

Sygn. akt: KIO 1827/15

WYROK

z dnia 7 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2015 r. przez **Promost Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad,** przy udziale wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Promost Consulting Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Promost Consulting Sp. z o.o.** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy miasta Sanok w ciągu drogi krajowej nr 28 Zator-Medyka długości ok. 7 km”.*

W dniu 21 sierpnia 2015 r. wykonawca Promost Consulting Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 96 ust 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający z dnia 12 sierpnia 2015 r. poinformował go o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MGGP S.A. z zaofferowaną ceną brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie 11.470.426,50 zł. Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił jego ofertę, przyznając jej zbyt małą liczbę punktów.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył przepis art. 87 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania go do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, co doprowadziło do nieprawidłowej oceny podkryterium 4 Metodyki. Zamawiający przyjął, że Odwołujący nie odniósł się do przedmiotu opisanego w SIWZ. Odwołujący przyznał, że faktycznie w kilku miejscach Metodyki podkryterium 4 zamiast odniesienia do „zaprojektowania i wykonania dodatkowych odcinków ekranów akustycznych nie objętych PFU oraz zwiększenia wysokości ekranów akustycznych na innych odcinkach”, wskazał że analiza prawna dotyczy wykonania zjazdów do posesji, jednak okoliczność ta jest technicznym błędem, który pojawił się na etapie wypełniania odpowiednich kolumn Metodyki. Błąd ten nie ma wpływu na zakres oferty i winien zostać poprawiony w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty. Z okoliczności całego zamówienia bowiem jasno wynika, że analizy, jakie miały zostać dokonane w treści tego podkryterium dotyczyły wykonania ekranów akustycznych.

Odwołujący wyjaśnił, że załączył do oferty formularz Metodyka, który został wypełniony zgodnie z wytycznymi podkryterium 4 Formularza Metodyki, w niektórych jednak miejscach zamiast odniesień do ekranów akustycznych posłużono się odniesieniem do dodatkowych zjazdów do posesje. Analiza całości formularza oraz SIWZ wskazuje jednak,

że zaoferowanie wykonania dodatkowych zjazdów byłoby zbędne, nie obejmowało zamówienia, zatem już z samych tych dokumentów Zamawiający powinien wnioskować o wyjaśnienia w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że w sytuacji, gdy działania Zamawiającego powodują dla wykonawcy niekorzystne konsekwencje (np. odrzucenie oferty, zbyt mała liczba punktów w kryterium) po stronie Zamawiającego zachodzi konieczność uzyskania wyjaśnień. Zamawiający jest zobowiązany, a nie tylko uprawniony do żądania wyjaśnień od wykonawcy i nie może dowolnie rezygnować z wzywania do wyjaśnień w sytuacji, gdy treść oferty budzi poważne wątpliwości. Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie treść oferty w zakresie *podkryterium 4 Metodyki rodziła u Zamawiającego poważne wątpliwości, skoro w jego ocenie dotyczyła usług nieobjętych SIWZ*. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia części oferty zakładając, że zmienią one jej treść, a dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za nieważne.

Zdaniem Odwołującego, uwzględniając okoliczności złożenia oferty, należy przyjąć, że wolą wykonawcy jest wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy, a treść oferty należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 Kc). Oferta nie jest więc oświadczeniem woli złożonym w sferze abstrakcyjnej. Jest to oświadczenie złożone w określonych okolicznościach i celu. Jego treścią jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ. Oferta przygotowana przez Odwołującego zawierała głównie produkty wskazane przez Zamawiającego jako wzorcowe. Zatem pojawienie się w ofercie, a ściśle w Metodyce analizy dotyczącej zjazdów nieobjętych SIWZ winno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego i doprowadzić do uruchomienia trybu określonego w art. 87 ust 1 Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał poprawienia w jego ofercie omyłki na podstawie art. art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał, że omyłka, która leżała u podstaw nieprzyznania punktów za analizy dokonane w podkryterium 4 Metodyki może zostać uznana za „inną omyłkę”, której poprawienie nie powodowałoby istotnych zmian w treści umowy, a prowadziłoby do wyjaśnienia istotnych w sprawie okoliczności. Faktycznie do poprawy omyłki, jaka wystąpiła w podkryterium 4 Metodyki Zamawiający nie potrzebował nawet wzywania Wykonawcy do wyjaśnień, ponieważ z okoliczności sprawy oraz SIWZ wynikało, że dokonane analizy prawne nie mogą dotyczyć zjazdów do posesji, a jedynie zaprojektowania i wykonania ekranów. Omyłka, jaka wystąpiła w Metodyce jest oczywistą omyłką, która mogła zostać poprawiona przez

Zamawiającego, w oparciu tylko o SIWZ, oczywistym było bowiem, że analizy prawne zawarte w podkryterium 4 nie mogły dotyczyć zjazdów do posesji, a jedynie ekranów.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że ocena przedstawionej przez niego Metodyki została dokonana z naruszeniem dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że kryteria oceny ofert obowiązujące w niniejszym postępowaniu zostały określone w załączniku nr 1 do SIWZ i to na podstawie wyłącznie tych kryteriów powinna zostać dokonana ocena oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wybierając najkorzystniejszą ofertę oparł się na innych kryteriach niż te, które zostały określone w specyfikacji. Odwołujący podniósł, że w dwóch innych przetargach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego, w których uprzednio uczestniczył, a w których sposób przyznawania punktów w ramach kryterium Metodyka był analogiczny, otrzymał on punkty za wskazane także w przedmiotowym postępowaniu rozwiązanie przedstawionego przez Zamawiającego problemu. Kryteria oceny Metodyki w przedmiotowym postępowaniu były praktycznie takie same, jak w SIWZ dla kontraktów: Budowa drogi ekspresowej S7 na terenie miasta Krakowa (tzw. trasa nowohucka) odcinek od węzła drogowego „Rybitwy” (Christo Botewa) do węzła drogowego „Igołomska” wraz z przeprawą mostową przez rzekę Wisłę oraz pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych (dalej: Kontrakt 2) oraz Budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S-7 na odcinku Chęciny - Jędrzejów, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót (dalej: Kontrakt 3). Jednakże analogicznie udzielone przez Odwołującego odpowiedzi, zostały ocenione w przedmiotowym postępowaniu na zero punktów. Taka sytuacja zaistniała przy ocenie pięciu podkryteriów Metodyki (szczegółowo wskazanych w zestawieniu, stanowiącym załącznik do odwołania). Z powyższego Odwołujący wywiódł, że osoby oceniające oferty w niniejszym postępowaniu kierowali się odmiennymi kryteriami niż określone w SIWZ. Zdaniem Odwołującego, skoro w dwóch uprzednio zakończonych przetargach, prowadzonych także przez Oddziały Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, otrzymał on punkty za tak samo sformułowane odpowiedzi w Metodyce w ramach analogicznie sformułowanych kryteriów oceny w SIWZ, to w niniejszym postępowaniu decydujące znaczenie musiały mieć kryteria subiektywne, nieokreślone, nieznanne wykonawcy w chwili złożenia przygotowanej oferty. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył SIWZ obowiązujące we wskazanych przez niego uprzednio zakończonych postępowaniach i w niniejszym postępowaniu oraz metodyki, karty oceny metodyki i zestawienia zdobytych punktów dotyczące tych postępowań.

Odwołujący podniósł, że skoro we wszystkich trzech postępowaniach Zamawiającym był ten sam podmiot (choć reprezentowany przez różne oddziały GDDKiA), to trudno racjonalnie usprawiedliwić odmiennosc ocen dokonywanych w przetargach przez niego organizowanych. Zdaniem Odwołującego, niezgodne z prawem działanie osób oceniających ofertę doprowadziło do obniżenia oceny opracowanej przez niego Metodyki o 5 punktów, które to punkty miały niebagatelne znaczenie dla możliwości wygrania przedmiotowego postępowania.

W ramach zarzutu nieprawidłowej oceny złożonej przez Odwołującego metodyki podniósł on również, że nieprawidłowo ocenione zostało Podkryterium 1 Metodyki. W punkcie 1.2.1. Metodyki wykonawca zobowiązany był do przedstawienia propozycji dodatkowych działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, jakie podejmie w celu wykrycia błędów w PFU/dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania. Odwołujący wskazał w metodyce jako propozycję szczegółową analizę STWiORB (co do technologii wykonania robót przez Inspektorów Nadzoru poszczególnych branż), uzasadniając, że analiza i sprawdzenie STWiORB przez inspektorów nadzoru poszczególnych branż pozwoli na dokonanie dodatkowej weryfikacji ww. dokumentu przez osoby mające doświadczenie bezpośrednio w wykonawstwie co pozwoli uniknąć ewentualnych sytuacji, że zaproponowana przez projektantów technologia nie da się zastosować. W ocenie Zamawiającego zaproponowane działanie nie wykracza poza zawarte w SIWZ, tzn. nie jest dodatkowe, bowiem zgodnie ze wzorem Umowy § 14 ust. 1 ppkt 1 Konsultant zobowiązany jest do weryfikacji projektu budowlanego i projektu wykonawczego pod względem ich zgodności z wymaganiami zawartymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym; obowiązującymi przepisami prawa; decyzjami administracyjnymi oraz wiedzą techniczną. Kwestionując powyższą ocenę Odwołujący podniósł, że Zamawiający w wymaganiach SIWZ zróżnicował czas pracy poszczególnych ekspertów. W pierwszym etapie realizacji kontraktu nie biorą udziału inspektorzy nadzoru, tylko weryfikatorzy dokumentacji projektowej, Tym samym, zaproponowane przez Konsultanta działanie, czyli dodatkowa weryfikacja STWiORB na etapie przygotowania dokumentacji w pierwszym etapie realizacji kontraktu jest działaniem dodatkowym i nie wymaganym zapisami SIWZ.

Odwołujący podniósł, że także w Podkryterium 2 jego oferta została nieprawidłowo oceniona. Wskazał, że wykonawca zobowiązany był, zgodnie z pkt 2.1. Metodyki, do przedstawienia opisu sposobu zapewnienia działań mających na celu zapewnienie niezmienności składu (osób) ekspertów kluczowych i innych ekspertów, poprzez wskazanie dodatkowych działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie niezmienności składu (osób)

ekspertów kluczowych i innych ekspertów powołanych w celu (do) realizacji zamówienia. Odwołujący zaproponował działanie polegające na organizacji pracy w oparciu o system zarządzania projektami wsparty systemem BI, a w uzasadnieniu wskazał, że w firmie stosowana jest metodologia zarządzania projektami, która kładzie nacisk na planowanie zasobów zaangażowanych w projekt. Szereg działań podjętych na etapie planowania pozwala na wyeliminowanie zmian na etapie realizacji projektu. Szczególnie ważny jest etap rekrutacji pracowników/podwykonawców, podczas którego kładziony jest nacisk na zatrudnianie (na umowę o pracę lub umowę firma z firmą) na okres zapewniający realizację zadania z wyeliminowaniem w fluktuacji załogi. Wskazane działanie zostało jednak ocenione przez Zamawiającego na 0 pkt, co umotywowane zostało faktem, że jest ono rozdrobnieniem tego, co zaproponowano w pkt. 3 Metodyki, a Zamawiający nie przyznaje kilkakrotnie punktów za to same w zasadzie działanie. Kwestionując powyższą ocenę Odwołujący podniósł, że propozycja organizacji pracy w oparciu o system zarządzania projektami wsparty systemem BI nie jest „rozdrobnieniem” propozycji systemu zarządzania i organizacji opartego o normę ISO. Systemy te nie są bowiem powiązane ze sobą, działają niezależnie i dotyczą innych obszarów działalności zespołu Konsultanta. System organizacji pracy w oparciu o normę ISO dotyczy obszaru wykonywanej usługi, a przede wszystkim określa jej jakość i standard oraz ujednotacza procedury z tym związane, co w przypadku tak dużego zespołu Konsultanta pozwala na zapewnienie personelowi odpowiedniego „komfortu” pracy, a co za tym idzie pozwala zachować niezmiennosc składu zespołu ekspertów. Natomiast organizacja pracy wsparta systemem BI pozwala na przeprowadzenie odpowiedniej rekrutacji i kwalifikacji pracowników oraz zarządzanie zasobami ludzkimi, sprzętowymi, finansowymi, umożliwiającymi takie stworzenie warunków pracy personelowi Konsultanta, aby zminimalizować do minimum zmiany w zespole ekspertów.

Odwołujący podniósł, że podobny stan faktyczny zaistniał na kanwie oceny pkt. 2.2 oraz 2.3 Metodyki. W pkt. 2.2. wykonawca zobowiązany został do przedstawienia opisu sposobu zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe (nie dotyczy czasowych nieobecności w wyniku zwolnień lekarskich, urlopów itd.) poprzez wskazanie propozycji dodatkowych działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe. Wykonawca zaproponował w tym zakresie zapewnienie opieki przez Mentora, uzasadniając swoją propozycję faktem, że opieka ze strony firmy w celach komunikacyjnych, pracowniczych, zawodowych oraz dzielenie się posiadaną wiedzą na temat kontraktu umożliwi szybkie, płynne wprowadzenie

nowo zatrudnionego eksperta w swoje obowiązki oraz zapewni mu przez „okres ochronny” niezbędną pomoc w celu wdrożenia się w nowe obowiązki oraz zapewni jednoznaczność co do uzyskiwanych informacji. W ocenie Zamawiającego jednak przedstawione działanie jest nieadekwatne do celu, jakiemu ma ono służyć, z uwagi na fakt, że celem ma być przekazanie obowiązków i wdrożenie nowych ekspertów, a nie opieka ze strony Mentora, więc zaproponowane działanie w tym wypadku jest niewłaściwe i nie ma przełożenia na osiągnięcie powyższego zamierzenia. Kwestionując powyższą ocenę Odwołujący podniósł, że wdrożenie nowych ekspertów, którzy zaczynają pracę na kontrakcie w trakcie jego realizacji nie trwa dzień lub dwa, ale jest to proces trudny i wymagający pomocy ze strony osoby, która doskonale orientuje się we wszystkich sprawach oraz warunkach panujących na kontrakcie. Np. wprowadzenie nowego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych i wdrożenie go we wszystkie sprawy realizacji kontraktu wymaga „opieki” przez Głównego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych, który w tym wypadku przez pewien okres czasu staje się jego Mentorem. Działanie to pozwala na w miarę płynne przejście obowiązków i wdrożenie się nowego eksperta nie zagrażające realizacji kontraktu.

W zakresie oceny pkt 2.3 Metodyki Odwołujący podniósł, że wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia opisu sposobu zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego poprzez przygotowanie propozycji dodatkowych działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ wraz z uzasadnieniem wpływu tego działania na zapewnienie skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego. W tym zakresie Odwołujący zaproponował przekazanie stronom kontraktu opracowanego przez Konsultanta w oparciu o obowiązujący w firmie program jakości „Program zarządzania projektem”, uzasadniając, że program ten w jasny i czytelny sposób określa obowiązujące na kontrakcie procedury postępowania, jak również określa wzory dokumentów przewidziane do korespondencji ułatwiające i w znaczny sposób ją porządkujące. Wzory dokumentów są przekazywane w formie elektronicznej wszystkim stronom kontraktu. W opinii Zamawiającego, zaproponowane działanie nie wykracza poza wymagania zawarte w SIWZ, tzn. nie jest dodatkowe, gdyż zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do Umowy, pkt 1 „Raport otwarcia” Konsultant zobowiązany jest do przedłożenia opracowania „Organizacja i metodologia zarządzania kontraktem”. Odwołujący podniósł, że zaproponował przekazanie dokumentu pod nazwą „Program zarządzania kontraktem” wszystkim stronom kontraktu czyli Zamawiającemu, Wykonawcy Robót oraz Projektantowi, natomiast Raport otwarcia jest dokumentem stworzonym przez Inżyniera Kontraktu do wiedzy Zamawiającemu i nie jest przekazywany Wykonawcy ani Projektantowi. Dokument ten zawiera wzory dokumentów umożliwiające szybką

i uporządkowaną komunikację głównie pomiędzy Konsultantem i Wykonawcą. Zawiera też propozycję formularzy dla Wykonawcy dotyczących spraw np. jakościowych i obmiarowych, korespondencyjnych. Zakres ten nie pokrywa się z zakresem wymaganym raportem otwarcia i jest dodatkowym działaniem nie wymaganym warunki SIWZ jeżeli chodzi między innymi o przekazanie ich Wykonawcy i Projektantowi.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że ocena ofert została dokonana przez Zamawiającego w sposób subiektywny, a co za tym idzie, niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w załączniku nr 1 do SIWZ. Zdaniem Odwołującego, punktacja przyznana przez Zamawiającego powinna zostać podniesiona co najmniej o cztery punkty.

Odwołujący podniósł ponadto, że wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie treści ofert, w tym w szczególności Metodyk oraz kart kryteriów ocen, przedłożonych przez pozostałych wykonawców. Metodyki te jednak nie zostały udostępnione, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie art. 96 ust 3 oraz art. 8 Pzp, gdyż protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawny wraz z załącznikami, które stanowią m.in. wszelkie pisma składane w toku badania i oceny ofert. Ponadto nawet jeśli przedłożona w toku składania ofert dokumentacja została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa, to zdaniem Odwołującego nie mieszczą się one w granicach definicji przedsiębiorstwa wyznaczonej przez przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy w jakichkolwiek innych przepisach prawa. Odwołujący podniósł, że kryteria oceny ofert oraz ceny ofert poszczególnych wykonawców są informacjami dostępnymi publicznie, odpowiednio w treści SIWZ, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz informacji podawanych na otwarciu ofert, co na gruncie przedmiotowej sprawy oznacza, że Odwołujący winien uzyskać dostęp do dokumentacji dotyczącej składania ofert przez innych wykonawców, w tym metodyk oraz kryteriów ocen.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności odtajnienia złożonych przez innych wykonawców wyjaśnień i poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie błędów pisarskich określonych w podkryterium 4 Metodyki.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie rozpatrzyła merytorycznie zarzutu dotyczącego nieprzyznania punktu za działanie nr 10 zaproponowane w podkryterium 1 pkt 1.1, ze względu na złożenie przez Odwołującego podczas rozprawy oświadczenia o jego wycofaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w punkcie 13 SIWZ (Kryteria wyboru i sposobu oceny ofert oraz udzielenie zamówienia) Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: cena 60 % (60 pkt), metodyka 40% (40 pkt). Zgodnie z podpunktem 13.2 SIWZ, w ramach kryterium „metodyka” punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 punktów, na podstawie opracowania „Metodyka” (Formularz 2.2) sporządzonego przez wykonawcę w oparciu o podkryteria. Opis każdego z podkryteriów i sposobu przyznawania poszczególnych punktów zamieszczony został w załączniku nr 1 do Instrukcji dla wykonawców.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty MGGP S.A., która uzyskała najwyższą liczbę punktów (87,29). Ranking ofert nieodrzuconych przedstawiał się następująco:

- 1) MGGP S.A 87,29 pkt
- 2) ECMG GmbH, SGS Polska Sp. z o.o. 81,08 pkt
- 3) Drogowa Trasa Średnicowa S.A., Integral Sp. z o.o. 78,72 pkt
- 4) Promost Consulting Sp. z o.o. 76,05 pkt
- 5) Firma Inżynierska ARCUS Jerzy Bajera 74,36 pkt
- 6) Zamojska Dyrekcja Inwestycyjna 66,05 pkt

W zakresie zarzutów związanych z oceną oferty Odwołującego w podkryterium 4 (Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta) Izba ustaliła, że w załączniku Nr 1 do IDW Zamawiający postanowił

m.in., że w przypadku podkryteriów, w których należy wskazać określone działanie wraz z uzasadnieniem, punkty zostaną przyznane za wskazanie wymaganego działania i uzasadnienia. Wskazanie działania bez uzasadnienia skutkować będzie przyznaniem 0 pkt w danym aspekcie ujętym w podkryterium. W ramach podkryterium 4 można było uzyskać maksymalnie 10 pkt. Brak którejkolwiek z analiz skutkować będzie uzyskaniem 0 pkt w podkryterium 4. Analiza odwołująca się do niewłaściwych przesłanek formalnych bądź prawnych lub zawierająca błędy formalne bądź prawne skutkować będzie uzyskaniem 0 pkt w podkryterium 4.

W ramach podkryterium 4 wykonawcy mieli obowiązek przedstawić opis i analizę przypadku dotyczącą możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki na zamówienie uzupełniające, na zamówienie dodatkowe oraz możliwości wydania polecenia zmiany na warunkach określonych w kontrakcie w przypadku nałożenia na Zamawiającego obowiązku wykonania dodatkowych odcinków ekranów akustycznych nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym oraz zwiększenia wysokości ekranów akustycznych na innych odcinkach tym Programem objętych (część A). Wykonawcy mieli również przedstawić wybrane przykłady z kontroli, w tym uchwały Krajowej Izby Odwoławczej, wyroki i uchwały sądów, wytyczne w zakresie sposobu korygowania wydatków nieprawidłowo poniesionych w ramach POIiŚ lub piśmiennictwa potwierdzające tok rozumowania (część B).

Odwołujący przedstawił analizę przypadku, odnosząc się w niej do możliwości wykonania dodatkowych zjazdów do posesji, o czym świadczą następujące fragmenty opracowania: Analiza 1: *Nadto zamówienie na wykonanie dodatkowych zjazdów do posesji nie stanowi powtórzenia tego samego rodzaju zamówienia co zamówienie podstawowe.* Analiza 2: *Na mocy wprowadzonych nowych zapisów do decyzji Ministra Infrastruktury na Zamawiającego został nałożony obowiązek zaprojektowania i wykonania dodatkowych zjazdów na posesje.* Analiza 3: *Wydanie przez Zamawiającego polecenia zmiany zmierzającego do wykonania dodatkowych zjazdów do posesji nie jest możliwe. (...) Polecenie zmiany dotyczące wykonania dodatkowych zjazdów wykracza poza warunki określone w Kontrakcie (Klauzula 13.2).* Dodatkowo wykonawcy odwołał się w przedstawionej analizie do niewskazanej przez Zamawiającego w stanie faktycznym decyzji Ministra Infrastruktury.

Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów w podkryterium 4 w części A (case study), stwierdzając, że przeprowadzone analizy nie dotyczą przykładu, który został wskazany w SIWZ i który miał być poddany analizie. Analizie należało poddać przykład dotyczący wykonania dodatkowych odcinków ekranów akustycznych nieobjętych PFU oraz zwiększania wysokości ekranów akustycznych na innych odcinkach tym Programem objętych, a nie dodatkowych zjazdów do posesji. Wobec powyższego przedstawione analizy

są nieadekwatne do celu i nie mogą uzyskać punktów. Zamawiający nie przyznał również punktów w części B (Wybrane przykłady) ze względu na to, że za analizy w części A nie przyznano punktów, to zgodnie z zapisami SIWZ nie przysługują również dodatkowe punktu za przykłady z kontroli i orzecznictwa.

Zarzuty dotyczące oceny metodyki w ramach podkryterium 4 Izba uznała za niezasadne.

Po pierwsze brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający przed dokonaniem oceny powinien zastosować art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia treści analizy przypadku. Zgodnie z powyższym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, z tym, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten służy wyeliminowaniu wątpliwości zamawiającego dotyczących sposobu rozumienia treści oferty, w sytuacjach gdy treść ta nie jest dla Zamawiającego jasna. W ocenie Izby przedstawiona analiza nie wywoływała żadnych wątpliwości, które należałoby wyjaśnić. Zawierała ona ewidentne błędy w zakresie elementów stanu faktycznego przyjętych do analizy, nie było w niej natomiast treści niejasnych, które należałoby wyjaśnić. W związku z powyższym brak było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie, w odniesieniu do popełnionych błędów nie znajduje zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Celem tego przepisu jest niedopuszczenie do odrzucenia – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – ofert co do zasady poprawnych merytorycznie, zawierających jedynie niewielkie niezgodności z treścią SIWZ, powstałe w wyniku omyłki. W przedmiotowej sprawie nie wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ w rozumieniu powyższego przepisu, oferta Odwołującego nie zawierała bowiem sprzeczności z SIWZ w zakresie dotyczącym elementów przyszłego świadczenia, które to niezgodności mogłyby prowadzić do odrzucenia oferty. Zawierała ona natomiast błędy w analizie przypadku, która sporządzana była w celu wykazania jakości stosowania przepisów, podlegającej ocenie w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert. Sankcją za takie błędy, zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do IDW, jest nieprzyznanie punktów. Wobec powyższego brak jest podstaw do poprawienia błędów polegających na odniesieniu analizy do innych niż określone przez Zamawiającego elementów stanu faktycznego, w celu podwyższenia punktacji.

Izba nie kwestionuje, że błędy w analizie przypadku przedstawionej przez Odwołującego były wynikiem omyłki, trudno bowiem zakładać, aby wykonawca świadomie przedstawił analizę nieodpowiadającą założeniom faktycznym przyjętym przez Zamawiającego. Fakt ten nie przesądza jednak o możliwości poprawienia takich omyłek, jak bowiem wskazano powyżej, przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ nie dają podstaw do takiego poprawienia. Wykonawca, jako profesjonalista, powinien był przygotować analizę rzetelnie i z należytą starannością, a brak tej staranności skutkuje obniżeniem oceny.

Dodatkowo wskazać należy, że ewentualne zastąpienie w przedstawionej przez Odwołującego analizie sformułowania „dodatkowe zjazdy do posesji” sformułowaniem „dodatkowe odcinki ekranów akustycznych” nie czyniłoby tej analizy poprawną, nadal bowiem nie zawierałaby ona odpowiedzi na pytania o możliwość zwiększenia wysokości ekranów akustycznych na innych odcinkach objętych PFU.

Zarzuty dotyczące oceny w pozostałych podkryteriach również nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do przedstawionej przez Odwołującego argumentacji wspólnej dla wszystkich tych zarzutów, należy stwierdzić, że o nieprawidłowym działaniu Zamawiającego nie może świadczyć fakt, że w innych postępowaniach w analogicznych przypadkach przyznano wykonawcy punkty. Abstrahując od tego, czy we wcześniej prowadzonych postępowaniach kryteria były identyczne i odnosiły się do takiego samego przedmiotu zamówienia, zauważyć należy przede wszystkim, że Izba nie ma wiedzy, czy w innych przetargach ocena została dokonana prawidłowo, a w niniejszym postępowaniu odwoławczym weryfikacji podlega tylko ocena dokonana w przetargu objętym odwołaniem.

W odniesieniu do oceny propozycji przedstawionych w punkcie 1.2 Metodyki (Opis działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia błędów w PFU lub dokumentacji projektowej) Izba ustaliła, że w podpunkcie 1.2.1 (Propozycja dodatkowych działań wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w PFU/dokumentacji projektowej wraz z uzasadnieniem celowości tego działania) można było uzyskać 1 pkt za każdą propozycję dodatkowego działania wraz z uzasadnieniem. Odwołujący zaproponował m.in. szczegółową analizę STWiORB co do technologii wykonania robót przez Inspektorów Nadzoru poszczególnych branż. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że analiza i sprawdzenie STWiORB przez inspektorów nadzoru poszczególnych branż pozwoli na dokonanie dodatkowej weryfikacji ww. dokumentu przez osoby mające doświadczenie bezpośrednio w wykonawstwie, co umożliwi uniknąć ewentualnych sytuacji, że zaproponowana przez projektantów technologia nie da się

zastosować w warunkach wykonawstwa. Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktu za powyższą propozycję, stwierdzając, że nie wykracza ona poza wymagania zawarte w SIWZ, gdyż zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 1 umowy Konsultant zobowiązany jest do weryfikacji Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego pod względem ich zgodności z wymaganiami zawartymi w PFU, obowiązującymi przepisami prawa, decyzjami administracyjnymi oraz wiedzą techniczną.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że ww. propozycja jest powieleniem obowiązków wynikających z przyszłej umowy, zgodnie z którą Konsultant ma obowiązek weryfikacji dokumentacji (§ 14 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy). Jednocześnie do obowiązków Konsultanta należy dobór właściwego personelu do wykonania nałożonych na niego zadań na poszczególnych etapach realizacji zamówienia – zgodnie z § 10 wzoru umowy Konsultant określa w „Harmonogramie pracy personelu Konsultanta” planowaną liczbę personelu w każdym miesiącu świadczenia usługi, a Zamawiający nie określił, kiedy poszczególni eksperci będą rozpoczynać pracę przy realizacji kontraktu. Zatem weryfikacja STWiORB przez inspektorów nadzoru może być dokonana w ramach obowiązków wynikających z umowy, nie można więc stwierdzić, że jest ona działaniem dodatkowym. Zgodnie natomiast z postanowieniami SIWZ punkty przysługiwały tylko za działania dodatkowe, wykraczające poza opisane w specyfikacji.

W odniesieniu do podkryterium 2 (Zapewnienie przez Konsultanta organizacji pracy zespołu) Izba ustaliła, że w punkcie 2.1 należało przedstawić opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta działań mających na celu zapewnienie niezmienności składu (osób) ekspertów kluczowych i innych ekspertów, za co można było otrzymać maksymalnie 4 punkty (1 pkt za każdą propozycję dodatkowego działania wraz z uzasadnieniem). Odwołujący zaproponował m.in. organizację pracy w oparciu o system zarządzania projektami wsparty systemem BI, w uzasadnieniu podając, że *w firmie stosowana jest metodologia zarządzania projektami, która kładzie nacisk na planowanie zasobów zaangażowanych w projekt. Szereg działań podjętych na etapie planowania pozwala na wyeliminowanie zmian na etapie realizacji projektu. Szczególnie waży jest etap rekrutacji pracowników/podwykonawców w Firmie, podczas którego kładziony jest nacisk na zatrudnienie (na umowę o pracę lub umowę firma z firmą) na okres zapewniający realizację zadania z wyeliminowaniem fluktuacji załogi.* Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za tę propozycję, stwierdzając, że jest ona rozdrobnieniem tego, co zaproponowano w punkcie 3 (tj. organizacja pracy w oparciu o system zarządzania i organizacji pracy oparty o normę EN ISO 9001:2008), a Zamawiający nie przyznaje kilkakrotnie punktów za te same działania.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę uzasadnienie przedstawione przez Odwołującego, decyzja o nieprzyznaniu punktu za przedmiotowe działanie była uzasadniona. Odwołujący zaproponował wykorzystanie dwóch systemów wspomagających organizację pracy i za drugi z tych systemów nie otrzymał punktu. Przyznanie punktu byłoby uzasadnione, gdyby Odwołujący w uzasadnieniu wykazał, co nowego wnosi proponowany system w stosunku do wskazanego wcześniej systemu zarządzania i organizacji pracy oparty o normę EN ISO 9001:2008. Niewystarczające jest natomiast zaproponowanie kolejnych systemów bez precyzyjnego wskazania w uzasadnieniu, jakie wymierne korzyści (inne niż wynikające z pozostałych propozycji) przyniesie proponowane działanie dla osiągnięcia celu oczekiwanego przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę uzasadnienie, jakie przedstawił Odwołujący, Zamawiający nie miał podstaw przyjąć, że jest to działanie dodatkowe, nie zostało bowiem wykazane, co nowego wnosi proponowany system i jak to przełoży się na zapewnienie niezmienności składu personelu. Jakkolwiek nie można wykluczyć, że dodatkowy system może stanowić propozycję wykraczającą poza wcześniej zgłoszoną, to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania tego w złożonej metodyce.

W odniesieniu do punktu 2.2 Izba ustaliła, że wykonawcy mieli obowiązek podać opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów w przypadku zmiany ekspertów kluczowych i innych ekspertów na stałe. Za powyższe można było otrzymać maksymalnie 3 punkty (1 punkt za każdą propozycję dodatkowego działania wraz z uzasadnieniem). Odwołujący zaproponował m.in. zapewnienie opieki przez mentora, w uzasadnieniu podając, że opieka ze strony firmy w celach komunikacyjnych, pracowniczych, zawodowych oraz dzielenie się posiadaną wiedzą na temat kontraktu umożliwi szybkie płynne wprowadzenie nowo zatrudnionego eksperta w swoje obowiązki oraz zapewni mu przez „okres ochronny” niezbędną pomoc w celu wdrożenia się w nowe obowiązki oraz zapewni jednoznaczność co do uzyskiwanych informacji. Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za tę propozycję, stwierdzając, że przedstawione działanie jest nieadekwatne do celu, jakemu ma ono służyć. Celem jest zapewnienie przekazania obowiązków i wdrożenia nowych ekspertów, a nie opieka ze strony mentora. Zdaniem Zamawiającego zaproponowane działanie jest niewłaściwe i nie ma przełożenia na osiągnięcie zamierzenia.

W ocenie Izby nie można stwierdzić, że wprowadzenie mentora co do zasady jest działaniem nieadekwatnym do celu, jakim jest sprawne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowych ekspertów, należy jednak podkreślić, że wykazanie tej adekwatności spoczywało na wykonawcy. Zdaniem Izby Odwołujący nie wywiązał się z tego obowiązku, nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia potwierdzającego, że zaproponowane działanie przyczyni się do osiągnięcia celu. W uzasadnieniu nie wskazano bowiem, kto i w jaki sposób miałby pełnić

funkcję mentora, jaki będzie jego zakres obowiązków i w jaki sposób wpłynie to na osiągnięcie oczekiwanego celu. Zatem biorąc pod uwagę stopień ogólności uzasadnienia Zamawiający był uprawniony negatywnie ocenić zaproponowane działanie.

W zakresie punktu 2.3 Metodyki Izba ustaliła, że wykonawcy zobowiązani byli przedstawić opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta skuteczności przepływu informacji pomiędzy personelem Konsultanta, Wykonawcy i Zamawiającego. Za powyższe można było uzyskać maksymalnie 3 punkty (1 punkt za każdą propozycję dodatkowego działania wraz z uzasadnieniem). Odwołujący zaproponował m.in. przekazanie stronom kontraktu opracowanego przez Konsultanta w oparciu o obowiązujący w firmie program jakości „Program zarządzania projektem”, w uzasadnieniu podając, że program ten w jasny i czytelny sposób określa obowiązujące procedury postępowania, jak również określa wzory dokumentów przewidziane do korespondencji ułatwiający i w znaczny sposób ją porządkujące. Wzory dokumentów są przekazywane w formie elektronicznej wszystkim stronom kontraktu. Zamawiający nie przyznał punktu za powyższą propozycję, stwierdzając, że przedstawione działanie nie wykracza poza wymagania zawarte w SIWZ, tzn. nie jest dodatkowe, bowiem zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy, pkt 1 „Raport otwarcia” Konsultant zobowiązany jest do przedłożenia opracowania pn. „Organizacja i metodologia zarządzania kontraktem”.

Zdaniem Izby, ocena, że nie jest to działanie dodatkowe w stosunku do przewidzianych w SIWZ, była prawidłowa. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy Konsultant zobowiązany jest do przedłożenia opracowania pn. Organizacja i metodologia zarządzania kontraktem. Opracowanie to ma określać m.in. opis czynności i wskazanie osób biorących udział w ich wykonywaniu, przypisanie uprawnień, obowiązków i odpowiedzialności, a także określenie wzorów dokumentów. Fakt, że proponowany przez Odwołującego Program zarządzania kontraktem byłby przekazywany również wykonawcy robót nie czyni tego programu dodatkowym w stosunku do opracowania, którego obowiązek wynika z umowy, gdyż – jak słusznie zauważył Zamawiający – byłoby to jedynie wyjęcie pewnej części danych z opracowania i przekazanie ich stronom kontraktu pod nową nazwą. Z przedstawionego przez Odwołującego uzasadnienia nie wynika, aby zakres „Programu zarządzania projektem” wykraczał poza zakres opracowania, do którego przedłożenia Konsultant będzie zobowiązany postanowieniami umowy, a tylko wykazanie takich okoliczności uprawniałoby do uzyskania dodatkowego punktu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa metodyk złożonych przez pozostałych wykonawców oraz oceny tych metodyk. W tym zakresie Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że w odwołaniu nie przedstawiono żadnych argumentów

na potwierdzenie tego zarzutu, poprzestając wyłącznie na ogólnym zanegowaniu możliwości uznania tych dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych i prawnych, które miałyby potwierdzać, że przesłanki określone powyższym przepisem nie zostały spełnione. Nie jest natomiast zadaniem Izby domyślanie się tych okoliczności, są one bowiem niezbędnym elementem prawidłowo sformułowanych zarzutów. Należy więc stwierdzić, że tak przedstawiony zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Odwołujący, składając ofertę, podobnie jak inni wykonawcy zastrzegł jej treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wiadomo przy tym na czym miałyby polegać odmienność tego dokumentów sporządzonego przez Odwołującego od dokumentów innych wykonawców w kontekście możliwości objęcia ich ochroną przewidzianą dla informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: