

WYROK
z 30 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie 28 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach Prawych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji warunków zamówienia polegającą na usunięciu kryterium oceny ofert „Test umiejętności i rozmowa kwalifikacyjna” albo zamianie kryterium oceny ofert „Test umiejętności i rozmowa kwalifikacyjna” innym, pozacenowym kryterium oceny ofert, skonstruowanym w sposób jednoznaczny i zrozumiały,
 - 1.2 przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Grupę Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach Prawych tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego - Gminy Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli na rzecz Odwołującego - Grupy Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach Prawych kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 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.

.....

Sygn. akt: KIO 2389/21

Uzasadnienie

Gmina Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą: „Rozbudowa Szkoły Podstawowej oraz budowa pełnowymiarowej sali gimnastycznej w msc. Skuły”, numer: RI.271.2.27.2021, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00134323/01.

9 sierpnia 2021 r. wykonawca Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach Prawych (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1 - 3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 240 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 241 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 5 Pzp, przez wadliwe określenie kryterium pozacenowego oceny ofert w zakresie „testu umiejętności i rozmowy kwalifikacyjnej” w sposób, który naruszał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, przez premiowanie wykonawców za doświadczenie kierownika budowy, na podstawie informacji niezawartych w ofercie, lecz wykreowanych przez Zamawiającego w toku badania ofert, przy czym zakładany proces kreowania tych informacji jest arbitralny, niejasny, niezapewniający równego traktowania, nieweryfikujący kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji, lecz wiedzę z zakresu SWZ i oferty. W konsekwencji kryterium to nie będzie stanowiło legalnego kryterium jakości, lecz będzie służyło uprzywilejowaniu konkretnego wykonawcy, przez co kryterium oderwane jest od przedmiotu zamówienia i nie przyczynia się do faktycznej gradacji ofert pod badanym kątem, lecz gwarantuje przydzielenie 20 pkt (waga 20%) preferowanemu wykonawcy, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
2. niezwłocznego przekazania wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ dokonanej zmiany Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, oraz zamieszczenia zmiany Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ zostało udostępnione,
3. przesunięcia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W Rozdziale III 'Informacje o przebiegu postępowania' w ust. 4. 'Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert' SWZ Zamawiający wskazał ,że będzie oceniał wnioski zgodnie z następującymi kryteriami:

1. Cena - waga: 60 %,
2. Test umiejętności i rozmowa kwalifikacyjna - waga: 20 %,
3. Okres gwarancji i rękojmi za wady - waga: 10 %,
4. Doświadczenie - waga: 10 %.

Kryterium testu umiejętności i rozmowy kwalifikacyjnej zostało uregulowane w następujący sposób:

„Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium to 20 punktów.

Opis sposobu przeprowadzenia testu umiejętności:

- a) Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania podczas testu umiejętności to 10 punktów.
- b) Osoba zaproponowana do objęcia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej zostanie zaproszona z co najmniej trzydniowym wyprzedzeniem do przybycia do siedziby Zamawiającego w celu rozwiązania testu znajomości treści SWZ oraz oferty wykonawcy, a także przeprowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej.

- c) Zamawiający przedłoży kandydatowi test do rozwiązania z liczbą 10 pytań (udzielenie 1 poprawnej odpowiedzi na 1 pytanie = 1 punkt).

Kandydat otrzyma 15 minut na rozwiązanie testu.

Następnie, w przypadku otrzymania przez kandydata minimum 6 punktów z wyniku testu Zamawiający przedstawi kandydatowi opisy dwóch sytuacji problemowych, wymagających reakcji kierownika budowy/robót w trakcie realizacji robót.

Opis sposobu przeprowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej:

- d) Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania podczas rozmowy kwalifikacyjnej to 10 punktów.

- e) Zadaniem kandydata będzie dokonanie analizy przypadków i zaproponowanie odpowiedniego działania wraz z uzasadnieniem.

– Czas na przygotowanie do udzielenia odpowiedzi będzie wynosił 10 minut. Kandydat otrzyma 10 minut na udzielenie odpowiedzi.

– Kandydat przedstawi odpowiedzi na zadane pytania w formie zwartej wypowiedzi, która będzie nagrywana.

– Zamawiający będzie miał prawo zadawania pytań uszczegóławiających oraz zadawania pytań dotyczących merytorycznej strony oferty wykonawcy, w tym pytań uszczegóławiających oraz sprawdzających znajomość praw i obowiązków stron procesu inwestycyjnego wynikających z przepisów prawa oraz SWZ.

- f) Punkty przyznane kandydatowi za odpowiedzi udzielone w ramach rozmowy kwalifikacyjnej zostaną przyznane w następujący sposób:

– Za każdą udzieloną odpowiedź kandydat może otrzymać od 0 albo 5 punktów, przy czym:

• 0 punktów będzie przyznane, gdy w udzielonej odpowiedzi rozwiązanie jest nie w pełni poprawne lub jest poprawne, lecz brak jest uzasadnienia lub uzasadnienie jest błędne, lub rozwiązanie jest niewłaściwe, lecz argumentacja pokazuje właściwe rozumienie zasad i przepisów;

• 5 punktów będzie przyznane, gdy w udzielonej odpowiedzi rozwiązanie jest właściwe, argumentacja jest poprawna i pogłębiona, z wykorzystaniem doświadczenia kandydata, praktyki lub ewentualnego orzecznictwa czy doktryny.

– Punkty za rozmowę kwalifikacyjną będą przyznane kandydatowi w liczbach całkowitych, przez każdego z członków komisji oraz zostanie wyciągnięta średnia arytmetyczna. Następnie do tej liczby zostaną dodane punkty uzyskane z rozwiązania testu.

W przypadku gdy kandydat nie zostanie dopuszczony do rozmowy kwalifikacyjnej, wówczas otrzyma tylko punkty uzyskane w wyniku rozwiązania testu”.

Zdaniem Odwołującego ww. kryterium oraz opis przyznawania punktów w jego ramach w rażący sposób naruszają szereg przepisów Pzp, w tym art. 240 ust. 1 i 2 Pzp.

Kwestionowane kryterium jakościowe nie jest jednoznaczne, gdyż mimo rozbudowanego opisu brak informacji co do sposobu oceny kierownika budowy, zaś samo kryterium jest skonstruowane w taki sposób, aby pozostawić Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej, przez umożliwienie faworytowi przyznania 20 pkt, zaś pozostałym wykonawcom 0 punktów w ramach kryterium.

Informacje, które będą punktowane przez Zamawiającego – wbrew wyraźnej dyspozycji art. 240 ust. 2 Pzp – wcale nie będą wynikały z informacji przedstawionych w ofertach, lecz będą stworzone w toku badania treści tej oferty, i będą wynikały z informacji wykreowanych przez Zamawiającego po terminie składania ofert, gdy ceny wszystkich ofert (stanowiące 60% wagi) będą już Zamawiającemu znane. Zamawiający może bowiem zaskoczyć wykonawców dowolnymi pytaniami, nieznanymi na obecnym etapie postępowania, stosując różny poziom trudności pytań pisemnych i ustnych, w zależności, czy egzaminowany wykonawca jest faworytem czy też nie. W ten sposób Zamawiający może doprowadzić do sytuacji, w której punktacja otrzymana w tym kryterium będzie wcześniej znana komisji przetargowej

niż pozostałe parametry wskazane w kryteriach oceny ofert. Ponadto egzamin ustny kandydata na kierownika będzie oceną subiektywną poszczególnych członków komisji. Na tej podstawie, Zamawiający wykreuje treść oświadczeń, którą następnie oceni. Taka procedura w rażący sposób narusza nie tylko przepisy szczegółowe, dotyczące kryteriów oceny ofert, lecz również prymarne zasady dot. równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji

i przejrzystości postępowania.

Pytania weryfikować mają wiedzę kierownika budowy, zaś Pzp przewiduje możliwość weryfikacji kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Przepis art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp stanowi bowiem, że „kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: (...) 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”. Jak stanowi zaś art. 242 ust. 1 Pzp, „kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia”, zatem żądanie wykazaniem się dodatkowymi kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem musi wprost przekładać się na użyteczność tych dodatkowych kwalifikacji i doświadczenia do wykonania tego konkretnego zamówienia. Na przykład, dodatkowymi kwalifikacjami zawodowymi byłoby

punktowanie posiadania certyfikatu z klauzulą tajności poufne, tajne i ściśle tajne, podczas gdy warunek minimalny dotyczył klauzuli zastrzeżone. Zaś dodatkowo punktowanym doświadczeniem są kolejno zrealizowane przedsięwzięcia. W każdym jednak zakresie, już na etapie składania ofert wykonawcy muszą wiedzieć co i jak będzie punktowane oraz mieć możliwość zweryfikowania, czy dane żądania są związane z przedmiotem zamówienia. Tymczasem art. 242 ust. 2 Pzp jasno stanowi, że „związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia”. Zatem, kryterium jakościowe winno dotyczyć kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, które będą punktowały przy rozbudowie szkoły podstawowej oraz budowie pełnowymiarowej sali gimnastycznej w Skułach. Weryfikacja wiedzy teoretycznej dot. SWZ czy treści oferty, nie może być traktowana jako kryterium związane z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 241 ust. 1 i 2 Pzp Zamawiający, jako gospodarz postępowania, może dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Limitem swobody zamawiającego, wynikającym z obowiązku stosowania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego. W przedmiotowym przetargu zamiast ustanowienia przejrzystych procedur Zamawiający zapewnił sobie możliwość arbitralnego oceniania ofert, która to ocena następnie nie będzie mogła być weryfikowalna w sposób zero-jedynkowy, gdyż zakres badań może być zupełnie różny, a wówczas złożone oferty nie będą w żaden sposób porównywalne. Nawet gdyby jednak Zamawiający przewidział, że treść pisemnych jak i ustnych pytań będzie identyczna dla każdego wykonawcy oraz, że identyczne będą wszelkie pytania uszczegóławiające, to i wówczas tak skonstruowane kryterium byłoby z gruntu wadliwe,

z uwagi na niespełnienie wymogu oceny treści oferty.

Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. Uwzględniając charakter zamówienia i jego cel, obiektywnie uzasadnione są takie kryteria dotyczące kierownika budowy, które pozwalałyby na realne ustanowienie gradacji jakości zaoferowanych ofert i premiowanie tych wykonawców, którzy dają rękojmię realizacji zamówienia na najwyższym poziomie. Równocześnie, ustanowione kryterium jakościowe nie może dyskryminować wykonawców, których właściwości (tutaj: posiadanie zasobów osobowych z wysokimi kwalifikacjami

zawodowymi i bogatym doświadczeniem) predestynują ich do uzyskania maksymalnej ilości punktów w omawianym kryterium, gdyż są w stanie spełnić te najwyższe standardy.

Zdaniem Odwołującego nielogiczne byłoby przyjęcie, że kwestionowane kryterium jakościowe wynika z podważania przez Zamawiającego rangi uprawnień i celowości uzyskiwania uprawnień kierownika budowy. Również nielogiczne byłoby przyjęcie, że dla Zamawiającego istotniejszy jest test składający się z 15 pytań pisemnych oraz rozmowa kwalifikacyjna składająca się z opisu 2 sytuacji problematycznych, niż cały proces weryfikacyjny, który musiała przejść osoba z uprawnieniami kierownika budowy.

Choć Zamawiający ma prawo swobodnie kształtować jakościowe kryteria oceny ofert, każdorazowo musi być w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem, że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości. Tymczasem, udzielenie pozytywnych odpowiedzi w teście wiedzy dot. treści SWZ oraz treści oferty, nie będzie przekładało się realnie na jakość zasobu osobowego, tj. kwalifikacje zawodowe i doświadczenie kierownika budowy.

Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury – przez promowanie określonych cech lub funkcjonalności – prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W przeciwnym razie, jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci wyboru oferty lepszej jakościowo.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Odwołujący zażądał zastąpienia przytoczonej wyżej treści z Rozdziału III „Informacje o przebiegu postępowania” w ust. 4. „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” następującymi postanowieniami:

„Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i odpowiadającymi im znaczeniami oraz w następujący sposób będzie oceniał spełnienie kryteriów:

Lp.	Opis kryterium oceny	Znaczenie (%)
1.	Cena	60 %
2.	Doświadczenie kierownika budowy	30 %

3.	Okres gwarancji i rękojmi za wady	10 %
4.	Doświadczenie	10 %
	Razem	100 %

Oferty będą oceniane przez komisję przetargową metodą punktową w skali 100-punktowej

(1 % = 1 pkt).

1. CENA – 60 % (...)

2. DOŚWIADCZENIE KIEROWNIKA BUDOWY – 30%

a) Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium to 20 punktów.

b) Ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” dokonana zostanie na podstawie ilości zadeklarowanego doświadczenia, polegającego na udziale wskazanej w ofercie osoby w robotach budowlanych (udział w realizacji kontraktu) jako kierownik budowy na budynku użyteczności publicznej, zaś budynek ten uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, przy czym roboty budowlane polegały na budowie/przebudowie/rozbudowie, a wartość tych robót (wykazywanego kontraktu) wynosiła co najmniej 4.000.000,00 PLN brutto. W przypadku robót, których wartość została wyrażona w umowie w innej walucie niż PLN należy dokonać przeliczenia tej waluty na PLN przy zastosowaniu średniego kursu NBP na dzień zakończenia robót (w przypadku robót rozliczanych wyłącznie w walutach innych niż PLN).

c) Punkty w omawianym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

- 0 pkt - w przypadku nie wykazania w ofercie w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” żadnego doświadczenia dla kierownika budowy albo nie wykazania w ofercie żadnego adekwatnego doświadczenia kierownika budowy,
- 5 pkt - za wykazanie w ofercie w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” jednego adekwatnego doświadczenia kierownika budowy,
- 10 pkt - za wykazanie w ofercie w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” dwóch adekwatnych doświadczeń kierownika budowy,

- 20 pkt - za wykazanie w ofercie w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” trzech adekwatnych doświadczeń kierownika budowy,
- 30 pkt - za wykazanie w ofercie w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” czterech lub więcej adekwatnych doświadczeń kierownika budowy, Osoba wskazana w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, tj. kierownik budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, musi być również – pod rygorem odrzucenia oferty – wskazana w wykazie osób – załącznik nr 5 do SWZ.

2. OKRES GWARANCJI I RĘKOJMI ZA WADY– 10 %

(...)

3. DOŚWIADCZENIE—10 %

~~Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium to 10 punktów. Zamawiający przyzna punkty za wykonane roboty budowlane w następujący sposób:~~

- ~~= Za wykazanie każdej zrealizowanej roboty budowlanej ponad wymagane minimum, w której uczestniczyła osoba wskazana przez Wykonawcę jako kierownik budowy/kierownik robót (patrz: warunki udziału w postępowaniu – rozdział II podrozdział 7 pkt 1) SWZ) Wykonawca otrzyma 5 punktów.~~
- ~~= Niezależnie od ilości wykazanych w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SWZ) przez Wykonawcę doświadczeń zawodowych – Zamawiający maksymalnie w tym kryterium przyjmie do oceny nie więcej niż 2 wykonane roboty budowlane.~~
- ~~= Osoba wskazana w kryterium „Doświadczenie zawodowe”, tj. kierownik budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, musi być również – pod rygorem odrzucenia oferty – wskazana w wykazie osób – załącznik nr 5 do SWZ.~~

~~Łączna liczba punktów = liczba punktów za: cenę (maks. 60) + doświadczenie kierownika budowy (maks. 30) + okres gwarancji i rękojmi za wady (maks. 10).”~~

W związku z postulowanymi zmianami w treści Ogłoszenia o zamówienia i SWZ Odwołujący wniósł o wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, liczonego od czasu przekazania do publikacji zmiany Ogłoszenia o zamówienia, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołania, a w toku rozprawy nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

27 września 2021 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ. Zmiana w pewnym stopniu objęła również kwestionowane przez Odwołującego postanowienia dotyczące sposobu oceny ofert w ramach kryterium testu umiejętności i rozmowy kwalifikacyjnej. Postanowienia te po zmianach nabrały następującego brzmienia:

1. TEST UMIEJĘTNOŚCI I ROZMOWA KWALIFIKACYJNA – 20%

„Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium to 20 punktów. Osoba biorąca udział w kryterium „Test umiejętności i rozmowa kwalifikacyjna”, tj. kierownik budowy/robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, musi być również – pod rygorem odrzucenia oferty – wskazana w wykazie osób – załącznik nr 5 do SWZ.

Opis sposobu przeprowadzenia testu umiejętności:

- a) Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania podczas testu umiejętności to 10 punktów.
- b) Osoba zaproponowana do objęcia funkcji kierownika budowy/robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej zostanie zaproszona z co najmniej trzydniowym wyprzedzeniem do przybycia do siedziby Zamawiającego w celu

rozwiązania testu znajomości treści SWZ oraz oferty wykonawcy, a także przeprowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej.

- c) Zamawiający przedłoży kandydatowi test do rozwiązania z liczbą 10 pytań (udzielenie 1 poprawnej odpowiedzi na 1 pytanie = 1 punkt).
- Kandydat otrzyma 15 minut na rozwiązanie testu.
 - Każdy z kandydatów otrzyma taki sam zestaw pytań jednokrotnego wyboru.
 - Udzielenie 1 niepoprawnej odpowiedzi na 1 pytanie = 0 punktów.
 - Nieudzielenie odpowiedzi na pytanie jest traktowane jak udzielenie odpowiedzi niepoprawnej.
 - Następnie, w przypadku otrzymania przez kandydata minimum 6 punktów z wyniku testu Zamawiający przedstawi kandydatowi opisy dwóch sytuacji problemowych, wymagających reakcji kierownika budowy/robót w trakcie realizacji robót.

Opis sposobu przeprowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej:

- a) Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania podczas rozmowy kwalifikacyjnej to 10 punktów.
- b) Zadaniem kandydata będzie dokonanie analizy przypadków i zaproponowanie odpowiedniego działania wraz z uzasadnieniem.
- Czas na przygotowanie do udzielenia odpowiedzi będzie wynosił 10 minut. Kandydat otrzyma 10 minut na udzielenie odpowiedzi.
 - Kandydat przedstawi odpowiedzi na zadane pytania w formie zwartej wypowiedzi, która będzie nagrywana.
 - Zamawiający będzie miał prawo zadawania pytań uszczegóławiających oraz zadawania pytań dotyczących merytorycznej strony oferty wykonawcy, w tym pytań uszczegóławiających oraz sprawdzających znajomość praw i obowiązków stron procesu inwestycyjnego wynikających z przepisów prawa oraz SWZ.
- c) Punkty przyznane kandydatowi za odpowiedzi udzielone w ramach rozmowy kwalifikacyjnej zostaną przyznane w następujący sposób:
- Za każdą udzieloną odpowiedź kandydat może otrzymać od 0 do 5 punktów, przy czym:
 - 0 punktów będzie przyznane, gdy w udzielonej odpowiedzi rozwiązanie jest nie w pełni poprawne lub jest poprawne, lecz brak jest uzasadnienia lub uzasadnienie jest błędne, lub rozwiązanie jest niewłaściwe, lecz argumentacja pokazuje właściwe rozumienie zasad i przepisów;

- 5 punktów będzie przyznane, gdy w udzielonej odpowiedzi rozwiązanie jest właściwe, argumentacja jest poprawna i pogłębiona, z wykorzystaniem doświadczenia kandydata, praktyki lub ewentualnego orzecznictwa czy doktryny.
- Punkty za rozmowę kwalifikacyjną będą przyznane kandydatowi w liczbach całkowitych, przez każdego z członków komisji oraz zostanie wyciągnięta średnia arytmetyczna. Następnie do tej liczby zostaną dodane punkty uzyskane z rozwiązania testu.
- W przypadku gdy kandydat nie zostanie dopuszczony do rozmowy kwalifikacyjnej, wówczas otrzyma tylko punkty uzyskane w wyniku rozwiązania testu umiejętności”.

W toku rozprawy Zamawiający uzasadnił potrzebę wprowadzenia powyższego kryterium swoimi dotychczasowymi doświadczeniami w realizacji zamówień na roboty budowlane. Zamawiający wskazał, że wielokrotnie spotykał się w takich sytuacjach z brakiem u kierowników robót elementarnej wiedzy na temat realizowanych zadań. Z tego względu Zamawiający uznał, że żądanie, by kierownik robót legitymował się odpowiednim doświadczeniem to zbyt mało, by zapewnić udział w realizacji zamówienia kierownika o wysokich i rzeczywistych kwalifikacjach.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że konstruując kryterium testu umiejętności i rozmowy kwalifikacyjnej korzystał z publikacji wydanej w 2020 r. przez Urząd Zamówień Publicznych: „Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk”. Zgodnie z tą publikacją zastosowanie ww. kryterium jest w pełni dopuszczalne. Na str. 40 poradnika wskazano:

„Dla oceny kwalifikacji personelu, poza informacją o wykształceniu, doświadczeniu i kwalifikacjach konkretnych osób, podstawą oceny może być próba wiedzy. Organizuje się ją w siedzibie zamawiającego i polega na wykonaniu określonych zadań przez kluczowych ekspertów wymienionych w ofercie każdego z wykonawców. Próba odbywa się w obecności pracownika lub pracowników zamawiającego i polegać może na:

- rozwiązaniu testu, opracowaniu pisemnej opinii, zaproponowaniu rozwiązania sytuacji problemowych;
- rozmowie kwalifikacyjnej prowadzonej według jednego scenariusza obejmującego znajomość określonych zagadnień;
- prezentacji wybranego tematu (w przypadku zamówień na usługi szkoleniowe zwanej samplingiem)”.

Zamawiający powołał się na przytoczony fragment podręcznika wskazując, że ustanowienie kryterium testu wiedzy i rozmowy kwalifikacyjnej było prawidłowe. Zamawiający wskazał także na następujący cytat z ww. publikacji:

„Kompetencje osób trudno oceniać na podstawie dokumentów. Dlatego w czasie rekrutacji, po sprawdzeniu formalnych dokumentów, przeprowadza się z kandydatem rozmowę kwalifikacyjną. Tak samo należy podchodzić do oceny kwalifikacji kluczowego personelu wykonawcy przy zamówieniach publicznych. Formalne potwierdzenie kompetencji mierzone w latach doświadczenie zawodowego, uzyskanych dyplomach, certyfikatach należy uzupełnić rozmową kwalifikacyjną. W celu obiektywizacji rozmowy kwalifikacyjnej można posłużyć

się kwestionariuszem pytań, pisemnymi case study, a odpowiedzi kandydata nagrywać.

Kryterium takie może być stosowane w wielu zamówieniach, w tym w robotach budowlanych, projektowaniu, systemach informatycznych i wielu innych usługach. W przypadku zamawiania szkoleń ocena może przebiegać w postaci samplingu (próbki szkolenia przeprowadzonego przez trenera)”.
Wobec szczególnej roli Prezesa UZP w systemie zamówień publicznych, Zamawiający wskazał, że przytoczone wyżej fragmenty publikacji UZP dawały mu pełne podstawy do zastosowania kwestionowanego przez Odwołującego kryterium. Zamawiający podkreślił przy tym, że znaczna część zawartych w SWZ regulacji dotyczących tego kryterium została wprost przepisana z poradnika UZP. W konsekwencji Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie Izby zarzut odwołania potwierdził się, a stanowisko Zamawiającego było nieprawidłowe.

O ile, co do zasady, zastosowanie kryterium pozacenowego opartego na próbie wiedzy i kwalifikacji personelu kluczowego jest dopuszczalne to wskazać należy, że nie zawsze i nie w każdych warunkach. Wydany przez UZP poradnik faktycznie pozwala na użycie przedmiotowego kryterium oceny ofert przy zamówieniu na roboty budowlane. Podkreślenia jednak wymaga, że publikacja ta nie zawiera gotowych, kompleksowych rozwiązań, a stanowi jedynie wskazanie możliwych do zastosowania kryteriów pozacenowych. Regulacje opisane w poradniku stanowią jednak jedynie szkic, na którym może oprzeć się zamawiający, ale to na nim ciąży obowiązek szczegółowego i starannego opisanie kryterium oceny ofert w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ.

W ocenie Izby Zamawiający powyższemu obowiązkowi nie sprostał. Opis sposobu oceny ofert w ramach spornego kryterium jest bardzo lakoniczny, co jest sprzeczne z art. 240 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, że zastosowane przez Zamawiającego kryterium jest bardzo

nietypowe na gruncie praktyki zamówień na roboty budowlane. Kryterium odnoszące się do wiedzy personelu kluczowego zdecydowanie częściej stosowane jest do zamówień, których realizacja wymaga szczególnej wiedzy specjalistycznej od personelu wykonawcy. Przedmiotem zamówienia w badanym postępowaniu są zaś typowe roboty budowlane – rozbudowa budynku szkoły. W tej sytuacji jest wysoce prawdopodobne, że zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy nie będą mieli żadnej świadomości jak w praktyce wyglądać ma ocena ofert w ramach spornego kryterium. Na gruncie zamówione na roboty budowlane próżno szukać utartej praktyki tego rodzaju oceny. Z tego też względu Zamawiający powinien dołożyć ponadprzeciętnych starań, by opis samego kryterium jak i sposobu oceny ofert w jego ramach był całkowicie jasny i zrozumiały oraz by nie budził żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający tymczasem nie zawarł w SWZ nawet tak podstawowych informacji jak kwestia sposobu, miejsca i daty przeprowadzenia testu wiedzy. Zamawiający wskazał jedynie, że kandydaci na kierowników będą zapraszani do udziału w teście z trzydniowym wyprzedzeniem. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że o ile pozwolą na to warunki sanitarne, których konieczność zapewnienia wynika z pandemii Covid-19, to testowi zostaną poddani wszyscy kandydaci jednocześnie. W SWZ taka informacja nie została jednak zawarta.

Przeprowadzenie testu wiedzy w tym samym miejscu i czasie jest bardzo istotne dla zapewnienia takich samych warunków testu dla wszystkich ocenianych kandydatów. O ile oczywiste jest, że ze względu na stan pandemii mogą wystąpić okoliczności uniemożliwiające jednoczesne przeprowadzenie testu, na co uwagę zwrócił w toku rozprawy Zamawiający, to wskazać należy, że nie może być to okoliczność pozwalająca na odstępianie od zapewnienia równych szans wszystkim ocenianym kandydatom. Tym samym, jeżeli Zamawiający nie jest w stanie zagwarantować równych, jednakowych warunków wszystkim kandydatom, to nie powinien stosować kryterium testu i rozmowy kwalifikacyjnej. Zamawiający w żaden sposób nie opisał również sposobu i organizacji przeprowadzenia rozmów kwalifikacyjnych. Zamawiający nie określił również zasad według których zamierzał przyznawać punkty w ramach rozmowy kwalifikacyjnej (poza punktacją graniczną – 0 i 5 punktów). Logiczne jest, że osoby dokonujące oceny muszą mieć możliwość stopniowania oceny, ale Zamawiający powinien również ten aspekt dokładnie opisać. Zasady przyznawania punktów zawarte w SWZ zawierają z kolei szereg nieprecyzyjnych, niedookreślonych zwrotów, które byłyby źródłem sprzecznych interpretacji – jest to kolejny, niedopuszczalny element tego rodzaju kryterium, które jest ze swojej natury w znacznej mierze subiektywne. Przykładowo wskazać należy zwrot „pogłębione uzasadnienie”. Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający zwrot ten zaczerpnął ze wzmiankowanego poradnika UZP. Zamawiający powinien określić czym będzie „pogłębione uzasadnienie” na gruncie

danego postępowania, czego jednak – podobnie jak w przypadku kilku innych, podobnie niejednoznacznych określeń, nie zrobił.

Zamawiający nie wykazał, że kwestionowane przez Odwołującego kryterium jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, w odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego o niskich kwalifikacjach i braku elementarnej wiedzy na temat realizowanych zadań przez dotychczasowych kierowników realizujący zadania na rzecz Zamawiającego, że to wykonawca odpowiedzialny jest za należyłą realizację przedmiotu zamówienia. Z tego względu Zamawiający powinien skoncentrować się na zapewnieniu sobie instrumentów pozwalających wymóc na wykonawcy należyłą, zgodną z ofertą realizację przedmiotu zamówienia. O ile nie można bagatelizować roli kierownika robót, to biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia – typowe roboty budowlane – Zamawiający powinien wykazać, że rola kierownika robót w przedmiotowym zadaniu jest tak kluczowa, że nie da się zapewnić należytej realizacji przedmiotu zamówienia w sposób inny niż dokonanie selekcji ofert z użyciem spornego kryterium.

Zamawiający nie wykazał również (ani nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w tym kierunku), że członkowie komisji przetargowej dysponują wiedzą zawodową pozwalającą na należyłą i prawidłową (a co za tym idzie – możliwie obiektywną) ocenę kandydatów na kierowników w toku rozmów kwalifikacyjnych. Skoro celem Zamawiającego, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi w toku rozprawy, było zapewnienie wyboru oferty z wysoko wykwalifikowanym kierownikiem budowy, to Zamawiający powinien wykazać kompetencje w kierunku należytej oceny kwalifikacji kierownika budowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut odwołania potwierdził się o czym orzekła w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Ogłoszenia o zamówieniu,
2. SWZ wraz z wersją z 27 września 2021 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....