

Sygn. akt: KIO 1631/19  
KIO 1638/19

## POSTANOWIENIE

z dnia 4 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Rams

**Członkowie:** Irmina Pawlik  
Katarzyna Prowadzisz

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **4 września 2019 r.**, w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- i) w dniu 23 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Saferoad Grawil Sp. z o. o. z siedzibą we Włocławku (KIO 1631/19)**,
- ii) w dniu 23 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1638/19)**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**,

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1631/19 po stronie odwołującego oraz przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Saferoad Grawil Sp. z o. o. z siedzibą we Włocławku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1638/19 po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. **umorzyć oba postępowania odwoławcze.**

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Saferoad Grawil Sp. z o. o. z siedzibą we Włocławku kwoty 13 500,00 złotych (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.
3. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500,00 złotych (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 1631/19**  
**KIO 1638/19**

### **Uzasadnienie**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (dalej: „**Zamawiający**”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „**ustawa Pzp**”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pn. „Utrzymanie Autostrady A1 zarządzanej przez GDDKiA Oddział w Katowicach Rejon w Częstochowie” (dalej: „**Postępowanie**”).

W dniu 23 sierpnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku („**Odwołujący I**”, sprawa o sygn. akt: KIO 1631/19) wobec następujących postanowień SIWZ:

- 1) pkt 19.1.2 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I SIWZ, „IDW”), tj. w odniesieniu do kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” w zakresie, w jakim Zamawiający przyznawał będzie dodatkowe punkty z tytułu doświadczenia Kierownika Utrzymania:

Punkty w tym kryterium będą przyznawane wg poniższych zasad:

- Za 6 zamówień (lub więcej) potwierdzających powyższe wymagania każde przez okres co najmniej 12 miesięcy - Wykonawca otrzyma 40 pkt;
- Za 5 zamówień potwierdzających powyższe wymagania każde przez okres co najmniej 12 miesięcy - Wykonawca otrzyma 32 pkt;
- Za 4 zamówienia potwierdzające powyższe wymagania każde przez okres co najmniej 12 miesięcy - Wykonawca otrzyma 24 pkt;
- Za 3 zamówienia potwierdzające powyższe wymagania każde przez okres co najmniej 12 miesięcy - Wykonawca otrzyma 16 pkt;
- Za 2 zamówienia potwierdzające powyższe wymagania każde przez okres co najmniej 12 miesięcy - Wykonawca otrzyma 8 pkt;
- Za 1 zamówienie potwierdzające powyższe wymagania przez okres co najmniej 12 miesięcy - Wykonawca otrzyma 0 pkt;
- Za niewykazanie zamówienia/zamówień potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 pkt.

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1, 2 i 2c Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie pozacenowego kryterium oceny ofert (doświadczenie Kierownika Utrzymania) w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a także regułę proporcjonalności oraz w oderwaniu od specyfiki przedmiotu zamówienia z uwagi na taki opis tego kryterium, który zamiast premiować faktycznie nabywane doświadczenie Kierownika Utrzymania (które uzyskiwane jest wraz z kolejnymi latami pełnienia funkcji) premiuje jedynie czynności o charakterze formalnym, jakimi są odrębnie zlecane zamówienia, przez co prowadzić może do nieuzasadnionego wyboru wykonawcy, którego Kierownik Utrzymania, wbrew celowi i funkcji kryteriów oceny ofert, nie posiada największego doświadczenia.

W dniu 23 sierpnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FBserwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący II**”, sprawa o sygn. akt: KIO 1638/19) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w pkt 19.1.2. SIWZ kryterium oceny ofert „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia (D)” w ramach którego przyznawane punkty zostały uzależnione od liczby odrębnych zamówień (tj. zamówień objętych odrębnymi umowami), przy realizacji których osoba dedykowana na stanowisko Kierownika Utrzymania sprawowała przez okres co najmniej 12 miesięcy funkcję kierownika robót drogowych, kierownika budowy lub osoby kierującej pracami związanymi z bieżącym utrzymaniem dróg, co uzależnia przyznawaną punktację nie od rzeczywiście zdobytego doświadczenia ww. osoby (np. od jego długości czy też od kompleksowości czy wielkości zamówień, przy których to doświadczenie zostało zdobyte), lecz od liczby odrębnych umów, w ramach których ww. osoba zdobywała doświadczenie, która to okoliczność nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, a co nadto stawia w niekorzystnej sytuacji pracowników, którzy zatrudniają osoby posiadające wieloletnie i bogate doświadczenie, jednakże wynikające z obsługi mniejszej liczby odrębnych umów;
- 2) art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „**k.c.**”) oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez: a. ustanowienie w § 13 ust. 1 pkt 9 Tomu II SIWZ (dalej: „**Wzór Umowy**”) kary umownej, którą wykonawca będzie zobligowany zapłacić Zamawiającemu w przypadku stwierdzenia naruszenia któregośkolwiek obowiązku

wykonawcy ujętego w § 9 ust. 2 Wzoru Umowy, które to postanowienie bardzo ogólnie i niezwykle szeroko określa obowiązki wykonawcy dotyczące realizacji robót i usług stanowiących przedmiot Umowy (w szczególności zgodnie ze zleceniami Zamawiającego oraz z „warunkami i wymaganiami opisanymi w SIWZ”, a także przez ustanowienie w § 13 ust. 1 pkt 22 Wzoru Umowy kary umownej, którą wykonawca będzie zobligowany zapłacić Zamawiającemu z tytułu naruszenia warunków umowy „w przypadkach innych, niż wskazane w pkt od 1 do 21”, które to zapisy nie określają zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i jako takie są sprzeczne z art. 483 § 1 k.c., a jednocześnie nie pozwalają Odwołującemu na wyczerpującą identyfikację wszystkich zindywidualizowanych postaci nienależytego wykonania czy niewykonania zobowiązania, których zaistnienie uzasadniałoby powstanie obowiązku zapłaty przez wykonawcę kar umownych, a tym samym nie umożliwiają Wykonawcy oszacowania ryzyka związanego z zapłatą takich kar, przy czym obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania na etapie składania oferty stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za naruszenie zasady swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego;

- 3) art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w § 13 ust. 1 pkt 1 - 5, 9 - 11 oraz 18 i 19 Wzoru Umowy kar umownych naliczanych odpowiednio za każdą godzinę lub za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań albo - w przypadku kary określonej w pkt 9 - za każdy dzień istnienia stwierdzonego naruszenia, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej niekreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego;
- 4) art. 58 § 1, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 106i ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2018 r. poz. 2174; dalej: „**ustawa o VAT**”) poprzez uzależnienie możliwości wystawienia przez wykonawcę faktury od (1) zatwierdzenia przez Przedstawiciela Zamawiającego zestawienia ilości i wartości faktycznie wykonanych Usług/Robót sporządzonego przez wykonawcę oraz od (2) podpisania przez Strony bezusterkowego protokołu odbioru robót, co jest sprzeczne z przepisem art. 106i ust. 1 ustawy o VAT nakazującym wystawienie faktury nie później niż piętnastego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym wykonano usługę, a nadto, z uwagi

na uzależnienie możliwości otrzymania przez wykonawcę wynagrodzenia od czynności Zamawiającego (podpisanie protokołu odbioru bezusterkowego oraz zatwierdzenie zestawienia wykonanych Robót / Usług) narusza zasady współzycia społecznego i stanowi nadużycie prawa, bowiem wykonawcy winno przysługiwać wynagrodzenie za wykonane prace w każdym przypadku ich wykonania, a nie tylko wówczas, gdy Zamawiający ich wykonanie w określony sposób potwierdzi.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (i) dokonanie zmiany pkt 19.1.2 Tomu I SIWZ poprzez nadanie ostatniemu akapitowi na str. 19 następującego brzmienia: „Punkty w tym kryterium będą przyznawane wg poniższych zasad: • za wykazanie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Utrzymania w okresie co najmniej 72 pełnych miesięcy - Wykonawca otrzyma 40 pkt; • za wykazanie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Utrzymania w okresie od 60 do 71 pełnych miesięcy - Wykonawca otrzyma 32 pkt; • za wykazanie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Utrzymania w okresie od 48 do 59 pełnych miesięcy - Wykonawca otrzyma 24 pkt; • za wykazanie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Utrzymania w okresie od 36 do 47 pełnych miesięcy - Wykonawca otrzyma 16 pkt; • za wykazanie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Utrzymania w okresie od 24 do 35 pełnych miesięcy - Wykonawca otrzyma 8 pkt; • za wykazanie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Utrzymania w okresie od 12 do 23 pełnych miesięcy - Wykonawca otrzyma 0 pkt; • za niewykazanie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Utrzymania w okresie co najmniej 12 pełnych miesięcy - Wykonawca otrzyma 0 pkt.” (ii) wykreślenia w § 13 ust. 1 Wzoru Umowy pkt 9 i 22; (iii) wykreślenia w § 13 ust. 1 Wzoru Umowy postanowień pkt 1 - 5, 9 - 11 oraz 18 i 19, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w lit. poprzedzającej, (iv) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany polegającej na dookreśleniu, że każda z kar określonych w § 13 ust. 1 pkt 1 - 5, 9 - 11 oraz 18 i 19 Wzoru Umowy będzie naliczana za okres nie dłuższy niż 30 dni bądź przez wskazanie dla każdej z ww. kar kwoty limitującej wysokość maksymalną jej wysokość, (v) wykreślenia w § 5 Wzoru Umowy ust. 2; (vi) zasądzenie na rzecz Odwołującego II kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

W dniu 4 września 2019 r. na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania. Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań, wskazując, iż dokonał zmian SIWZ w zakresie pkt 19.1 i 19.1.1 – 19.1.3 Tom I SIWZ oraz §13 ust. 1 pkt 9 oraz pkt 22

Wzoru Umowy. W pozostałym zakresie Zamawiający uznał, że poniesione zarzuty są bezprzedmiotowe.

W dniu 4 września 2019 r. na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący I oraz Odwołujący II złożyli oświadczenie o cofnięciu odwołań.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Izba wskazuje, że możliwość umorzenia postępowania ze względu na uwzględnienie odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp uzależniona jest od jednoznacznego oświadczenia Zamawiającego co do uwzględnienia zarzutów lub ich części. Takiego oświadczenia Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie złożył. W konsekwencji nie zostały spełnione przesłanki formalne do umorzenia postępowania ze względu na uwzględnienie odwołań wniesionych przez wykonawców.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. z 2018 poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego I oraz Odwołującego II 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 13 500,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....