do pozostałych podkryteriów w wykonaniu wyroku Izby.

Do Prezesa Izby 6 lub 7 kwietnia 2016 r. wpłynęły w formie pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego od następujących wykonawców: 1) „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 2) SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 3) STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, 4) „Pol-Dróg Warszawa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 5) Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, 6) FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie.

8 kwietnia 2016 r. wpłynęło do Izby pismo Zamawiającego zawierające odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że stosownie do art. 186 ust. 2 pzp uwzględni odwołanie

w całości, jednocześnie wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Ponadto Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoją decyzję.

Po przeanalizowaniu zarzutów oraz argumentacji odwołania Zamawiający uznał, że zasługują one na uwzględnienie. Przedstawione przez Odwołującego stanowisko wskazało uchybienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał to stanowisko w celu sprawnego kontynuowania postępowania w sposób odpowiadający wymaganiom obowiązującego prawa. Umożliwi to podjęcie działań zmierzających do przeformułowania treści ogłoszenia oraz SIWZ zgodnie z postulatami zawartymi w odwołaniu, którą to czynność Zamawiający podejmie niezwłocznie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że Zamawiający zadeklarował, że zgodnie z dyspozycją przywołanego powyżej art. 186 ust. 2 pzp dokonana żądanych w odwołaniu zmian postanowień s.i.w.z.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....