

WYROK

z dnia 15 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa,
Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy
ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa,
Pectore-Eco Sp. z o.o. Al. Przyjaźni 7/2, 44-100 Gliwice**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, DHI Polska Sp. z o.o. ul. Koszykowa 6, 00-564 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy, Pectore-Eco Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę**

15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy, Pectore-Eco Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie Krajowego programu ochrony wód morskich” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 września 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 187-339098. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy, Pectore-Eco Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu nieprawidłowej oceny oferty odwołującego w ramach kryterium „Koncepcja opracowania projektu Krajowego programu ochrony wód morskich wraz z SOOŚ” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia”,
2. dokonaniu nieprawidłowego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i DHI Polska sp. z o.o. (zwanych dalej „konsorcjum Grontmij”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ove Arup & Parnters International Limited działająca w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Parnters International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce i Instytutu Morskiego w Gdańsku (zwanych dalej „konsorcjum Ove Arup”),
3. dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i DHI Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 7, art. 2 pkt 5, art. 24 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91) i uniemożliwiających uzyskanie odwołującemu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanych czynności, w szczególności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert,
2. ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, w szczególności powtórzenia oceny w ramach kryterium „Koncepcja opracowania projektu Krajowego programu ochrony

wód morskich wraz z SOOŚ” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia” oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, zgodnie z przepisem art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający wybrał ofertę konsorcjum Grontmij, a oferta odwołującego otrzymała 23,41 punktu w ramach kryterium cena, 20 punktów w ramach kryterium „Koncepcja opracowania projektu Krajowego programu ochrony wód morskich wraz z SOOŚ” oraz 15 punktów w ramach kryterium „Opis sposobu realizacji zamówienia”.

Odwołujący nie zgodził się z tą oceną, gdyż sporządził opracowanie „Koncepcja opracowania projektu Krajowego programu ochrony wód morskich wraz z SOOŚ” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia” zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na podstawie danych przedstawionych przez zamawiającego.

Dalsza argumentacja odwołującego została zawarta w załączniku nr 1 do odwołania objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, nie będzie więc powoływana.

Zdaniem odwołującego również oferta konsorcjum Ove Arup nie została oceniona prawidłowo. Wątpliwości odwołującego budzi brak opisu sposobu reprezentacji spółki Ove Arup & Parnters International Limited, który nie wynika z Companies Act, a w szczególności, ilu dyrektorów ma reprezentować tę spółkę. W tej sytuacji nie wiadomo, czy pełnomocnictwo z 16 września 2013 r. zostało udzielone skutecznie. Wykonawca nie przedstawił również wymaganego odpisu z rejestru dla oddziału w Polsce. Wskazane pełnomocnictwo zostało udzielone osobom fizycznym, co może wskazywać, że wykonawca jest nieprawidłowo reprezentowany. Ww. informacje mogą być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże zamawiający nie zastosował tego przepisu. W tej sytuacji nie wiadomo, kto składa ofertę: Ove Arup & Parnters International Limited, w imieniu której działa osoba fizyczna, czy też oddział działający w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Polski, a reprezentowany przez należycie umocowaną osobę. W przypadku, gdy miałby to być oddział działający w Polsce, powinien złożyć odpis.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorcy zagraniczni mogą, na zasadzie wzajemności, o ile ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, tworzyć oddziały z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego (art. 87). Przedsiębiorca zagraniczny może rozpocząć działalność w ramach oddziału po uzyskaniu wpisu oddziału do rejestru przedsiębiorców (art. 88). Niezależnie od obowiązków określonych w przepisach o Krajowym Rejestrze Sądowym przedsiębiorca zagraniczny jest obowiązany w szczególności podać

imię i nazwisko oraz adres na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby upoważnionej w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego (art. 89). Zamawiający nie uwzględnił tych przepisów i nie zweryfikował sposobu reprezentacji ani faktu dokonania wpisu oddziału do rejestru przedsiębiorców.

Oferta konsorcjum Grontmij również może budzić wątpliwości w zakresie złożonego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, które składa pełnomocnik działając w imieniu i na rzecz konsorcjum, a wpisany jest jedynie lider konsorcjum – Grontmij Polska Sp. z o.o. Na podstawie punktu 6.19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do złożenia dokumentów, wymienionych w punkcie 6.2., 6.3., 6.4., 6.5., 6.6., 6.13 i 6.14. Wykonawca nie spełnił tego wymagania. Zamawiający nie wyjaśnił tych wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ani nie uzupełnił oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3.

