

Sygn. akt: KIO 657/14

## WYROK

z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2014 r. przez wykonawcę: **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z Kutna** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z Warszawy**

przy udziale wykonawcy: **Golland Sp. z o.o. z Chorzowa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez doprecyzowanie ujętych w kryterium „Jakość i organizacja projektu” podkryterium „Zarządzanie ryzykiem” pojęć: „dostateczna/dostateczne/dostateczny”, „dobry”, „nie w pełni”, „w pełni”,
2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z Warszawy** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z Kutna** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z Warszawy** na rzecz wykonawcy **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z Kutna** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną 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 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy na „Projekt, dostawa, instalacja i uruchomienie operacyjne automatycznych systemów pomiarowych parametrów meteorologicznych AWOS na potrzeby meteorologicznej osłony lotnictwa cywilnego na lotniskach w Katowicach, Krakowie, Wrocławiu, Rzeszowie, Łodzi, Szczecinie i Gdańsku oraz automatycznych systemów stanu nawierzchni drogi startowej Ice-alert dla portów lotniczych w Katowicach, Rzeszowie, Łodzi, Szczecinie i Krakowie” wykonawca Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. ponownej zmianie zapisu pkt 8.1. SIWZ „Kryteria Oceny ofert i ich znaczenie” odnośnie do kryterium „Jakość i organizacja projektu” i ponownym opisaniu tego kryterium w sposób, który odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy (opis struktur organizacyjnych zespołu, podział ról, zakres odpowiedzialności poszczególnych członków zespołu) w sytuacji, gdy nie ma to żadnego znaczenia z punktu widzenia osiągnięcia celu umowy, jaka ma być zawierana w wyniku udzielenia zamówienia publicznego oraz w sposób, który umożliwi zamawiającemu dokonanie oceny subiektywnej i uznaniowej, co utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż nie zapewnia obiektywnej oceny i porównania ofert, co odnosi się w szczególności do niejasnych kryteriów rozgraniczenia oceny w zakresie pozycji „dobrze” i „bardzo dobrze” w podkryteriach 1.1,1.2.,2.1. i 2.2. kryterium Jakość i organizacja projektu, a co stanowi naruszenie przepisu art. 2 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp,
2. określeniu w zmienionym opisie przedmiotu zamówienia wymagań czujnika z pominięciem usunięcia wymaganej wartości temperatury punktu przemarzania do -30 stopni Celsjusza, mimo że ze względu na charakter działania czujnika aktywnego nie jest to konieczne, a przy tym zamawiający, uwzględniając w całości zarzuty odwołania Wykonawcy GOLLAND Sp. z o.o. z dnia 6 marca 2014 r. zobowiązany był wykonać zaskarżoną czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, co stanowi naruszenie art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że z dyspozycji art. 91 ust. 3 ustawy Pzp wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym, co oznacza, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazał, że zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy, wobec czego, poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Na tej podstawie odwołujący uznał za niedopuszczalne stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert, które de facto zmierzają do ustalenia posiadanej przez wykonawców struktury organizacyjnej i obowiązujących wewnątrz tej struktury organizacyjnej ról poszczególnych osób, zwłaszcza gdy ze względu na charakter umowy, jaka ma być zawierana w wyniku przetargu publicznego, w której określony jest rezultat i termin jego osiągnięcia (umowa o dzieło) kwestie wewnętrznej struktury organizacyjnej wykonawcy nie mają żadnego merytorycznego znaczenia, ani nie będą stanowić chociażby *accidentalia negotii* umowy.

Zdaniem odwołującego w podkryterium 2.1. w pkt 8.1. SIWZ znalazły się kryteria, które zbliżają się do niedopuszczalnych kryteriów oceny ofert jak doświadczenie, czy też kwalifikacje członków zespołu wykonawcy, czy też posiadanie przez niego znajomości określonej branży, zdobytej w trakcie wykonywania podobnych zamówień dla podmiotów działających w określonej branży.

Podniósł, że zamawiający, poprawiając kontestowane kryterium oraz jego podkryteria, zawarł w jego ramach 3 kategorie oceny obejmujące określoną ilość punktów możliwych do uzyskania, które nie są jednak ze sobą w żaden sposób koherentne, tj. zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dlaczego punktacja ma poziom 0, 4 i 7, podczas gdy naturalną wydaje się gradacja 1, 2, 3 w poszczególnych pozycjach.

Wskazał, że w żaden sposób nie zostały doprecyzowane warunki, od których zależeć będzie uzyskanie przez wykonawcę określonej liczby punktów w ramach danego podkryterium i jednej z jego trzech kategorii - podniósł, że zwłaszcza opisy pomiędzy pozycjami: „dobrze” i „bardzo dobrze” w podkryteriach 1.1., 1.2., 2.1., 2.2. kryterium Jakość i organizacja projektu nie różnią się od siebie w merytorycznie obiektywnie weryfikowalnych opisach niczym, natomiast różni je dodatkowy opis – cyt. „(...) dodatkowo zawiera wartości dodane (wyróżniające się) (...)” /pkt 1.2./; „(...) zawiera wartości dodane (...) zapewnia sprawną realizację przedmiotu zamówienia w sytuacjach kryzysowych” /pkt 2.1./. Odwołujący stanął w związku z powyższym na stanowisku, że nie jest możliwe samodzielnie ustalenie przez potencjalnego wykonawcę, jakich wartości dodanych – czego dokładnie –

oczekuje zamawiający lub co rozumie przez „sprawną realizację”, skoro jest to okoliczność irrelevantna z punktu widzenia umowy o dzieło, w której istotnym jest osiągnięcie rezultatu, a nie droga jego osiągnięcia.

Odwołujący podniósł nadto, że opisy w pkt 1.1. oraz 2.2. naruszają art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, stosownie do którego zamawiający musi przedstawić w SIWZ informację o sposobie oceny ofert, tzn. musi opisać sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę kryteriów określonych w SIWZ, z którego to obowiązku zamawiający nie wywiązał się, ponieważ w podkryterium 1.1. nie sposób ustalić linii demarkacyjnej pomiędzy opisem „zadowalającym” a „wyczerpującym” skoro zamawiający nie wskazuje w odniesieniu do jakiego, przygotowanego przez siebie i jawnego dla wykonawców wykazu elementów realizacji projektu będzie odnosił opisy poszczególnych ofert, a w podkryterium 2.2. nie sposób ustalić linii demarkacyjnej pomiędzy opisem „liczba zidentyfikowanych zagrożeń jest dostateczna (...) opisy sposobów ich rozwiązania są dostateczne” a „Wykonawca zawarł dostateczny wykaz potencjalnych ryzyk i zagrożeń oraz zaproponował dobry sposób ich rozwiązania” skoro zamawiający nie wskazuje w odniesieniu do jakiego, przygotowanego przez siebie i jawnego dla wykonawców wykazu potencjalnych ryzyk dla realizacji będzie odnosił opis zagrożeń i opis ich rozwiązania w przypadku poszczególnych ofert.

Odwołujący przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2011 r., w której wskazano: „Wybór kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. Należy jednak zauważyć, że choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny tak, aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Wskazując kryteria oceny ofert inne niż cena, zamawiający powinien dokonać szczegółowego ich opisu, w razie potrzeb podzielić na dodatkowe podkryteria. Niewystarczające jest przy tym wskazanie w istocie jedynie na nazwę danego kryterium wraz z określeniem jego znaczenia (wagi)”.

Odwołujący stwierdził, iż pomimo pozorów zdefiniowania podkryteriów w pkt 8.1. SIWZ, zamawiający w istocie albo w ogóle ich nie opisał, albo zdefiniował je w sposób niemierzalny.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający, wyznaczając termin wykonania przedmiotu zamówienia, nie ma uprawnienia lub interesu prawnego w indagowaniu wykonawcy o sposób wykonywania poszczególnych elementów realizacji przedmiotu zamówienia lub sposób rozwiązywania hipotetycznych, nie dających się przewidzieć

problemów skoro zamawiającego chroni umowa o wykonanie zamówienia publicznego i ustanowione w niej kary umowne.

Uznał, że ocena podkryterium w pkt 1.1., 1.2., 2.12.2. kryterium Jakość i organizacja projektu nie jest jasna i nadal uniemożliwia samodzielne ustalenie przez oferenta, ile punktów uzyska, co czyni ocenę ofert subiektywną i dowolną, a w konsekwencji wywiera wpływ na cały przebieg postępowania i na możliwość weryfikacji przez wykonawców – w ramach przyznanych im środków ochrony prawnej – prawidłowości udzielenia zamówienia przez zamawiającego, a nadto ocena taka uniemożliwia wykonawcom przygotowanie oferty ze względu na niemożność stwierdzenia, jaki czynnik różnicujący złożone oferty będzie przez zamawiającego brany pod uwagę dla oceny, co skutkuje złożeniem ofert nieporównywalnych.

Zaznaczył, że tworzenie subiektywnych bądź dopuszczających dowolność oceny kryteriów oceny ofert jest zakazane w świetle „Rekomendacji Ministerstwa Rozwoju Regionalnego Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne, lipiec 2010 r., (dalej „Rekomendacje”).

Podniósł, że Rekomendacje zawierają przykładowe pozacenowe kryteria oceny ofert i wskazują wyraźnie na obowiązek zamawiającego dokonania szczegółowego i indywidualnego opisu sposobu oceny oferty dla każdego przyjętego kryterium w ramach obowiązkowego „opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”. Podał, że przykłady zawarte w Rekomendacjach mają charakter uniwersalny, wymagający dostosowania i uzupełnienia przez konkretnego zamawiającego, z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia. Podał, że Ministerstwo Rozwoju Regionalnego jednoznacznie nakazuje zamawiającym określić, w jaki konkretny sposób będą przyznawane punkty podlegającym ocenie ofertom, a nadto Rekomendacje zawierają wprost zakaz tworzenia kryteriów dowolnych i uznaniowych co do sposobu opisu kryteriów oceny ofert, co w ocenie odwołującego nie zostało dopełnione przez zamawiającego, ponieważ:

1) Kryteria muszą być jasne i nie mogą stwarzać dowolności interpretacyjnej; każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy przeciętnie profesjonalny oferent, który dołoży należytej staranności mógł interpretować je w jednakowy sposób (§ 2 ust. 2, str. 7 Rekomendacji),

2) Opis kryteriów (...) nie może jednak przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody (arbitralnego) wyboru oferty (§ 2 ust. 4, str. 7 Rekomendacji).

Odwołujący podniósł, że niezbędne jest wskazanie, co zamawiający rozumie przez pojęcia, którymi się posługuje i w oparciu, o co będzie poznawał punkty.

Uznał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający doprowadził do:

- a) uniemożliwienia wykonawcom przygotowania oferty ze względu na niemożność stwierdzenia, jaki czynnik różnicujący złożone oferty będzie brany pod uwagę dla oceny i przyznania określonej ilości punktów spośród jednej z dwóch kategorii punktowych (pomijając kryterium dające 0 pkt),
- b) dowolności interpretacyjnej przyjętych kryteriów oceny ofert przez wykonawców, co skutkuje złożeniem w postępowaniu ofert nieporównywalnych,
- c) niemożności porównania ofert w ramach ich oceny przez Komisję Przetargową.

Wskazał, że ratio legis unormowań ustawy Pzp należy odczytywać w świetle zasady art. 7, który sprowadza się do obowiązku zamawiającego takiego opisu kryteriów oceny ofert, w tym sposobu oceny ofert, który zapewni obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2008 roku o sygn. akt KIO/UZP 619 /08, w którym: „Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby subiektywne odczucia oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie zapewnił. Zamawiający, co prawda określił podkryteria, w ramach spornego kryterium oceny ofert, a więc wskazał, które elementy w zakresie technologii i środków będzie oceniał, jednakże sposób opisanie tych podkryteriów uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny. Zamawiający określając katalog podkryteriów, które składają się na kryterium oceny zaproponowanej technologii i środków, nie opisał sposobu oceny przedmiotowych podkryteriów w sposób właściwy. Brak bowiem wskazania podstawy od której uzależniona jest ocena, nie określono jakie parametry, cechy, ilości zapewnią uzyskanie maksymalnej liczby punktów oraz jak odchylenia w tym zakresie wpłyną na ocenę (punktację). Wykonawca nie ma nawet wiedzy bowiem sam Zamawiający tego nie rozstrzygnął, jak ewentualne odchylenia wpłyną będą na ocenę, a w konsekwencji na ilość przyznanych punktów. Tak skonstruowany opis oceny spornego kryterium nie zapewnia waloru wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie budzący wątpliwości, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozostają w niepewności jak oceniane będą oferty”.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów odwołania odwołujący wskazał, że w odwołaniu z dnia 6 marca 2014 r. odwołujący GOLLAND Sp. z o.o. wskazał m.in. cyt. „Dodatkowym parametrem wskazującym na tego samego producenta jest wymagana

wartość temperatury punktu przemarzania do – 30 stopni Celsjusza, co ze względu na charakter działania czujnika aktywnego nie jest to konieczne”.

Wskazał, że stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 290/13, zgodnie z którym decyzja o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania winna być czynnością przemyślaną i racjonalną, za niewłaściwe postępowanie zamawiającego należy uznać uwzględnienie całości zarzutów odwołania w sytuacji, gdy zasadny do uwzględnienia zamawiający uważał tylko jeden z podniesionych zarzutów – w takiej sytuacji nie było przeszkód prawnych, aby zamawiający uwzględnił zasadność tylko niektórych zarzutów odwołania, poddając jednocześnie zarzuty pozostałe rozstrzygnięciu KIO.

Odwołujący podniósł, że skoro jednym z zarzutów odwołania była kwestia nieuzasadnionego opisanie parametrów czujnika z odwołaniem się do wartości temperatury, co powoduje możliwość zastosowania urządzeń tylko jednego producenta, a zamawiający uznał odwołanie i jego zarzuty w całości, to jego obowiązkiem była eliminacja tego parametru.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ tak, aby zmodyfikowane zapisy SIWZ były zgodne z ustawą Pzp w szczególności, poprzez usunięcie zapisów naruszających wskazane przepisy ustawy Pzp,
3. nakazanie przedłużenia terminu składania ofert według norm prawem przepisanych,
4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.



Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Zarzut opisanie kryterium „Jakość i organizacja projektu” w sposób, który odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy oraz w sposób, który umożliwia zamawiającemu dokonanie oceny subiektywnej i uznaniowej, co odnosi się w szczególności do niejasnych kryteriów rozgraniczenia oceny w zakresie „dobrze” i „bardzo dobrze” w podkryteriach 1.1., 1.2., 2.1., 2.2. częściowo się potwierdził się (zarzut pierwszy).

Odnosnie do opisanie kryterium „Jakość i organizacja projektu” w sposób, który odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy (opis struktur organizacyjnych zespołu, podział ról, zakres odpowiedzialności poszczególnych członków zespołu) skład orzekający Izby wskazuje, że jedynym podkryterium w ramach kryterium „Jakość i organizacja projektu”, w którym zamawiający zobowiązał wykonawców do opisu „osobowych aspektów” realizacji przedmiotu zamówienia i przewidział jego ocenę było podkryterium 2.1. „Organizacja”. Zamawiający zażądał bowiem w ramach tego podkryterium szczegółowego opisu struktury organizacyjnej zespołu, która będzie wykorzystywana przy realizacji przedmiotu zamówienia (w zakresie OPZ rozdział I).

Zdaniem odwołującego podkryterium to odnosi się do właściwości wykonawcy, których ocena w świetle przepisu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, jest niedopuszczalna.

Skład orzekający Izby stanowiska tego nie podziela, ponieważ zamawiający nie zażądał opisu i nie przewidział oceny struktury organizacyjnej wykonawcy jako takiej (opisu i oceny komórek organizacyjnych różnego szczebla, czy stanowisk funkcjonujących na co dzień u wykonawcy), ale zażądał opisu i przewidział ocenę struktury organizacyjnej zespołu – grupy, którą powoła wykonawca w celu realizacji tego, skonkretyzowanego przedmiotu zamówienia, grupy – dedykowanej do realizacji tego przedmiotu zamówienia, która to

organizacja winna być adekwatna do zadań czekających grupę. Podnieść należy, że struktura organizacyjna, w ramach której wykonawca funkcjonuje zgodnie z jego wewnętrznymi regulacjami nie musi (i najprawdopodobniej nie będzie) odpowiadać strukturze dedykowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia zespołu.

Poza sferą zainteresowań zamawiającego pozostaje zatem, czego obawiał się odwołujący, „ustalenie posiadanej przez wykonawców struktury organizacyjnej i obowiązujących wewnątrz tej struktury organizacyjnej ról poszczególnych osób”.

Fakt, że to wykonawca odpowiada za realizację przedmiotu zamówienia (w tym co do terminu, którego dochowanie ma związek ze sposobem organizowania pracy zespołu, który zadanie wykonuje) w żadnej mierze nie pozbawia zamawiającego prawa – brak ku temu podstaw ustawowych – do oceny, jak wykonawca proponuje zamówienie wykonać. Innymi słowy, proponowany przez wykonawcę sposób realizacji zamówienia może podlegać ocenie zamawiającego. Ostatecznie to przecież zamawiający jest narażony na konsekwencje w postaci realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami zawartymi w SIWZ, a nawet w postaci braku tej realizacji i konieczności wyłonienia nowego wykonawcy.

Odnosnie do punktacji przyjętej przez zamawiającego w ramach poszczególnych podkryteriów kryterium „Jakość i organizacja projektu”, tj. podnoszonej przez odwołującego niekoherentności tej punktacji skład orzekający Izby wskazuje, że wbrew oczekiwaniom odwołującego, obowiązkiem zamawiającego w ramach opisu kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp) nie jest podawanie uzasadnienia przyjętego poziomu punktacji, natomiast obowiązkiem odwołującego, który zarzucę czynności zamawiającego niezgodność z ustawą Pzp jest wykazanie tej niezgodności (ciężar dowodu spoczywa na odwołującym się wykonawcy). Tymczasem odwołujący poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że „naturalną wydaje się gradacja 1,2,3 w poszczególnych pozycjach”, nie próbując nawet wykazać, na czym polega niezgodność przyjętej przez zamawiającego gradacji, tj. 0,3,6 (pkt 1.1.), 0,4,7 (pkt 1.2. i pkt 2.2.), 0,4,8 (pkt 2.1.) w poszczególnych podkryteriach kryterium „Jakość i organizacja projektu” z przepisami ustawy Pzp.

Stąd zarzut w tym zakresie nie może zostać uznany.

Zasadniczą kwestią podniesioną w odwołaniu było to, że „w żaden sposób nie zostały doprecyzowane warunki, od których zależeć będzie uzyskanie przez wykonawcę określonej liczby punktów w ramach danego podkryterium i jednej z jego trzech kategorii”, przy czym co do „kategorii” pierwszej – punktowanej „0” odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji.

Odwołujący uznał, że „Opisy – zwłaszcza pomiędzy pozycjami: „dobrze” i „bardzo dobrze” w podkryteriach 1.1., 1.2., 2.1., 2.2. kryterium Jakość i organizacja projektu nie różnią się od siebie w merytorycznie obiektywnie weryfikowalnych opisach niczym, natomiast różni je dodatkowy opis – cyt. „(...) dodatkowo zawiera wartości dodane (wyróżniające się) (...)” /pkt 1.2./; „(...) zawiera wartości dodane (...) zapewnia sprawną realizację przedmiotu zamówienia w sytuacjach kryzysowych” /pkt 2.1./, co w konsekwencji doprowadziło odwołującego do wniosku, że „w żaden sposób nie jest możliwe samodzielnie ustalenie przez potencjalnego Wykonawcę – oferenta jakich wartości dodanych – czego dokładnie – oczekuje Zamawiający lub co rozumie przez „sprawną realizację””.

Analizując opis przewidzianych do przyznania przez zamawiającego ocen „dobrze” i „bardzo dobrze” w poszczególnych podkryteriach kryterium „Jakość i organizacja projektu” pod kątem podniesionego przez odwołującego braku zróżnicowania ocen „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 1.1., 1.2., 2.1., i 2.2. skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Ocena „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 1.1.

Ocena „dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób zadawalający, jasny, rzetelny przygotował opis podkryterium. Istnieją procedury zapewnienia jakości dla większości elementów realizacji przedmiotu zamówienia”.

Ocena „bardzo dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób wyczerpujący, rozległe, szczegółowo, przejrzyste, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element kryterium. Istnieją procedury zapewnienia jakości realizacji zamówienia, zawierające elementy innowacyjne, które mają istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” w podkryterium 1.1. merytorycznie różnicuje liczba elementów realizacji przedmiotu zamówienia, tj. liczba procedur kontroli jakości.

Dostrzeżenia wymaga, co eksponował na rozprawie zamawiający, że w podkryterium „Kontrola jakości realizacji przedmiotu zamówienia” (pkt. 1.1.) zamawiający wprost odwołał się do OPZ rozdział I, w którym, w odniesieniu do poszczególnych lotnisk sprecyzował konieczne do realizacji zamówienia zadania – zadania, które dla wszystkich lotnisk sprowadzają się do:

- a) wykonania projektu koncepcyjnego systemu,
- b) wykonania projektu budowlanego,
- c) uzyskania pozwoleń budowlanych,

- d) dostawy fabrycznie przetestowanego kompletnego systemu,
- e) instalacji i uruchomienia systemu,
- f) przeprowadzenia testu akceptacyjnego SAT i wsparcia wdrożeniowego,
- g) wykonania dokumentacji technicznej – powykonawczej,
- h) przeprowadzenia szkolenia,
- i) wsparcia serwisowego gwarancyjnego.

Skoro zamawiający odwołał się do OPZ rozdział I, w którym wskazał zadania dla wszystkich lotnisk (Katowice, Kraków, Wrocław, Rzeszów, Łódź, Szczecin, Gdańsk; w przypadku Krakowa, Rzeszowa, Łodzi i Szczecina zadania dotyczą zarówno AWOS, jak i Ice-alert) i zadania te opisał w lit. a-i (łącznie 9 zadań w przypadku każdego z 7 lotnisk dla AWOS oraz dodatkowo w przypadku 4 lotnisk dla Ice-alert), to w ocenie składu orzekającego Izby odwołujący miał wystarczającą informację, że w odniesieniu do tych zadań składających się na przedmiot zamówienia (w ramach opisu zamawiający posłużył się pojęciem „element”) zamawiający będzie oceniał procedury kontroli jakości, a także że w odniesieniu do tych zadań/elementów odnieść należy „pojęcie „większość” użyte przez zamawiającego w opisie oceny „dobrze” („Istnieją procedury zapewnienia jakości dla większości elementów realizacji przedmiotu zamówienia”).

Uznać zatem należy, że to liczba procedur kontroli jakości dla zadań opisanych w OPZ rozdział I różnicuje ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” – „większość” czyli powyżej 50% w odniesieniu do zadań wskazanych w OPZ w rozdziale I w przypadku oceny „dobrze” oraz „całość” jako „poziom wyższy”, uzasadniający wyższą ocenę od „większość” w odniesieniu do zadań wskazanych w OPZ w rozdziale I w przypadku oceny „bardzo dobrze”.

W ramach oceny „bardzo dobrze” zamawiający wskazał także „elementy innowacyjne”, co do których rozważania skład orzekający Izby pomija, ponieważ odwołujący nie kwestionował w odwołaniu braku zróżnicowania punktacji w ramach oceny „dobrze”, czy braku zróżnicowania punktacji w ramach oceny „bardzo dobrze”, ale brak rozgraniczenia ocen pomiędzy ocenami – jak ujął to odwołujący w odwołaniu „pozycjami” – „dobrze” i „bardzo dobrze”. W przypadku samej punktacji, o czym była już mowa, odwołujący miał jedynie zastrzeżenia odnośnie do jej spójności (spójności punktacji we wszystkich pokryteriach).

W ocenie składu orzekającego Izby w powyższy sposób zamawiający zróżnicował „merytorycznie” (posługując się pojęciem użytym przez odwołującego) ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 1.1. Tym samym w tym zakresie zarzut nie potwierdził się.

Ocena „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 1.2.

Ocena „dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób zadawalający, jasny, rzetelny przygotował opis podkryterium. System posiada technologie zapewniające odporność systemu na awarie czujników, linii transmisyjnych oraz urządzeń przetwarzających dane”.

Ocena „bardzo dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób wyczerpujący, rozległe, szczegółowo, przejrzyste, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element kryterium. System posiada technologie zapewniające odporność systemu na awarie czujników, linii transmisyjnych oraz urządzeń przetwarzających dane, a dotatkowo zawiera wartości dodane (wyróżniające się), które mają istotny wpływ na niezawodność systemu, bezawaryjność, zdolność do pracy bezusterkowej”.

W ocenie składu orzekającego Izby ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” w podkryterium 1.2. merytorycznie różnicuje wykazanie w opisie istnienia wartości dodanych, które w świetle brzmienia opisu oceny „bardzo dobrze” rozumieć należy jako wartości wykraczające poza posiadanie przez system technologii zapewniających jego odporność na awarie czujników, linii transmisyjnych oraz urządzeń przetwarzających, a jednocześnie takich, które mają istotny wpływ na niezawodność systemu, bezawaryjność, zdolność do pracy bezusterkowej.

Zamawiający nie narzucił wykonawcom żadnym „pól” dla proponowanych rozwiązań wykraczających poza posiadanie przez system technologii zapewniających jego odporność na awarie czujników, linii transmisyjnych oraz urządzeń przetwarzających, co jest zrozumiałe skoro koncepcja systemu ma dopiero zostać zaproponowana i opisana przez poszczególnych wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby w powyższy sposób zamawiający zróżnicował „merytorycznie” ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 1.2. Tym samym w tym zakresie zarzut nie potwierdził się.

Ocena „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 2.1.

Ocena „dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób zadawalający, jasny, rzetelny przygotował opis podkryterium. Zakres odpowiedzialności członków zespołu jest zbieżny z kompetencjami, zaproponowany sposób przekazywania informacji jest pełny i logiczny”.

Ocena „bardzo dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób wyczerpujący, rozległe, szczegółowo, przejrzyste, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element kryterium. Zakres

odpowiedzialności członków zespołu jest zbieżny z kompetencjami, zaproponowany sposób przekazywania informacji jest pełny i logiczny, a dotatkowo zawiera wartości dodane, zastępowalność personelu (choroba, urlop), dotatkowo zaproponowana struktura zapewnia sprawna realizację przedmiotu zamówienia w sytuacjach kryzysowych".

W ocenie składu orzekającego Izby ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” w podkryterium 2.1. merytorycznie różnicuje ujęcie w opisie:

1. wartości dodanych,
2. zastępowalności personelu w czasie choroby albo urlopu,
3. zaproponowanie struktury zapewniającej sprawną realizację przedmiotu zamówienia w sytuacjach kryzysowych.

Na rozprawie zamawiający twierdził, że wartości dodane to zastępowalność personelu, co jednak nie znajduje odzwierciedlenia w zacytowanym powyżej fragmencie brzmienia opisu oceny „bardzo dobrze”, ponieważ użycie przecinka pomiędzy „wartości dodane” a „zastępowalność personelu” (a nie np. myślnika czy dwukropka) oznacza, że są to dwa niezależne od siebie mierniki oceny. Kolejnym miernikiem jest (wskazana również po przecinku) „zaproponowana struktura”.

W ocenie składu orzekającego Izby w powyższy sposób zamawiający zróżnicował „merytorycznie” ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 2.1. Tym samym w tym zakresie zarzut nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że bez znaczenia z punktu widzenia podniesionego zarzutu braku opisu różnicującego ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” jest sposób rozumienia „sprawnej realizacji przedmiotu zamówienia”, ponieważ sformułowanie to odnosi się do „zaproponowanej struktury” wskazanej i podlegającej ocenie jedynie w ramach stopnia „bardzo dobrze”.

Ocena „dobrze” i „bardzo dobrze” w pkt. 2.2.

Ocena „dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób zadawalający, jasny, rzetelny przygotował opis podkryterium. Zakres odpowiedzialności członków zespołu jest zbieżny z kompetencjami, zaproponowany sposób przekazywania informacji jest pełny i logiczny. Liczba zidentyfikowanych zagrożeń jest dostateczna, opisy sposobów ich rozwiązania, przeciwdziałania, zapobiegania im są dostateczne. Wykazane środki minimalizujące zagrożenia nie w pełni gwarantują prawidłową realizację przedmiotu zamówienia”.

Ocena „bardzo dobrze” zostanie przyznana wykonawcy, który „w sposób wyczerpujący, rozległy, szczegółowo, przejrzysty, spójnie, zrozumiale, wykazując dogłębną analizę i znajomość zagadnień opisał lub przygotował element kryterium. Wykonawca zawarł dostateczny wykaz potencjalnych ryzyk i zagrożeń związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz zaproponował dobry sposób ich rozwiązania i zapobieżenia im. Wykazane środki minimalizujące zagrożenie w pełni gwarantują prawidłową realizację przedmiotu zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby w świetle brzmienia opisów ocen „dobrze” i „bardzo dobrze” w kryterium 2.2. nie sposób doszukać się ich merytorycznego rozróżnienia, ponieważ nie jest wiadomym, jak zamawiający rozumie „dobry sposób rozwiązania” (ocena „bardzo dobrze”), a jak „sposób rozwiązania dostateczny” (ocena „dobrze”) oraz jak zamawiający rozumie „w pełni gwarantują prawidłową realizację przedmiotu zamówienia”, a jak „nie w pełni gwarantują prawidłową realizację przedmiotu zamówienia”. Powyższe sformułowania dotyczą sposobu rozwiązania zagrożeń oraz środków minimalizujących zagrożenia. Są to pojęcia nieostre i wymagające doprecyzowania.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższy sposób opisu ocen „dobrze” i „bardzo dobrze” nie pozwala uznać, że zamawiający zróżnicował „merytorycznie” te oceny, co oznacza także, że ocena przez zamawiającego ofert w pkt. 2.2. podkryterium „Zarządzanie ryzykiem” może być dowolna. Tym samym w tym zakresie zarzut potwierdził się.

Odnosząc się do braku linii demarkacyjnej pomiędzy opisem „zadawalającym” a „wyczerpującym” w pkt. 1.1. skład orzekający Izby wskazuje, o czym była mowa powyżej, że w pkt. 1.1. ocenę „dobrze” i „bardzo dobrze” różnicuje liczba procedur kontroli jakości dla zadań opisanych w OPZ rozdział I, która to ocena zostanie dokonana na podstawie opisu wykonawcy.

Przypomnienia wymaga, że ocenie podlegać może wyłącznie treść oferty, a nie jej forma, stąd, chociaż zamawiający wskazał swoje oczekiwania co do samego sposobu opisu (sposobu prezentacji opisu, a nawet „dochodzenia do tego opisu – „bez dogłębnej wiedzy”), to określenia takie jak „skrótowy, wyczerpujący, rozległy, szczegółowy, przejrzysty, zrozumiały, bez dogłębnej wiedzy, jasny, rzetelny” itp. pozostają bez znaczenia dla oceny, o ile tylko przedstawiony przez wykonawcę opis pozwala na identyfikację, jakie procedury kontroli jakości realizacji zamówienia (a tym samym, w jakiej liczbie) proponuje wykonawca. Innymi słowy, sposób prezentacji opisu stanowiącego treść oferty pozostaje bez znaczenia, o ile pozwala na ustalenie, co proponuje wykonawca.

Skład orzekający Izby wskazuje dodatkowo, że ocena zgodności opisanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert z Rekomendacjami Ministerstwa Rozwoju Regionalnego nie jest możliwa – skład orzekający Izby może oceniać zgodność czynności/zaniechań zamawiającego z ustawą Pzp (w konsekwencji przysługującego prawa wykonawcy do kwestionowania czynności/zaniechań zamawiającego wyłącznie z przepisami ustawy Pzp - art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Zarzut określenia w zmienionym opisie przedmiotu zamówienia wymagań czujnika z pominięciem usunięcia wymaganej wartości temperatury punktu przemarzania do  $-30^{\circ}\text{C}$  pomimo tego, że ze względu na charakter działania czujnika aktywnego nie jest to konieczne, a przy tym zamawiający, uwzględniając w całości zarzuty odwołania wykonawcy Golland Sp. z o.o. z dnia 6 marca 2014 r. zobowiązany był wykonać zaskarżoną czynność zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się (zarzut drugi).

Zarzut sprowadza się do tego, że odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie usunięcia z Opisu przedmiotu zamówienia wartości temperatury punktu przemarzania czujnika do  $-30^{\circ}\text{C}$  w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez innego wykonawcę (obecnego przystępującego) w odwołaniu z dnia 6 marca 2013 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że wymóg odnośnie do wymaganej temperatury punktu przemarzania, tj.  $-30^{\circ}\text{C}$  został ujęty w Załączniku nr 9 do SIWZ, tj. w Opisie przedmiotu zamówienia – Specyfikacji Technicznej (dalej „OPZ”) w „wersji pierwotnej” SIWZ, tj. udostępnionej wykonawcom w dniu 18 grudnia 2013 r. (zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 18 grudnia 2013 r.).

Zgodnie bowiem z częścią VI pkt 1 zdanie ostatnie OPZ stanowiącego załącznika nr 9 do SIWZ, udostępnionej dnia 18 grudnia 2013 r. zamawiający zażądał: „Wszystkie czujniki stanu nawierzchni muszą pracować co najmniej w zakresie temperatur od  $-30^{\circ}\text{C}$  do  $60^{\circ}\text{C}$ ”.

Na podstawie kolejnych wersji SIWZ skład orzekający Izby ustalił, że wymóg ten nie został zmieniony w toku postępowania.

Powyższe, uwzględniając znajdujący w tym przypadku zastosowanie przepis art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oznacza, że wykonawcom przysługiwało odwołanie od ww. wymogu w terminie do dnia 28 grudnia 2013 r. We wskazanym terminie wniesiono jedno odwołanie – odwołanie z dnia 27 grudnia 2013 r.



Jak ustalił skład orzekający Izby na podstawie tego odwołania (z dnia 27 grudnia 2013 r.), choć odwołanie to zostało wniesione w ustawowym terminie dziesięciu dni (w terminie do dnia 28 grudnia 2013 r.) i zostało wniesione wobec pierwotnych postanowień SIWZ, to jednak nie zakwestionowano w nim wymaganej temperatury punktu przemarzania, tj.  $-30^{\circ}\text{C}$ , ale inne wymogi, tj. dostarczenia czujnika aktywnego i pasywnego jednego producenta, czujnika aktywnego i pasywnego nie wyższego niż 4 cm, elementu aktywnego w czujniku pasywnym, generowania automatycznych alarmów przez stację sterującą czujnikami, a także dostarczenia certyfikatów .

Kwestia wymaganej wartości temperatury (temperatury punktu przemarzania, tj.  $-30^{\circ}\text{C}$ ) została podniesiona w odwołaniu Golland Sp. z o.o. (obecny przystępujący) z dnia 6 marca 2014 r.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że odwołanie to zostało wniesiono od czynności zamawiającego polegających na „zmianie zapisu pkt 8.1. SIWZ” oraz na „określeniu – w zmienionym opisie przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu”. Jak wskazano w treści odwołania z dnia 6 marca 2014 r. w odniesieniu do obu zarzutów dotyczyło ono SIWZ w tym OPZ w wersji po zmianach dokonanych przez zamawiającego z dnia 25 lutego 2014 r. (w wyniku odwołania z dnia 20 lutego 2014 r, wniesionego przez obecnego odwołującego). Sam odwołujący Golland Sp. z o.o., wykazując swoje prawo do wniesienia odwołania (w pkt 4) uzasadnienia odwołania) wprost wskazał: „Informacja o zmianie treści SIWZ oraz nowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) przygotowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w piśmie opatrzonym datą 24.02.2014 r. w zakresie przywołanym i zakwestionowanym niniejszym odwołaniem, zostały opublikowane w dniu 25.02.2014 r. i zamieszczone w tej dacie na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy p.z.p.”

Skoro odwołanie zostało wniesione wobec zmienionej treści SIWZ, to nie mogło dotyczyć tej części SIWZ, która pozostawała bez zmian od dnia 18 grudnia 2013 r. w tym nie mogło dotyczyć postanowienia wprowadzającego wymóg temperatury punktu przemarzania  $-30^{\circ}\text{C}$ . Przyjęcie stanowiska przeciwnego oznaczałoby jednocześnie przywrócenie terminu na wniesienie odwołania wbrew przepisowi art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Nie sposób zatem przyjąć, że uwzględniając odwołanie Golland Sp. z o.o. z dnia 6 marca 2014 r. zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący temperatury punktu przemarzania  $-30^{\circ}\text{C}$ , a w dalszej konsekwencji, że zamawiający zaniechał usunięcia z Opisu przedmiotu zamówienia wartości temperatury punktu przemarzania czujnika do

-30° C w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez obecnego przystępującego w odwołaniu z dnia 6 marca 2013 r.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że gdyby zarzut „określenia w zmienionym opisie przedmiotu zamówienia wymagań czujnika z pominięciem usunięcia wymaganej wartości temperatury punktu przemarzania do -30° C pomimo tego, że ze względu na charakter działania czujnika aktywnego nie jest to konieczne”, uznać za zarzut, który nie pozostaje w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania przystępującego, to zarzut ten należałoby uznać za spóźniony, ponieważ – jak wskazano powyżej – wymóg wartości temperatury punktu przemarzania do -30° C został wskazany przez zamawiającego już w SIWZ udostępnionej dnia 18 grudnia 2013 r.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie ze względu na częściowe potwierdzenie się zarzutu pierwszego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....