

Sygn. akt: KIO 1688/15

## WYROK

z dnia 19 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Barbara Bettman**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Polska Grupa Poczta S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Dozoru Technicznego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Poczta Polska S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowienia rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, przez sprecyzowanie jakiego rodzaju czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy zostaną uznane za pracę związaną z realizacją usług na rzecz zamawiającego oraz wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Poczta Polska S.A. w Warszawie** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Polska Grupa Poczta S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy **Poczta Polska S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Polska Grupa Poczta S.A. w Warszawie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Urząd Dozoru Technicznego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług pocztowych dla przesyłek o masie do 2000g oraz paczek o masie do 20kg na terenie kraju oraz poza jego granicami na potrzeby wszystkich jednostek organizacyjnych Urzędu Dozoru Technicznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2015 r., nr 2015/S 127-233299.

W dniu 6 sierpnia 2015 r. wykonawca Polska Grupa Poczta S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ustawy Pzp przez zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do kryterium oceny ofert „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”,
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ustawy Pzp przez nieprecyzyjne określenie opisu kryterium oceny ofert „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, umożliwiającej złożenie wszystkim zainteresowanym wykonawcom oferty na równych zasadach i z poszanowaniem zasady konkurencyjności, tj.: usunięcie opisu oraz sposobu oceny ofert kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, lub też nakazanie zmiany opisu oraz sposobu oceny ofert kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, w sposób uwzględniający podniesione przez odwołującego zarzuty.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający, dokonując opisu sposobu oceny ofert w kryterium „liczba pracowników”, wskazał, że ocena punktowa zostanie obliczona według następującego wzoru:

$$Z = \frac{Z_x}{Z_{\max}} \times 10 \text{ punktów}$$

gdzie:  $Z$  = liczba punktów za kryterium,

$Z_x$  = liczba pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na podstawie umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień rozpoczęcia świadczenia usług, wynikająca z badanej oferty;

$Z_{max}$  = liczba pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na podstawie umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień rozpoczęcia świadczenia usług, wynikająca z oferty o najwyższej deklarowanej liczbie pełnozatrudnionych, która podlegają ocenie.

Nadto, zamawiający dookreślił, że przez działalność operacyjną zamawiający rozumie działalność wykonawcy związaną z realizacją usług objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego, kryterium opisane w SIWZ narusza zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje samej zasadności wprowadzenia kryterium społecznego, ani jego wagi, ale sposób obliczania tego kryterium. Nadmieniał, że kryterium to zostało wprowadzone na wniosek jednego z wykonawców, Poczty Polskiej S.A. Wykonawca ten zaproponował, by przez działalność operacyjną rozumieć działalność wykonawcy związaną z bezpośrednim odbiorem i dostarczaniem przesyłek pocztowych w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Natomiast zamawiający zaniechał wprowadzenia takiego dookreślenia, zastępując je własnym: „działalność wykonawcy związana z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”.

Zdaniem odwołującego, wprowadzony przez zamawiającego zapis nie jest jasny i może prowadzić do wykazywania przez wykonawców liczby pracowników, którzy w istocie nie będą wykonywać zamówienia, lub będą mogli je wykonać jedynie teoretycznie, nie zaś faktycznie. Pojęcie „działalności związanej z realizacją usług” jest zbyt ogólne i nie wskazuje stopnia zaangażowania w realizację przetargu. Tym samym wykonawcy, przy składaniu ofert, mogą wykazać liczby osób zatrudnionych m.in. przy działalności związanej z obsługą handlową zamawiającego, bądź obsługą wystawianych za realizację zamówienia faktur. W ocenie odwołującego przedmiotem kryterium oceny winny być wyłącznie osoby faktycznie realizujące przedmiot zamówienia w sposób bezpośredni, nie zaś pewien teoretyczny tylko krąg podmiotów, których udział w realizacji zamówienia jest znikomy, a niekiedy w ogóle nie ma miejsca.

Odwołujący argumentował, że w przetargu na świadczenie usług pocztowych dla Straży Gminnej w Człuchowie (przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych - 37 000, dla poleconych - 300 000, dla poleconych ZPO - 200 000), wobec sformułowania kryterium „liczba osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie

75.000 pracowników (zatem spółka ta wykazała niemal wszystkich zatrudnionych przez nią na podstawie umowy o pracę). Jednocześnie, w przetargu organizowanym przez Izbę Skarbową w Warszawie (nr zamówienia: PN/7/Poczta/2015, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych - 2200, zaś dla poleconych ZPO - 43 000) wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników Wykonawcy zaangażowanych do realizacji przedmiotu umowy z Zamawiającym, zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 37.640 pracowników. Nadto w przetargu organizowanym przez Centrum Usług Wspólnych (nr postępowania: 5-WZLO/11-WW-DD/35-WASK/2015/PN/MO, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych - 2500, dla poleconych - 5700, dla poleconych ZPO - 2000), wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych na umowę o pracę, związaną z bezpośrednim odbiorem i dostarczaniem przesyłek pocztowych, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień 30.06.2015 r.”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 64.205 pracowników. Zamawiający określił lakonicznie i zbyt ogólnie, jak interpretować katalog osób uczestniczących przy wykonaniu zamówienia. Tym samym - co ukazują wyżej wykazane przykłady – wskazana przez wykonawców liczba może być skrajnie różna, a tym samym postępowanie zostanie obciążone nieusuwalną wadą powodującą jego unieważnienie.

Problematiczne jest określenie „działalność wykonawcy związana z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”, skoro w jednym z zamówień określono liczbę tych osób na 75.000, zaś w innym przetargu, odnoszącym się tylko do pracowników operacyjnych, liczba ta wynosiła 37.640 osób, z kolei w przetargu dla Centrum Usług Wspólnych, liczbę osób związanych z bezpośrednim odbiorem i dostarczaniem przesyłek pocztowych, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, Poczta Polska oszacowała na poziomie aż 64.205 osób. Powyższe jest szczególnie znamienne w kontekście przetargu dla Centrum Usług Wspólnych, gdzie do obsługi niemal 10.000 przesyłek przez cały okres realizacji zamówienia Poczta Polska wskazała aż 64.205 pracowników przy 102 pracownikach wykazanych w tym samym postępowaniu przetargowym przez PGP. Odwołujący podniósł, że opis kryterium „działalność wykonawcy związana z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego” winien jasno, precyzyjnie i w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać charakter wykonywanych prac przez osoby wykonujące wyżej wskazaną działalność.

W ocenie odwołującego promowanie bezwzględnej liczby pracowników zatrudnionych na umowę o pracę rozstrzyga losy tego postępowania przetargowego jeszcze przed złożeniem przez wykonawców ofert. Z jednej strony mamy bowiem do czynienia z niedawnym monopolistą rynku pocztowego mającym status tzw. operatora wyznaczonego i

zatrudniającym ponad 80.000 pracowników na podstawie umów o pracę, z drugiej przyznanie 10% tego kryterium wobec zrównania się cen usług pocztowych uniemożliwia odwołującego nawiązanie konkurencji. Odwołujący nie może nawet gdyby w całości zastosował umowy o pracę w odniesieniu do listonoszy/doręczycieli/kurierów i osób odbierających pocztę - nawiązać konkurencji z Pocztą Polską S.A.

Odwołujący nadmienił, że Poczta Polska S.A. posiada status tzw. operatora wyznaczonego w rozumieniu przepisów ustawy Prawo pocztowe. Oznacza to nałożenie na tego wykonawcę szeregu dodatkowych obowiązków, w tym także w zakresie utrzymywania placówek pocztowych nawet pomimo ich nierentowności. Usługi powszechne stanowią niemal połowę usług pocztowych realizowanych przez tego operatora (711 milionów sztuk usług za 2014 rok). Przychód ze świadczenia powszechnych usług pocztowych przez Pocztę Polską S.A. wynosił w 2014 roku aż ok. 75% całkowitego przychodu Poczty Polskiej S.A. w 2014 roku. Poczta Polska posiada zatem niejako z samego faktu posiadania statusu operatora wyznaczonego przewagę w liczbie zatrudnionych osób na podstawie umów o pracę, która nie może być zniwelowana przez innych wykonawców. Zawarte w SIWZ określenie „działalność wykonawcy związana z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego” odnosić się może w praktyce nie tyle do liczby osób niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, co do liczby wszystkich osób zatrudnionych przez danego wykonawcę. Przykładowo znacząco większe kontrakty na świadczenie usług pocztowych dla wymiaru sprawiedliwości (największy przetarg publiczny na usługi pocztowe w Polsce) PGP wraz z podmiotami współpracującymi wykonuje liczbą około 15.000 pracowników oraz współpracowników. Skoro zatem niniejsze zamówienie można z powodzeniem wykonać podobną liczbą pracowników, to dodatkowe promowanie zatrudnienia na poziomie przykładowo 75.000 osób wypacza przebieg postępowania przetargowego.

Odwołujący wywiódł, że w art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 wymaga się, by kryteria udzielania zamówień były związane z przedmiotem zamówienia. W tym względzie motyw czterdziesty szósty dyrektywy wskazuje w akapicie trzecim, że *„określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz na ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert”*, przy czym *„ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie”* jest ta, która prezentuje najlepszą relację jakości do ceny”. Zamawiający doprowadził do sytuacji, gdy w sposób faktyczny może dojść do wyboru oferty nie prezentującej „najlepszej relacji jakości do ceny” ze względu właśnie na brak związania sposobu ukształtowania kryterium z przedmiotem zamówienia. W sytuacji w której PGP lub inny wykonawca podjąłby się wysiłku zatrudnienia wszystkich pracowników wykonujących świadczenia na podstawie umów o pracę to nadal

wybrana zostałaby nie oferta z najkorzystniejszą ceną - ale ofertą z największą ilością pracowników, nawet gdyby oferta Poczty Polskiej S.A. była droższa o około 10% ceny.

Odwołujący wywiódł, że kwestionuje sam sposób obliczania tego kryterium w formie zaproponowanej przez Poczta Polska S.A., opierający się na stosunku pewnej absolutnej wartości (liczba pracowników), z oczywistych względów wyższej tylko dla jednego wykonawcy (Poczty Polskiej S.A.), do wartości wskazanej przez innych wykonawców (pozostałych operatorów pocztowych). W ocenie odwołującego, punktem wyjścia dla sposobu obliczania kryterium „liczba pracowników” winien być procentowy stosunek zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych przez wykonawcę, w takim bowiem wypadku możliwa jest do zachowania zasada proporcjonalności oraz zasady wynikające z art. 7 ustawy Pzp, zaś poszczególni wykonawcy nie są porównywani do wykonawcy (Poczty Polskiej S.A.), który, świadom poziomów zatrudnienia w działalności operacyjnej występujących na rynku usług pocztowych, zaoferował kryterium obliczane w sposób korzystny tylko dla siebie, nie posiadający obiektywnego charakteru.

Odwołujący dodał, że sposób obliczania kryterium społecznego w sposób wskazany przez odwołującego został zastosowany w największym w tej części Europy przetargu na świadczenie usług pocztowych, mianowicie przetargu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz sądów powszechnych (nr sprawy: ZP-01/2015). W przetargu tym jednym z kryteriów oceny ofert jest „kryterium społeczne”, które zostało opisane jako procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia, zaś liczba ta ma uwzględniać osoby, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek sądowych (tj. doręczyciele-listonosze, osoby wydające korespondencję).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Wskazał, że unieważni czynność zmiany treści SIWZ w zakresie opisu oraz sposobu oceny ofert w kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę” i dokona żądanej w odwołaniu zmiany. Zamawiający w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Poczta Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej również

„przystępującym”. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. W sprzeciwie przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikację SIWZ z 27 lipca 2015 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie z 11 sierpnia 2015 r., sprzeciw z 17 sierpnia 2015 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:**

Zamawiający – Urząd Dozoru Technicznego w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług pocztowych dla przesyłek o masie do 2000g oraz paczek o masie do 20kg na terenie kraju oraz poza jego granicami na potrzeby wszystkich jednostek organizacyjnych Urzędu Dozoru Technicznego”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Poczta Polska S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Izba postanowiła, na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp oddalić opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Poczta Polska S.A. gdyż stwierdziła, że odwołujący nie uprawdopodobnił, iż Poczta Polska S.A. nie na interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Odwołujący w zgłoszonej opozycji podniósł, że zgłosił w odwołaniu ostatecznie jedynie żądanie doprecyzowania niejasnego kryterium oceny ofert, zaś żądanie wykreślenia kryterium wycofał. Na podstawie powyższego wywiódł, że uwzględnienie odwołania nie godzi w

interesy Poczty Polskiej. Izba stwierdziła, że o ile samo ogólne żądanie doprecyzowania spornego kryterium może nie godzić w interesy Poczty Polskiej S.A., o tyle w interes ten może godzić proponowany przez odwołującego sposób modyfikacji tego kryterium. Powyższe potwierdziła na posiedzeniu sama Poczta Polska S.A. wskazując na jedno z alternatywnych żądań odwołującego. Izba stwierdziła, że nie można wykluczyć, iż jedna z proponowanych przez odwołującego modyfikacji kryterium społecznego, zgodnie z którą w kryterium „liczba pracowników” winien być badany procentowy stosunek zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych przez wykonawcę, może być mniej dogodny dla Poczty Polskiej S.A. W konsekwencji stwierdzono, że przystępujący jest zainteresowany w oddaleniu odwołania i w utrzymaniu dotychczasowych postanowień specyfikacji. Mając powyższe na uwadze, Izba oddaliła zgłoszoną opozycję.

Stwierdzono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu kryteriów oceny ofert, sporządzenie tego opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców jak również w sposób, który jest niejednoznaczny, godzi w interes wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem zamówienia publicznego a nadto może prowadzić do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego, usług pocztowych zwanych dalej „usługami”, dla przesyłek listowych o masie do 2000 g oraz paczek o masie do 20 kg, na terenie kraju i poza jego granicami (pkt II SIWZ). Zamawiający sprecyzował w rozdziale XV, 1 SIWZ, że przy wyborze oferty będzie się kierował n/w kryteriami:

Cena (C) 95 %

Godziny odbioru poczty 2 %

Elektroniczne raporty 2 %

Elektroniczne potwierdzenia odbioru przesyłek 1 %

Ustalono także, że zamawiający w dniu 27 lipca 2015 r., w odpowiedzi na wniosek Poczty Polskiej S.A., zdecydował się na dokonanie modyfikacji treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez dodanie obok już istniejących kryteriów, kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, któremu nadał współczynnik 10%, jednocześnie zmniejszając wagę kryterium ceny do 85%. Zamawiający opisał następujący sposób obliczania kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”:

$$Z = \frac{Z_x}{Z_{max}} \times 10 \text{ punktów}$$

gdzie:

*Z = liczba punktów za kryterium*

*Z<sub>x</sub> = liczba pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień rozpoczęcia świadczenia usług, wynikająca z badanej oferty;*

*Z<sub>max</sub> = liczba pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień rozpoczęcia świadczenia usług, wynikająca z oferty o najwyższej deklarowanej liczbie pełnozatrudnionych, która podlegają ocenie.*

*Przez działalność operacyjną Zamawiający rozumie działalność Wykonawcy związaną z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.*

Ustalono także, że zamawiający w § 2 ust. 6 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) przewidział, że *W* związku z faktem, iż jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia było kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę” Wykonawca, zobowiązuje się do utrzymania w czasie obowiązywania umowy poziomu zatrudnienia zadeklarowanego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdzeniem spełnienia powyższego wymogu będzie oświadczenie składane przez Wykonawcę: w dniu podpisania umowy, a ponadto do 20 dnia pierwszego miesiąca kwartału kalendarzowego za kwartał poprzedni. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji przedmiotowego oświadczenia poprzez żądanie od Wykonawcy przedłożenia kopii umów o pracę pracowników objętych oświadczeniem, w terminie nie dłuższym niż 15 dni od zgłoszenia żądania przez Zamawiającego.

Nadto, w § 5 ust. 4 pkt c wzoru umowy zastrzeżono, iż *Prawo do wypowiedzenia umowy, o którym mowa w ust. 3 przysługuje Zamawiającemu w szczególności gdy Wykonawca nie będzie przestrzegał obowiązku utrzymania wskaźnika zatrudnienia zgodnie z § 2 ust. 6 zdanie 1 (co najmniej 2 kwartały w czasie obowiązywania umowy) lub nie przedstawi oświadczenia lub kopii umów, o których mowa w § 2 ust. 6 zdanie 2 (opóźnienie w dostarczeniu oświadczenia lub kopii umów powyżej 25 dni).*

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż stwierdziła, że zamawiający dopuścił się takich naruszeń ustawy Pzp, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Izba stwierdziła, że zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wprowadził kryterium „Liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę”. Sposób obliczania tego kryterium:

$$Z = \frac{Z_x}{Z_{\max}} \times 10 \text{ punktów}$$

gdzie:

Z = liczba punktów za kryterium

Z<sub>x</sub> = liczba pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień rozpoczęcia świadczenia usług, wynikająca z badanej oferty;

Z<sub>max</sub> = liczba pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień rozpoczęcia świadczenia usług, wynikająca z oferty o najwyższej deklarowanej liczbie pełnozatrudnionych, która podlegają ocenie.

Przez działalność operacyjną Zamawiający rozumie działalność Wykonawcy związaną z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że ostatecznie nie była przedmiotem zarzutów sama zasadność zastosowania przez zamawiającego społecznego kryterium oceny ofert. Przyznać należało rację przystępującemu, że lektura odwołania w tym zakresie prowadziła do wniosków o jego wewnętrznej sprzeczności. Z jednej strony odwołujący w treści uzasadnienia faktycznego odwołania wprost stwierdził, że nie kwestionuje samej zasadności wprowadzenia kryterium społecznego ani jego wagi, ale jedynie sposób obliczania tego kryterium. Z drugiej jednak strony jako jedno z alternatywnych żądań pojawił się w odwołaniu wniosek o wykreślenie z SIWZ kryterium społecznego. Ostatecznie jednak odwołujący na posiedzeniu cofnął to żądanie. Wobec braku sporu w tym zakresie pomiędzy odwołującym a wnoszącym sprzeciw Izba nie odniosła się do tej kwestii przy wyrokowaniu.

Ostatecznie spór pomiędzy odwołującym a przystępującym wnoszącym sprzeciw sprowadzał się do stwierdzenia, czy rzeczywiście, jak utrzymywał odwołujący, społeczne kryterium oceny ofert w brzmieniu, jakie sformułował zamawiający, jest niejasne i nieprecyzyjne a także czy narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*. Ponadto, w myśl art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, *która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną*. Natomiast, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, *specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert*. Z kolei art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Wreszcie, stosownie do art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, *kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji*.

Jak wskazano w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i być zgodne z zasadami podstawowymi prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji. Orzeczenie to dotyczyło wprawdzie kryteriów oceny ofert o charakterze środowiskowym, ale zasady dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert jakie sformułował Trybunał można uznać za uniwersalne.

Izba stwierdziła, że opis społecznego kryterium oceny ofert w takim brzmieniu, jakie zamawiający zamieścił w specyfikacji jest niejednoznaczny, nieprecyzyjny i może budzić istotne wątpliwości interpretacyjne. Natomiast zastosowanie wadliwego kryterium prowadzi do niezapewnienia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jak wynika z przywołanych przepisów prawa na zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego i transparentnego określenia kryteriów oceny ofert w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić należy, że ustawodawca dwukrotnie w art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp jak i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wskazał na obowiązek zamieszczenia w SIWZ kryteriów oceny ofert, czyli elementów, którymi zamawiający będzie się kierował oceniając składane mu oferty. Powyższe doprecyzowano przez nałożenie obowiązku opisanie sposobów oceny ofert. Nałożone przez ustawodawcę obowiązki wynikają z konieczności zapewnienia, aby na późniejszym etapie – to jest etapie wyboru ofert, oferty te nie były wybierane dowolnie, arbitralnie, ale właśnie na podstawie owych kryteriów. Ponadto

znajomość tych kryteriów na etapie ofertowania jest kluczowa z punktu widzenia wykonawców. Umożliwia złożenie oferty w warunkach, w których wiedzą czym zamawiający będzie się kierował wybierając ofertę najkorzystniejszą. Ponadto, oferta wykonawcy jest odpowiedzią na postanowienia SIWZ, zaś treść SIWZ, w tym kształt kryteriów, wpływa niewątpliwie na treść oferty.

Izba stwierdziła, że zamawiający, pomimo nałożenia na niego przez ustawodawcę wymogu sformułowania w specyfikacji jasnych kryteriów oceny ofert, nie sprostał temu obowiązkowi. Zdaniem Izby za nad wyraz nieprecyzyjne, pozwalające zamawiającemu na swobodną decyzję co do wyboru oferty, uznano kryterium odnoszące się do liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w działalności wykonawcy „związanej z przedmiotem postępowania”. Przychylnono się do stanowiska odwołującego, że ostatni fragment definicji jest źródłem istotnych wątpliwości interpretacyjnych. Zdaniem Izby, na skutek powyższego postanowienia może powstać po stronie wykonawców uzasadniona niepewność co do tego, którzy jego pracownicy zostaną uznani za zatrudnionych w działalności „związanej z realizacją usług objętych postępowaniem”. Ponadto, jak słusznie dostrzegł odwołujący, kryterium oceny ofert w brzmieniu proponowanym przez zamawiającego, przy jego szerokiej interpretacji, całkowicie abstrahowałoby od przedmiotu zamówienia. Dostrzeżenia wymagało, że zarówno w art. 2 pkt 5 jak i art. 91 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca dwukrotnie akcentował konieczność zachowania związku kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Izby, obowiązkowi takiego nie uchyła fakt, że w przypadku usług o charakterze niepriorytetowym, do jakich zalicza się usługi pocztowe, nie znajduje zastosowania zakaz formułowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy (art. 5 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe oznacza jedynie, że w przypadku tego rodzaju usług, kryteria oceny ofert mogą odnosić się do właściwości wykonawcy. Zdaniem Izby, nie może to być jednak każda, dowolna właściwość wykonawcy, nawet taka która w ogóle nie ma znaczenia z punktu widzenia realizowanej usługi i wbrew art. 2 pkt 5 jak i art. 91 ust. 2 Pzp odrywa się od przedmiotu zamówienia. Zaakceptowanie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że zamawiający posiada bezwzględną swobodę wyboru wykonawcy ze względu na dowolnie obraną przez siebie cechę. Powyższe byłoby nie do pogodzenia z zasadami uczciwego konkurencyjnego i równego traktowania wykonawców, wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że przedmiotem zamówienia, jak wynikało z SIWZ, jest świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego, usług pocztowych na terenie kraju i poza jego granicami na potrzeby jednostek organizacyjnych zamawiającego, a zatem generalnie odbiór, przemieszczanie i doręczanie przesyłek i paczek, jak również ich zwrot po bezskutecznych próbach doręczenia. Biorąc pod uwagę specyfikę tych usług

powstaje wątpliwość, czy w liczbie tej należy ujmować tylko pracowników wykonawcy, którzy na pewno będą bezpośrednio realizować usługę pocztową na rzecz zamawiającego (np. doręczyciele, listonosze, kurierzy), czy również takich, którzy będą je mogli wykonywać jedynie hipotetycznie i teoretycznie czy też takich, o których z dużym prawdopodobieństwem można powiedzieć, że w ogóle nie będą wykonywali jakichkolwiek czynności. Wreszcie nie wiadomo, czy za działalność związaną z realizacją usług pocztowych zostanie uznana działalność towarzysząca działalności polegającej na odbieraniu i doręczaniu przesyłek, na przykład działalność wykonawcy związana z obsługą handlową zamawiającego, obsługą wystawianych za realizację zamówienia faktur, czy przykładowo obsługą sekretarską zarządu spółki wykonawcy, który wszak zarządza całością jej spraw spółki, w tym również i działalnością stricte pocztową. Jak słusznie wskazywał odwołujący w odwołaniu, przy zbliżonych postanowieniach SIWZ w zakresie społecznych kryteriów oceny ofert stosowanych przez innych zamawiających Poczta Polska S.A. wskazywała w analogicznych okresach diametralnie inne liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez sprecyzowanie jakiego rodzaju czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy zostaną uznane za pracę związaną z realizacją usług na rzecz zamawiającego. Nie można zgodzić się z przystępującym, że odwołujący nie zdołał wyartykułować w odwołaniu, w jakim kierunku należy zmienić kwestionowany opis kryterium oceny ofert. Odwołujący sprostał temu wymogowi w sposób dostateczny w uzasadnieniu faktycznym zarzutów, do którego odesłał opisując swe żądanie. Odwołujący zażądał w odwołaniu m.in., aby definicja „działalności wykonawcy związanej z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego” jasno, precyzyjnie i w sposób nie budzący wątpliwości wskazywała charakter wykonywanych prac przez osoby wykonujące wyżej wskazaną działalność (por. pkt IV. 5 odwołania). Do tak sprecyzowanego żądania Izba przychyliła się nakazując zamawiającemu w pkt 1 sentencji dokonanie stosownej modyfikacji SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do sformułowanego w odwołaniu alternatywnego żądania, zgodnie z którym punktem wyjścia dla sposobu obliczania kryterium „liczba pracowników” winien być procentowy stosunek zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych przez wykonawcę. Jak słusznie dostrzegł przystępujący, odwołujący okazał się niekonsekwentny w swojej argumentacji. Z jednej strony kwestionował określony w SIWZ sposób obliczania kryterium z tego powodu, że jego zdaniem opierał się na stosunku pewnej absolutnej wartości (liczby pracowników) w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, zaś z drugiej strony w swej propozycji postulował właśnie premiowanie stosunku osób zatrudnionych u wykonawcy na podstawie umowy o

pracę do ogółu zatrudnionych u wykonawcy, co również może być uznane za całkowicie oderwane od usługi świadczonej na rzecz zamawiającego. Wzięto pod uwagę, że postulowane przez odwołującego kryterium całkowicie abstrahowałoby od przedmiotu zamówienia. Tymczasem, jak wynika z art. 2 pkt 5 i art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, pozacenowe kryteria oceny ofert, powinny wykazywać związek z przedmiotem zamówienia. Podkreślić należy w tym miejscu, że wbrew stanowisku odwołującego, sposób obliczania kryterium społecznego proponowany przez odwołującego nie został zastosowany w przetargu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz sądów powszechnych (nr sprawy: ZP-01/2015). Jak wynika z uzasadnienia wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1040/15 i KIO 1043/15 (dostępny na stronie internetowej [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl)), w przetargu tym jednym z kryteriów oceny ofert było bowiem „kryterium społeczne”, które zostało opisane jako procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia, zaś liczba ta ma uwzględniać osoby, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek sądowych (tj. doręczyciele-listonosze, osoby wydające korespondencję). Natomiast wprowadzenia analogicznego kryterium oceny ofert odwołujący się nie domagał. Biorąc powyższe pod uwagę, żądanie zmiany opisu kryterium w ten sposób że punktem wyjścia dla sposobu obliczania kryterium „liczba pracowników” winien być procentowy stosunek zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych przez wykonawcę, zostało oddalone.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Dokonany przez zamawiającego opis kryteriów oceny ofert nie odpowiadał bowiem przepisom ustawy Pzp, co mogło wywrzeć wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. Wobec powyższego nakazano zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SIWZ zawierających wadliwy opis kryterium.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do żądań, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Z kolei, w myśl *art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp*, *koszty postępowania odwoławczego ponosi, w okolicznościach o których mowa w ust. 4 wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę*. 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.*

Biorąc powyższe pod uwagę, całością kosztami postępowania odwoławczego obciążono przystępującego, który wniósł sprzeciw.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....