Zamawiający także nieprawidłowo zbadał dokumenty podwykonawcy DHI udostępniającego swoje zasoby, w części dotyczącej zaświadczenia z rejestru karnego o braku karalności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Prawo zamówień publicznych na Członka Zarządu – Dyrektora Generalnego pana A.L., działającego na podstawie pełnomocnictwa z 14 czerwca 2013 r. udzielonego przez członków Rady Dyrektorów, zamiast na członków Rady Dyrektorów („Board of Directors” przetłumaczona jako Rada Nadzorcza zamiast Zarząd). Z przedstawionych przez konsorcjum Grontmij dokumentów wynika, że to Rada ma rzeczywiste uprawnienia do reprezentowania DHI, a nie tylko do nadzoru, jak wskazuje przedstawione przez wykonawcę tłumaczenie. Ww. zaświadczenia dla członków Rady Dyrektorów powinny zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże zamawiający nie zastosował tego przepisu. „Management” sprowadza się bardziej do kierowania, czy zarządzania organizacją, tym bardziej że A.L. działa jako pełnomocnik Rady Dyrektorów, a nie ustanowiony statutem zarząd.

Zgodnie z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe zasady nie zostały zachowane w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie dochował też zasady wyboru oferty najkorzystniejszej. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej bez wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych ofert, ewentualnie ich uzupełnienia, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając je za nieuzasadnione, gdyż nie naruszył przywołanych w odwołaniu przepisów.

Jeśli chodzi o ofertę konsorcjum Ove Arup, to ofertę tę złożyło konsorcjum, którego Ove Arup & Partners International Ltd. był partnerem, a nie oddział w Polsce. Oddział nie posiada osobowości prawnej, więc nie mógłby złożyć oferty. Pełnomocnictwo zostało wystawione prawidłowo.

Zamawiający przedstawił sporządzony przez siebie wydruk z KRS informacji z rejestru przedsiębiorców dla Ove Arup & Partners International Ltd. Sp. z o.o. oddział w Polsce, w której wskazano organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy: każdy członek zarządu samodzielnie, a jednym z członków zarządu jest D.W.. Rejestr przedsiębiorców jest ogólnie dostępny i prawnik zamawiającego sprawdził go z ostrożności. Zamawiający nie żądał odpisu z rejestru dla oddziału. Rejestr tylko potwierdził, że pełnomocnictwo zostało udzielone prawidłowo. Stwierdza, iż ofertę podpisały osoby fizyczne, a nie oddział.

Jeśli chodzi o konsorcjum Grontmij, oferta miała być złożona w języku polskim i w tym języku dokumenty są prawidłowe. Zamawiający nie stwierdził, że tłumaczenie zostało dokonane nieprawidłowo. Członkowie konsorcjum Grontmij złożyli dwa oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu – każdy z członków konsorcjum osobne.

Jeśli chodzi o kryteria oceny ofert, to po ogłoszeniu przetargu żaden z wykonawców nie składał odwołań na sposób oceny, zatem obecnie odwołanie takie jest nieuzasadnione. Koncepcja to coś, co należy zrealizować, a co będzie zamawiającemu przydatne i nie zostaną na to wydane nadmierne środki. Rozbudowywanie tego, co będzie nieprzydatne, tylko niepotrzebnie przedłuża realizację umowy. W przedstawionej przez odwołującego koncepcji zamawiający nie znalazł niczego, co byłoby dodatkowe i przydatne dla niego.

Są różne koncepcje i różne tematy, przy różnych zamówieniach różne rzeczy mogą być istotne. Zamawiający przeglądał i oceniał złożone koncepcje według swojej wizji, jak zamówienie winno być realizowane. Nie wszystkie rzeczy dodatkowe, nawet istotne dla wykonawcy, mają znaczenie dla zamawiającego. Koncepcja nie może być oceniana w oderwaniu od harmonogramu danego projektu, a to, co jest korzystne w projekcie, który trwa pół czy półtora roku i jest tam pozytywnie odbierane, nie musi być pozytywnie odbierane w zamówieniu, które ma krytycznie napięty harmonogram, i którego pierwszy etap musi się zakończyć w dwa miesiące. Z koncepcji odwołującego nie wynikają dodatkowe zasoby. Jak wynika z realizacji zamówienia o zbliżonym charakterze, zamawiający zdaje sobie sprawę, i również musi ją sobie zdawać odwołujący, jak wygląda ten etap – zwykle trwa on dłużej niż się przewiduje.

III Stanowisko przystępującego – konsorcjum Grontmij

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu nieprawidłowej oceny oferty odwołującego stwierdził, iż odwołanie na nieprawidłowo dokonaną przez zamawiającego ocenę Izba rozpatrywała w sprawach o sygn. KIO 771, 773, 776, 777/14 uznając tam działanie zamawiającego za prawidłowe. Przystępujący jest pewny, iż zamawiający jako profesjonalista zachowuje podobny standard oceny.

Jeśli chodzi o oświadczenie o niewykluczeniu, sprawa została wyjaśniona poprzez przedłożenie przez zamawiającego oryginalnych oświadczeń z oferty, w których na kolejnych stronach znajduje się oświadczenie drugiego z konsorcjantów.

Co do nieprawidłowości tłumaczenia przystępujący stwierdził, iż odwołujący nie jest profesjonalnym tłumaczem i nie wskazuje żadnych podstaw do stwierdzenia, że tłumaczenie jest nieprawidłowe. Przedstawił kserokopię tłumaczenia dokonanego przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego dokumentu rejestracyjnego DHI Dania o polskiej nazwie „Poświadczona kopia” oraz „Pełnomocnictwo dla A.L.” ustanawiającego go osobą zarządzającą DHI Dania. Do oferty załączono zwykle tłumaczenia. Wyjaśnił, iż DHI Dania nie jest spółką prawa handlowego tylko organizacją *non-profit*, więc nie można przenosić na nią polskich przepisów o spółkach. Rola Rady Dyrektorów została wyjaśniona w oświadczeniu M.E., wiceprezesa grupy prawnej, która stanowi dział prawny DHI Dania. Na str. 2 dokumentu rejestracyjnego DHI Dania pan L. jest wpisany jako osoba zarządzająca.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (dokumentacja postępowania) nie jest sporny między stronami.

Po sprawdzeniu oświadczeń załączonych do oferty odwołujący cofnął zarzut dotyczący nieprawidłowego sposobu złożenia przez konsorcjum Grontmij oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, nie był on więc rozpoznawany.

W stosunku do pozostałych zarzutów, po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego przedstawienia przez konsorcjum Grontmij dokumentów dotyczących niekaralności osób zarządzających podmiotem, na zasoby którego powołało się konsorcjum Grontmij, tj. DHI Dania, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się – przede wszystkim: nie został przez odwołującego udowodniony.

Nie było sporne, że dokument taki dla podmiotu, na zasoby którego powołał się wykonawca, był wymagany – wynika to z punktu 6.21 w zw. z punktem 6.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie było sporne również, że konsorcjum Grontmij powołało się na zasoby podmiotu o nazwie DHI z siedzibą w Hørsholm w Danii. W ramach spełnienia ww. wymogu konsorcjum Grontmij przedstawiło zaświadczenie o niekaralności dla A.L. pełniącego w tym podmiocie funkcję nazwaną w oryginale wypisu z rejestru „Management”, co zostało przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego jako „Kierownictwo”. W wypisie z przedstawionego przez przystępującego podczas rozprawy rejestru Ministerstwa Szkolnictwa Wyższego i Nauki figuruje jednak również „Board of Directors” przetłumaczona jako „Rada Dyrektorów”. Zdaniem odwołującego konsorcjum Grontmij powinno przedstawić zaświadczenia o niekaralności również dla członków owej Rady.

Podstawą sporu, zdaniem Izby, jest fakt, że podmiot o nazwie DHI, jak również jego organy, nie posiadają w prawie polskim swojego odpowiednika. Z wypisu z rejestru wynika, że „DHI to niezależne przedsiębiorstwo typu non-profit”, którego przedmiotem działalności jest „przyspieszanie rozwoju i kompetencji technologicznych w Danii w dziedzinie inżynierii wodnej i technologii morskiej, oceanografii i środowiska morskiego, zasobów wodnych” itd. Zostało ono utworzone w 1964 r. przez duńską Akademię Nauk Technicznych z inicjatywy Duńskiego Uniwersytetu Technicznego, a następnie połączone z również założonymi przez ww. Akademię Nauk Technicznych spółką VKI Institute for Water Environment oraz Duńskim Ośrodkiem ds. Toksykologii.

Z rejestru wynika, że do zaciągania zobowiązań w imieniu przedsiębiorstwa uprawnieni są przewodniczący lub zastępca przewodniczącego łącznie z dwoma dyrektorami rady lub z dyrektorem naczelnym przedsiębiorstwa. Rada Dyrektorów jest także uprawniona do udzielania prokury samoistnej lub łącznej oraz do udzielania wszelkich specjalnych uprawnień do zaciągania zobowiązań w imieniu przedsiębiorstwa.

Ze względu na brak innych wpisów, w ocenie Izby, nazwy ww. stanowisk muszą odnosić się do stanowisk zawartych w punkcie „Rada Dyrektorów”.

W skład Rady Dyrektorów wchodzi: 1) J.B. – przewodniczący, 2) J.T. – dyrektor naczelnny, zastępca przewodniczącego, 3) N.H.E., badacz, pracownik wybrany na członka rady, 4) A.C.E. – starszy inżynier, pracownik wybrany na członka rady,

5) P.F. – wiceprezes, dyrektor, 6) K.R. – prodziekan, profesor, 7) L.R. – kierownik działu, pracownik wybrany na członka rady, 8) P.R. – dyrektor naczelny, 9) B.S., piwowar.

W ramach zaistniałego sporu przystępujący – konsorcjum Grontmij prezentował stanowisko, że Rada Dyrektorów nie zarządza przedsiębiorstwem, a jej rolę można porównać do rady nadzorczej spółki. Na dowód tego przedstawił oświadczenie prawnika DHI o nazwie „Legal report on DHI” („Raport prawny na temat DHI”), z którego wynika, że „Rada Dyrektorów nie pełni roli zarządzania codzienną działalnością DHI, ale powołuje CEO (Chief Executive Officer, czyli Główny Dyrektor Zarządzający), który ma odpowiednie uprawnienia do prowadzenia działań w zakresie zarządzania.

Jak stwierdziła Izba na wstępie, w jej ocenie cały spór powstał z tego powodu, że nie można bezpośrednio przełożyć formy organizacyjnej przedsiębiorstwa DHI na formy znane w prawie polskim, a tym samym bezpośrednio dopasować dokumentów dotyczących niekaralności do którejś z osób lub organów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Najbliższy wydaje się tu jednak pkt 8 tego przepisu, zgodnie z którym informacja powinna dotyczyć urzędującego członka organu zarządzającego osoby prawnej. Strony porównywały istniejące w DHI organy do rady nadzorczej i zarządu spółki, a samo przedsiębiorstwo do spółki i stowarzyszenia, jakkolwiek Izba widzi tu również pewne zbieżności z przedsiębiorstwem państwowym oraz radą pracowniczą i dyrektorem przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 30 i nast. ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, a nawet, że względu na cel istnienia owego przedsiębiorstwa, instytutem badawczym w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych.

Jednak w każdym wypadku kompetencje Rady Dyrektorów, w przeciwieństwie do rady nadzorczej, rady pracowniczej i rady naukowej instytutu formalnie różnią się tym, że żadna z nich nie ma (poza określonymi w ustawie wyjątkami) uprawnień do reprezentowania podmiotu. W tym zakresie Rada Dyrektorów podobna jest bardziej do zarządu spółki.

Jednak z drugiej strony Izba nie ma podstaw, by podważać oświadczenie złożone przez prawnika spółki M.E., zgodnie z którym przedsiębiorstwem faktycznie zarządza nie Rada Dyrektorów, a A.L. – również formalnie ujawniony w ww. rejestrze jako „Kierownictwo”.

Tym samym, zdaniem Izby, ustalenie, który z podmiotów – Radę Dyrektorów czy „Kierownictwo”, tj. A.L. figurującego w dokumentach także jako „dyrektor naczelny”/CEO – należy uznać za „organ zarządzający”, jest kwestią zarówno prawa obcego, jak i, przede wszystkim, faktów. Te zaś powinny zostać dowiedzione.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Przystępujący w swoim zakresie wykazał inicjatywę dowodową, w przeciwieństwie do odwołującego. I jakkolwiek, zdaniem Izby, nie wyjaśniają one w pełni roli Rady Dyrektorów jako ewentualnego „organu zarządzającego” przedsiębiorstwa, to jednak powodują w tej kwestii na tyle istotne wątpliwości co do sposobu zarządzania DHI, że Izba, wobec braku konkretnych i jednoznacznych ustaleń, nie widzi podstaw do powtórzenia przez zamawiającego czynności badania oferty przystępującego konsorcjum Grontmij.

Przy czym należy zauważyć, że w ostatnich dwóch akapitach rejestru zawarto informację o zaciąganiu zobowiązań w imieniu przedsiębiorstwa, a nie bezpośrednio o zarządzaniu nim. Powiązanie tych dwóch rodzajów działań organu oraz przypisanie ich zarządowi również wynika z prawa polskiego dotyczącego spółek kapitałowych, w prawie obcym lub statucie przedsiębiorstwa kwestia ta mogła zostać uregulowana w sposób odmienny – zwłaszcza w obliczu istnienia innych organów.

W zakresie zarzutu dotyczącego potencjalnie nieprawidłowej reprezentacji konsorcjum Ove Arup przez osoby, które podpisały ofertę ze względu na brak wskazania sposobu reprezentacji Ove Arup & Parnters International Limited, Izba stwierdziła, że zarzut ten podlega oddaleniu.

Oferta konsorcjum Ove Arup została podpisana przez A.S., dla którego załączono pełnomocnictwo do „samodzielnego reprezentowania mocodawcy oraz występowania w imieniu mocodawcy w Polsce” podpisane przez D.W. i M.T., którzy w wypisie z brytyjskiego rejestru przedsiębiorców pod nazwą „Companies Act” dla spółki Ove Arup & Parnters International Limited figurują odpowiednio jako jeden z jej czterech dyrektorów oraz sekretarz, a w samym pełnomocnictwie zostali wskazani jako „działający jako zarząd spółki”. Rzeczywiście, cechą rejestru „Companies Act” jest to, że wskazuje się w nim nazwiska dyrektorów nie wskazując jednocześnie sposobu reprezentacji przedsiębiorstwa.

Zamawiający w punkcie 6.15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że w przypadku, gdy ofertę podpisuje pełnomocnik (osoba nie umocowana do tych czynności w dokumentach rejestracyjnych firmy), do oferty należy załączyć pełnomocnictwo określające jego zakres, podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy.

Co prawda zamawiający nie zaznaczył tego w ofercie, ale ogólną zasadą prawa cywilnego jest, że jeżeli w danej sprawie wystawiono ciąg pełnomocnictw, należy przedstawić wszystkie z nich, aby możliwe było jednoznaczne stwierdzenie, że osoba podpisująca rzeczywiście jest do tej czynności należycie umocowana, nawet bez dodatkowych wskazań.

Podobnie rzecz się ma ze wskazaniem, że pierwszy udzielający pełnomocnictwa prawidłowo wystąpił jako mocodawca, czyli np. jaki jest sposób reprezentacji spółki. W punkcie 6.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zresztą zaznaczył tę kwestię: „podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji”. W prawie polskim kwestię tę rozwiązuje najczęściej obowiązkowe wskazanie tych osób i sposobu reprezentacji w KRS, a odpis z KRS najczęściej jest załączany do oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, choć formalnie w zupełnie innym celu (wskazanie braku otwarcia likwidacji i ogłoszenia upadłości).

Zamawiający, jak wskazał, w terminie późniejszym sprawdził w publicznie dostępnym KRS sposób reprezentacji oddziału tej spółki w Polsce – wynika z niego uprawnienie do samodzielnej reprezentacji D.W.. Jednocześnie jednak wskazał, że spółka działała bezpośrednio, a nie przez swój oddział. (Jakkolwiek w ofercie wskazano na wstępie oraz na pieczęci przy podpisie wskazano na oddział w Polsce i osobę reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w Polsce).

Co prawda w niniejszym stanie faktycznym uprawnienie D.W. i M.T. do reprezentowania Ove Arup & Parnters International Limited oraz D.W. do reprezentowania oddziału nie jest zasadniczo kwestionowane, pożądanymi byłyby jednak formalne wyjaśnienie przez zamawiającego tej kwestii z wykonawcą w trakcie badania ofert. Chociaż w przypadku krajowych, publicznie dostępnych rejestrów, jak KRS, dopuszczane jest także dokonanie takiego sprawdzenia przez zamawiającego.

Biorąc jednak pod uwagę, że oferta konsorcjum Ove Arup nie została uznana za najkorzystniejszą, nawet niewłaściwa reprezentacja wykonawcy – która nie została stwierdzona – nie ma obecnie wpływu na wynik postępowania i zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma podstaw do nakazywania zamawiającemu podjęcia jakichkolwiek czynności w tym zakresie, Izba wskazuje powyższe jako postulat na przyszłość.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty odwołującego Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Jak wynika z rozdziału 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wskazał trzy kryteria oceny ofert: cena brutto 30%, „Koncepcja opracowania projektu Krajowego programu ochrony wód morskich wraz z SOOŚ” 40% (max 40 pkt) oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia” 30% (max 30 pkt).

Zgodnie z zasadami oceny w ramach kryterium „Koncepcja opracowania projektu Krajowego programu ochrony wód morskich wraz z SOOŚ” oceniany miał być stopień szczegółowości odniesienia się w przygotowanej przez wykonawcę koncepcji do zagadnień opisanych w opisie przedmiotu zamówienia, m.in. przedstawienie planowanego podejścia do

opracowania projektu działań w KPOWM (0-20 pkt) oraz koncepcja przeprowadzenia strategicznej oceny oddziaływania na środowisko, w tym stopień szczegółowości prognozy oddziaływania KPOWM (0-20 pkt) oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia”.

Wykonawca mógł uzyskać trzy oceny: „słabo” (0 pkt), „dobrze” (10 pkt) i „bardzo dobrze” (20 pkt).

Ocena „dobrze” została opisana następująco: „Wykonawca w sposób zadowolający, jasny, rzetelny opisał lub przygotował element kryterium. Zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej.”, natomiast „bardzo dobrze”: „Wykonawca w sposób wyczerpujący, rozlegle, szczegółowo, przejrzyste, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element kryterium. Zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element kryterium zawiera wartości dodane, innowacyjne, wykraczające poza zakres dokumentacji przetargowej, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia.”

W ramach kryterium „Opis sposobu realizacji zamówienia” oceniane miało być podejście do opracowania harmonogramu całości zamówienia oraz sposobu realizacji uwzględniające konieczność wykonywania poszczególnych zadań w tym samym czasie wraz z opisem potencjalnych ryzyk i zagrożeń dla właściwej realizacji poszczególnych zadań na każdym etapie zamówienia oraz propozycją sposobów zapobiegania i przeciwdziałania. Oceniana będzie szczegółowość wskazanych problemów oraz propozycje ich rozwiązania (0-10 pkt), a także organizacja realizacji zamówienia (0-20 pkt): organizacja kontroli jakości realizacji zamówienia i prezentowania postępów wykonywanych zadań oraz sposób opracowania projektu pod presją czasu (wskazano, co dokładnie będzie oceniane).

W obu tych elementach również można było uzyskać ocenę „słabo” (0 pkt), „dobrze” (odpowiednio 5 pkt/10 pkt), „bardzo dobrze” (odpowiednio 10/20 pkt). Opis ocen odpowiada wyżej przywołanemu opisowi dla poprzedniego kryterium.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał oceny jego opracowań w sposób niezgodny z zamieszczonym powyżej opisem, przez co przyznał mu zbyt mało punktów.

Na wstępie odwołania odwołujący podniósł, że sporządził opracowanie „Koncepcja opracowania projektu Krajowego programu ochrony wód morskich wraz z SOOŚ” oraz „Opis sposobu realizacji zamówienia” zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na podstawie danych przedstawionych przez zamawiającego. Jednak Izba zauważa, że zamawiający tego nie negował – nie odrzucił oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ani nie wskazał żadnych jej wad tego typu. Jednocześnie zwraca uwagę, że przygotowanie opracowań zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia stanowi opis dla oceny „dobrze” („zostały

spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej”), którą to ocenę odwołującemu przyznano.

Jako wartość dodaną mającą wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia odwołujący wskazał:

1. dodatkowe analizy oraz podejście bazujące na wieloletnim doświadczeniu i specjalistycznej wiedzy zespołu (akapit 3 str. 1 zał. nr 1 do odwołania),
2. niestandardowe podejście w opracowaniu dokumentów (akapit 1 str. 2 zał. nr 1 do odwołania) wykraczające poza opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które odwołujący dodatkowo uznał za innowacyjne,
3. metody identyfikacji i oceny ryzyk i ich skutków, które odwołujący dodatkowo uznał za innowacyjne (ostatni akapit str. 2 i pierwszy str. 3 zał. nr 1 do odwołania),
4. narzędzia informatyczne i komunikacji (4. i 5. akapit str. 3 oraz str. 4 zał. nr 1 do odwołania).

Powyższe Izba wskazała jedynie ogólnie i hasłowo ze względu na zastrzeżenie treści załącznika nr 1.

Zamawiający wskazał, że w owych elementach opracowań nie znalazł wartości dla niego przydatnych, dodanych, innowacyjnych, wpływających na wyższą jakość realizacji – w stosunku do tego właśnie zamówienia, które wpływałyby na przyznanie wykonawcy oceny wyższej niż dobra.

W obliczu przedstawionej w ramach postępowania odwoławczego przez odwołującego i zamawiającego argumentacji Izba nie znalazła podstaw, by podważyć dokonaną przez zamawiającego ocenę. Wskazane przez odwołującego elementy oraz powołane argumenty nie zostały uznane przez Izbę za ważne. Zresztą zasadniczo, w ocenie Izby, jakichś znaczących i konkretnych argumentów po stronie odwołującego brak, oprócz wskazania, że dany element uważa za innowacyjny czy za wartość dodaną albo pozytywnie wpływający na jakość. W zasadzie jest to jedynie ocena ze strony odwołującego, do tego dość lakoniczna, odwołująca się głównie do cytatów ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie rzeczywistego potwierdzenia owej innowacyjności czy wartości dodanej. (Poza tym warto zauważyć, że skoro „innowacja” to wprowadzenie czegoś nowego, to elementy, które już wcześniej zostały zastosowane, nie są zgodne z tą definicją.) Dodatkowo, zdaniem Izby, elementy nazwane przez Izbę „narzędziami informatycznymi i komunikacji” nie są żadnymi narzędziami wyjątkowymi, według wiedzy Izby takie same lub podobne są stosowane także przez innych wykonawców przy różnych projektach.

To, że ocena dokonana przez zamawiającego i odwołującego może być różna, jest stanem naturalnym (w szczególności gdy jest to ocena własnego dzieła), każdy podmiot ocenia

bowiem przez pryzmat własnych przekonań, doświadczeń i potrzeb. Dotyczy to zwłaszcza ocen otwartych, opisowych, w których nie przyznaje się, jak na teście, konkretnych punktów za konkretną odpowiedź. Jednak aby podważyć ocenę zamawiającego, należy wskazać i udowodnić jej niezgodność z prawem (w tym wypadku poprzez niezgodność z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Argumentacja odwołującego sprowadza się raczej do postulatu, życzenia otrzymania wyższej liczby punktów.

Izba zwraca też uwagę, że aby zamawiający mógł ocenić dany element na wyższą ocenę, musi on być prawidłowo opisany w opracowaniu. Przykładowo w przypadku podanego podczas rozprawy elementu (pkt 2.) – zamawiający uznał, że podczas realizacji projektu w ogóle nie będzie czasu na jego realizację. Odwołujący odpowiedział, że przewidział dodatkowe osoby do realizacji owej części. Zdaniem zamawiającego nie wynika to z opracowania.

Tu należy przyznać rację zamawiającemu – oceniane jest przedstawione przez wykonawcę opracowanie, a nie rzeczy, które może by zaistniały, ale nie zostały w nim ujęte. Zdaniem Izby nie było więc podstaw, by przyznać dodatkowe punkty za elementy, co do których w takich przypadkach nie wskazano na okoliczności wpływające na rokowania co do szans ich powodzenia.

Podsumowując, Izba podkreśla, że w ramach postępowania odwoławczego odwołujący ma obowiązek postawić konkretne zarzuty w zakresie niezgodności z prawem czynności zamawiającego, które następnie ma obowiązek udowodnić, a nie zgłaszać swoje wątpliwości co do potencjalnie niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, czy też ewentualne postulaty, w sprawie których Izba miałaby prowadzić jakieś ogólne postępowanie wyjaśniające czy ogólną ocenę ich zasadności.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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: