

**Sygn. akt: KIO 2085/15**  
**KIO 2087/15**

**WYROK**  
**z dnia 12 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 25 września 2015 r przez wykonawcę AECOM Polska sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02 – 516 Warszawa (sygn. akt KIO 2085/15)

B. w dniu 25 września 2015 r. przez Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00 – 203 Warszawa (sygn. akt KIO 2087/15)

w postępowaniu prowadzonym Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 – 874 Warszawa

przy udziale wykonawcy MGGP S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2085/15 i KIO 2087/15 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1.uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 – 874 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących AECOM Polska sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02 – 516 Warszawa (sygn. akt KIO 2085/15) oraz Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00 – 203 Warszawa (sygn. akt KIO 2087/15) tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 – 874 Warszawa kwotę 37 200,00 zł (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego AECOM Polska sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02 – 516 Warszawa (sygn. akt KIO 2085/15) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00 – 203 Warszawa (sygn. akt KIO 2087/15) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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:.....**

**Sygn. akt: KIO 2085/15**  
**KIO 2087/15**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w imieniu, którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31 65-950 Zielona Góra wszczął w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na zarządzanie kontraktem w zakresie „Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S - 3 na odcinku Sulechów - Nowa Sól od km 299+350,00 do km 316+640,00” w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót, **numer sprawy: O/ZG.D3.2410U.3.2015.**

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 22 kwietnia 2015r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po numerem 2015/S 078-138478.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym zostało złożone osiem ofert.

#### **KIO 2085/15**

Pismem z dnia 14 września 2015 r. (doręczonym Odwołującemu: AECOM Polska Sp. z o.o. (dawniej URS Polska Sp. z o.o.), ul. Rejtana 17, 02 – 516 Warszawa w dniu 15 września 2015 r.) Zamawiający, po dokonaniu badania i oceny ofert w przedmiotowym przetargu wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy MGGP S.A.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 25 września 2015r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego i zarzucił, co następuje:

I. niezgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, działań Zamawiającego polegających na wadliwym badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu i następczym wadliwym wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP S.A., co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503), zwanej dalej ustawą o znk w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;

II. niezgodność z przepisami ustawy Pzp zaniechania Zamawiającego polegającego na:

a) zaniechaniu ujawnienia oferty MGGP S.A. w zakresie opracowania Metodyka, pomimo, iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, a tym samym naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o znk;

b) zaniechaniu dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, brak jest podstaw do odrzucenia oferty, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego w całości;
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy MGGP;
3. ujawnienie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty MGGP stanowiących Metodykę;
4. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert w Postępowaniu oraz nakazanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Ponadto wnosił o:

5. rozpoznanie niniejszego odwołania - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - na rozprawie z wyłączeniem jawności w części, tj. w zakresie, w jakim rozpoznaniu podlegać będzie zarzut wadliwego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i następczego wadliwego wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP, z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów tj. tajemnicę przedsiębiorstwa;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego, w szczególności zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego według norm przepisanych, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

W swoim odwołaniu Odwołujący wnosił o rozpoznanie niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp, na rozprawie z wyłączeniem jawności w części, tj. w zakresie, w jakim rozpoznaniu podlegać będzie zarzut wadliwego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i następczego wadliwego wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP, z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów tj. tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wyjaśnił, iż informacje zawarte w treści uzasadnienia zarzutu opisanego w pkt III.I poniżej tj. zarzutu wadliwego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i następczego wadliwego wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

Wskazał, że powyższe informacje dotyczą opracowania Metodyka, które stanowi autorskie opracowanie Odwołującego, będąc tym samym informacją o charakterze organizacyjnym, posiadającą wartość gospodarczą, co do której Odwołujący podjął niezbędne działania celem zachowania jej w poufności.

Zwrócił uwagę, że Metodyka zawiera szczegółowe dane dotyczące sposobu realizacji zamówienia przez Odwołującego.

Według Odwołującego Metodyka ma wartość gospodarczą jako całość, tj. jako propozycje konkretnych działań oferowanych konkretnemu zamawiającemu, wypracowane na bazie wieloletniego doświadczenia i wiedzy Odwołującego nabytego przy realizacji innych projektów. Zaproponowane w Metodyce działania stanowią propozycje środków zaradczych w celu zapobiegania ryzykom występującym w trakcie procesu inwestycyjnego, ze wskazaniem źródeł ryzyk oraz skutkami ich wystąpienia.

Zauważył, że zastrzeżenie Metodyki, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego pozwala mu na ochronę jego interesów, uniemożliwiając jednocześnie wykorzystanie Metodyki przez konkurentów na potrzeby prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Wyjaśnił również, że praktyce zamówień publicznych ogłaszanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, działania wskazane przez wykonawców w metodykach podlegają ocenie zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert i ostatecznie decydują o punktacji uzyskanej w postępowaniu, a tym o wyniku postępowania.

Ponadto, Metodyka stanowi nie tylko opracowanie stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, ale również jest utworem - w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych - którego twórcy (Odwołującemu) przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji, w tym prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu oraz prawo do decydowania o pierwszym udostępnieniu tego utworu.

Stwierdził, że Odwołujący - jako autor Metodyki nie wyraził woli lub zgody na

wykorzystanie Metodyki w inny sposób niż w związku z prowadzonym Postępowaniem przez Zamawiającego, w szczególności nie wyraził zgody na udostępnienie Metodyki szerszej grupie podmiotów, w tym pozostałym oferentom.

Wskazał przy tym, iż Odwołujący powziął stosowne działania celem zachowania treści Metodyki w poufności.

Zadeklarował, że z uwagi na to, iż Metodyka jest opracowaniem dedykowanym na potrzeby postępowania, Odwołujący podjął jedyne możliwe na tym etapie - poza zaniechaniem samodzielnej publikacji Metodyki - działanie służące ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa - tj. zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poczynił zastrzeżenie, że Metodyka nie podlega udostępnieniu, gdyż stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Podkreślił przy tym, iż działania podjęte przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego mające na celu utajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią jedynie kontynuację działań podjętych przez Odwołującego już na etapie składania ofert i w dalszym toku postępowania.

W złożonej przez Odwołującego ofercie w sposób wyraźny zostały bowiem oznaczone informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, w tym Metodyka. Utajnienie Metodyki w postępowaniu odwoławczym ma na celu zapobiegnięcie wypłynięciu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego do konkurencji Odwołującego, a także umożliwienie się posługiwania się w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą (prowadzonej z wyłączeniem jawności w tej części) pełną i rzetelną argumentacją. Z powyższych przyczyn uzasadnione jest wyłączenie jawności rozprawy w części, tj. w zakresie, w jakim rozpoznaniu podlegać będzie zarzut wadliwego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i następczego wadliwego wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP, z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów tj. tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z pkt 14.1. SIWZ dla postępowania, kryteriami oceny ofert są cena (60 %) oraz Metodyka (40 %).

Wskazał również, że kryterium Metodyka punkty zostają przyznane na podstawie opracowania Metodyka, sporządzonego przez wykonawcę w oparciu o podkryteria, o których mowa w pkt 14,1.2. ppkt 7) SIWZ oraz zgodnie z formularzem 2.1.

Ponadto, zwrócił uwagę, że opis każdego z podkryteriów i sposobu przyznawania punktów został zamieszczony w załączniku nr 1 do Rozdziału 1 SIWZ (pkt. 14.2.1.ppkt 1).

Zauważył także, że każde z podkryteriów zostało ocenione indywidualnie przez trzech członków komisji przetargowej, a następnie dla każdego z podkryteriów została ustalona średnia arytmetyczna punktacji.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu ocena złożonego przez niego opracowania Metodyka została dokonana w sposób nieprawidłowy, wskutek czego otrzymał on zaniżoną liczbę punktów, co z kolei skutkuje uzyskaniem przez niego łącznej punktacji niższej niż oferta MGGP i utratą przedmiotowego zamówienia.

Jako uzasadnienie zarzutu w zakresie zaniechania ujawnienia treści oferty MGGP w zakresie Metodyki podniósł, że nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego Zamawiający odmawiając udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa naruszył zasadę jawności postępowania oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Podkreślił, iż wykonawca uzasadniając zastrzeżenie danej informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinien w stosunku do każdej z nich wykazać i udowodnić, że zachodzą przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

W ocenie Odwołującego nie jest możliwe zastrzeżenie całości dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa tylko ze względu na fakt, iż niektóre z zawartych w nich informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ujawnieniu mogą podlegać jedynie niektóre informacje, noszące cechy tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie przez MGGP Metodyki, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia w/w standardów, w szczególności wykonawca ten nie przedstawił wyczerpującego uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wykazał i nie udowodnił, że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o znk, tj. że informacje te stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne

posiadające wartość gospodarczą, co do których podjął niezbędne działania celem zachowania ich w poufności.

W tych okolicznościach według Odwołującego Zamawiający - poprzez zaniechanie weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa MGGP naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

Wskazał, że konsekwencją w/w uchybień była wadliwa ocena ofert złożonych w Postępowaniu i następczy wadliwy wybór, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MGGP, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę, brak jest podstaw do odrzucenia oferty, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w swoim odwołaniu w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa podważył ocenę jego oferty dotyczącą punktacji dokonanej przez Zamawiającego w zakresie podkryterium 1.2.1.(działania 1 – 4), 1.2.2.(działania 2 – 5), 2.1(działania 1 i 3 – 7) Metodyki, gdzie przy zadeklarowanych przez Odwołującego działaniach otrzymał 0 punktów.

Pismem z dnia 30 września 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca MGGP S.A.

## **KIO 2087/15**

W dniu 15 września 2015 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego: Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00 – 203 Warszawa dokonaniu badania i oceny ofert w przedmiotowym przetargu wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy MGGP S.A.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 25 września 2015r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, polegających na:

1. ocenie oferty odwołującego w sposób niezgodny z przyjętymi kryteriami oceny ofert w kryterium „Metodyka” i w konsekwencji naliczeniu odwołującemu mniejszej ilości punktów od ilości, którą powinien on być uzyskać,

2. zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Multiconsult Polska sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej,

3. dokonaniu wyboru oferty MGGP sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie, jako oferty najkorzystniejszej.

Dokonując w/w czynności zarzucił, że Zamawiający naruszył:

1. przepis art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty MGGP sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie oraz zaniechanie wyboru oferty Multiconsult Polska sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert,

2. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert,

3. nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wnosił o:

1. przeprowadzenie rozprawy przy drzwiach zamkniętych,

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

Odwołujący w swoim odwołaniu w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa podważył ocenę jego oferty dotyczącą punktacji dokonanej przez Zamawiającego w zakresie podkryterium 1.1 (działanie 2 – 5), 1.1.2 (działanie 2), 2.2.1 (działanie 1 i 2) , 2.2 (działanie 1), podkryterium 4 B (wybrane przykłady) Metodyki, gdzie przy zadeklarowanych przez Odwołującego działaniach otrzymał 0 punktów.

Pismem z dnia 30 września 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca MGGP S.A.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

### **KIO 2085/15**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofertę Odwołującego i Przystępującego, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 września 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.91 ust.1 w związku z art.7 ust.1 i 3 ustawy Pzp.

Natomiast Izba nie stwierdziła naruszenia art.8 ust.1, 2, 3 ustawy Pzp w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp w związku z art.11 ust.4 ustawy o znk.

W rozpoznawanej sprawie były do rozstrzygnięcia dwa zagadnienia prawne: pierwsze odnosiło się do oceny czynności Zamawiającego w zakresie przeprowadzonej przez niego punktacji oferty Odwołującego dotyczącej kryterium oceny ofert związanego z Metodyką, drugie odnosiło się do oceny prawnej skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu związanego z oceną oferty Odwołującego w zakresie kryterium Metodyka, Izba uznała, ten zarzut za uzasadniony.

Izba ustaliła, że w pkt. 14.1.2. SIWZ obok kryterium „Cena”, Zamawiający wprowadził dodatkowe kryterium „Metodyka” informując wykonawców tym postanowieniem SIWZ, że w ramach kryterium „Metodyka” punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 punktów, na podstawie opracowania „Metodyka” (Formularz 2.1.) sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o Podkryteria.

Izba stwierdziła, że Odwołujący takie opracowanie „Metodyka” złożył przy ofercie i

otrzymał za nie 34,59 punktów w przedmiotowym kryterium.

Przed wszystkim analizując kartę oceny powyższej Metodyki Odwołującego, sporządzonej przez członków Komisji Przetargowej, w poszczególnych podkryteriach częściowych Izba uznała, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie jest nazbyt lakoniczne i mało transparentne, co oznacza, że odjęta Odwołującemu punktacja mogła zostać dokonana w sposób sprzeczny z przyjętym kryterium oceny ofert.

Jednocześnie takie uzasadnienie punktacji przyznanej przez Zamawiającego, jakie znajduje się w karcie oceny Metodyki ogranicza obiektywne zweryfikowanie prawidłowości przeprowadzonej przez niego oceny w poszczególnych podkryteriach.

Jeżeli chodzi o powyższe wadliwości dokonanej oceny przez Zamawiającego, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający motywując własną ocenę poszczególnych podkryteriów podanych w opracowaniu Metodyki powinien wskazać wyraźnie między innymi zakresy pozostawiania przedstawionego przez wykonawców działania w danym dokumencie, do zakresu, na który powołuje się Zamawiający (vide: ocena podkryterium 1.2.1 działanie 1 i 2). Jeżeli Zamawiający powołał się na konkretne postanowienie wzoru umowy, to powinien wskazać, dlaczego ten obowiązek zadeklarowany w Metodyce przez Odwołującego mieści się już w działaniu wynikającym z konkretnego obowiązku umownego.

W tym przypadku przytoczone w dokumencie oceny Metodyki uzasadnienie Zamawiającego ograniczyło się jedynie do stwierdzenia, że działanie mieści się obowiązkowi Inżyniera kontraktu w powołaniu się na § 14 ust.7.

Izba ustaliła, że powyższe postanowienie wzoru umowy zostało uregulowane w części dotyczącej obowiązku Konsultanta w zakresie współpracy z Nadzorem Autorskim i unormowało zobowiązanie wykonawcy w ten sposób, że podczas sprawdzania Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji, Konsultant zobowiązany jest do wskazania problemów mogących powstać w trakcie realizacji Robót i ewentualnych roszczeń Wykonawcy wynikających z Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji oraz proponowania zmian i niezbędnych działań, mających na celu rozwiązanie zidentyfikowanych problemów.

W ocenie Izby zaproponowane przez Odwołującego działania 1 i 2 w podkryterium 1.2.1 nie są tożsame z obowiązkiem wynikającym z powołanego wyżej wzoru umowy, o którym mowa w § 14 ust.7, bowiem działania te dotyczyły usługi wstępnej, a obowiązki w tym zakresie zostały wyliczone enumeratywnie w § 13 wzoru umowy, jako obowiązki Konsultanta w zakresie pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego, gdzie Konsultant na etapie

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację Kontraktu jest zobowiązany:

- 1) zapoznać się z Dokumentacją przetargową (SIWZ) dotyczącą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) opracować i przekazać Zamawiającemu propozycje odpowiedzi na pytania Wykonawców dotyczące SIWZ, najpóźniej w terminie 3 dni od przekazania treści pytań przez Zamawiającego drogą elektroniczną bądź na spotkaniu przedofertowym,
- 3) wspierać Zamawiającego w toku procedury odwoławczej.

Nadto według Izby Zamawiający w swoich ocenach podkryteriów powinien wyraźnie określić zakres zobowiązania wykonawcy, w którym mieści się już podane przez wykonawcę działanie (vide: ocena podkryterium 1.2.1 działanie 3 i 4, podkryterium 1.2.2 działanie 3 i 4) z podaniem konkretnego postanowienia wzoru umowy i przytoczeniem danego działania wykonawcy.

W przekonaniu Izby stwierdzenia Zamawiającego w uzasadnieniu oceny metodyki, że obowiązek Inżyniera kontraktu wynika z SIWZ, a także, że działanie 2 w podkryterium 1.2.2. jest razem z działaniem 1 nie są wystarczające.

Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 14.1.2. pkt. 8 SIWZ Zamawiający umieścił uwagę, że w sytuacji, gdy w opracowaniu „Metodyka” Wykonawca zaproponuje dodatkowe działania nieadekwatne do celu, jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium wówczas Zamawiający nie przyzna punktów za zaproponowane działanie. Podobnie w sytuacji, gdy Wykonawca w opracowaniu „Metodyka” zidentyfikuje obszary ryzyka nieadekwatne do przedmiotu zamówienia wówczas Zamawiający nie przyzna punktów za zidentyfikowane ryzyko.

W uzasadnieniu do oceny metodyki brak jest w ogóle wskazania niepunktowanych działań, jako nieadekwatnych do celu, jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium.

Dodatkowo należy wskazać, że powołanie się przez Zamawiającego na okoliczność pozostawiania proponowanego działania w zakresie standardowych działań Konsultanta, czy odnośnienie się do sfery jego obowiązków wymaga uszczegółowienia i wykazania, że w istocie takie działanie zostało już skonsumowane wcześniej przewidzianym obowiązkiem konsultanta (vide: ocena podkryterium 2.1 działanie 1, 3, 4, 5, 6, 7).

Jeżeli Zamawiający doszedł do wniosku, że brak jest działania i jego wpływu na niezmiennosc składu osobowego powinien to uzasadnić.

Odnosząc się jednak do oceny podkryterium 2.1 działanie 1, 3, 4, 5, 6, 7 Izba zważyła, że Zamawiający w treści SIWZ nie wprowadził zastrzeżenia, które z zaproponowanych przez wykonawców działań nie będzie punktował z racji braku ich wpływu na niezmiennosc składu osobowego.

Przykładowo Zamawiający nie zastrzegł, że nie przyzna punktów za działania, które nie są możliwe do weryfikacji (vide: podkryterium 2.1 działanie 6).

Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że przy takim brzmieniu SIWZ należało przyjąć, że działania zaproponowane przez Odwołującego stanowią wykonanie dyrektywy Zamawiającego zgłoszenia propozycji dodatkowych działań wykraczających poza SIWZ podlegających punktacji.

Ostatecznie Izba uznała, że powołanie się przez Zamawiającego na § 17 ust. 23 dotyczący obowiązku Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem polegającego na identyfikowaniu, wszędzie tam gdzie jest to możliwe, ryzyka powstania potencjalnych roszczeń ze strony Wykonawcy i stron trzecich i informowania o tym Kierownika Projektu wraz z przedstawieniem propozycji i sposobów zapobiegania tym roszczeniom niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 2 dni od powzięcia informacji, w aspekcie oceny w podkryterium 1.2.1 działania 5, jest chybione.

Według Izby zaoferowane działanie nie mieści się w powyższym zobowiązaniu i nie może być nadinterpretowane.

Reasumując, Izba dopuszcza odmiennosc i autonomicznosc ocen członków Komisji, jednak muszą one posiadać mocne podstawy, zarówno prawne, jak i faktyczne, z rozbudowaną motywacją, powinny być weryfikowalne i nie mogą być oderwane o treści SIWZ.

Wszystkie przytoczone wyżej braki – zdaniem Izby – przesądzają o konieczności uznania naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp odnośnie oceny oferty Odwołującego.

Rozpoznając zarzut Odwołującego o zaniechanie ujawnienia oferty Przystępującego w zakresie opracowania Metodyka z powodu nie wystąpienia przesłanek tajemnicy

przedsiębiorstwa, Izba uznała go za bezzasadny, opierając się na oświadczeniu Przystępującego z jego oferty (strony 86-87), a także przyjmując, że informacje zawarte w Metodyce są rodzajowo podobne w innych ofertach, różniąc się jednak, co do szczegółowych rozwiązań, w warunkach, gdy zostały one zastrzeżone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa przez innych wykonawców, w tym Odwołującego.

Odmienne rozstrzygnięcie w tej materii oznaczałoby zignorowanie fundamentalnej zasady równości uczestników przetargu i zachowania uczciwej konkurencji.

## **KIO 2087/15**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofertę Odwołującego i Przystępującego, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 września 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.91 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie było do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne czy czynność Zamawiającego w zakresie przeprowadzonej przez niego punktacji oferty Odwołującego dotyczącej kryterium oceny ofert związanego z Metodyką pozostawała w granicach obowiązującego prawa.

Przechodząc do omówienia zarzutu związanego z oceną oferty Odwołującego w zakresie kryterium metodyka, Izba uznała, ten zarzut za uzasadniony.

Izba ustaliła, że w pkt. 14.1.2. SIWZ obok kryterium „Cena”, Zamawiający wprowadził dodatkowe kryterium „Metodyka” informując wykonawców tym postanowieniem SIWZ, że w ramach kryterium „Metodyka” punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 punktów, na podstawie opracowania „Metodyka” (Formularz 2.1.) sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o Podkryteria.

Izba stwierdziła, że Odwołujący takie opracowanie „Metodyka” złożył przy ofercie i otrzymał za nie 28,11 punktów w przedmiotowym kryterium.

Przede wszystkim analizując kartę oceny powyższej Metodyki Odwołującego, sporządzoną przez członków Komisji Przetargowej, w poszczególnych podkryteriach częściowych Izba uznała, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie jest nazbyt lakoniczne i mało transparentne, co oznacza, że odjęta Odwołującemu punktacja mogła zostać dokonana w sposób sprzeczny z przyjętym kryterium oceny ofert.

Jednocześnie takie uzasadnienie punktacji przyznanej przez Zamawiającego, jakie znajduje się w karcie oceny Metodyki ogranicza obiektywne zweryfikowanie prawidłowości przeprowadzonej przez niego oceny w poszczególnych podkryteriach.

W zakresie wskazanych przez Odwołującego w Metodyce działań 2 i 3 w podkryterium 1.1 Izba zauważyła w arkuszu oceny tego dokumentu brak podania przez Zamawiającego motywacji. Wskazanie w uzasadnieniu, że działanie dotyczy wykonawcy robót budowlanych nie jest kompletne dla właściwej jego oceny.

Zamawiający powinien wykazać lub w razie potrzeby wyjaśnić z Odwołującym szczegółowo w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, na czym polegają zaproponowane działania i czy są one inicjowane przez Odwołującego czy też przez Wykonawcę, jakie czynności w ramach tych zadań podejmie Odwołujący.

Jeżeli chodzi o zadeklarowane przez Odwołującego w Metodyce działania 4 i 5 w podkryterium 1.1, Izba zwróciła uwagę, że stwierdzenie Zamawiającego zawarte w ocenie Metodyki, że w systemie Buduj pozwolenie na użytkowanie uzyskuje wykonawca robót(działanie 4), a także wskazujące na obowiązek Inżyniera kontraktu wynikający z pkt. 2 opisu przedmiotu zamówienia(działanie 5) nie stanowi uzasadnienia do oceny w oparciu, o które można zidentyfikować stanowisko Zamawiającego na etapie oceny ofert.

Izba uznała również za niewystarczające uzasadnienie do działania 2 w podkryterium 1.2.1, gdzie Zamawiający podał lakoniczną informację, że dotyczy ono systemu Projektuj i Buduj.

Nadto, jeżeli Zamawiający doszedł do wniosku, że brak jest działania i jego wpływu na niezmienność składu osobowego (podkryterium 2.1 działanie 1), a także, że zachodzi sytuacja wystąpienia obowiązku po stronie Inżyniera Kontraktu i prawa pracownika(podkryterium 2.1 działanie 2) powinien to uzasadnić.

Odnosząc się do oceny podkryterium 2.1 działanie 1, 2 Izba zważyła jednak, że Zamawiający w treści SIWZ nie wprowadził zastrzeżenia, które z zaproponowanych przez wykonawców działań nie będzie punktował z racji braku ich wpływu na niezmiennosc składu osobowego.

Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że przy takim brzmieniu SIWZ należało przyjąć, że działania zaproponowane przez Odwołującego stanowią wykonanie dyrektywy Zamawiającego zgłoszenia propozycji dodatkowych działań wykraczających poza SIWZ podlegających punktacji.

W dalszej części karty oceny Metodyki w podkryterium 2.2 działanie 1, Izba dostrzegła brak podania przez Zamawiającego motywacji, dlatego odmówił przyznania punktów, które już ocenił w pkt. 3 Metodyki.

Ostatecznie, według zapatrywania Izby - wymaga uzasadnienia przez Zamawiającego okoliczność odmowy przyznania Odwołującemu punktacji z powodu braku wymaganej ilości przykładów (w podkryterium 4 – wybrane przykłady).

Przy czym Izba stanęła na stanowisku, że z powodu nie zdefiniowania w SIWZ przez Zamawiającego pojęcia kontroli i posłużenia się zwrotem „w tym” przy sformułowanym wymogu, powyższe pojęcie podlega wykładni rozszerzającej.

W ocenie Izby jednak z treści SIWZ nie wynika, że możliwe jest uzyskanie w powyższym podkryterium oceny punktowej niepełnej poniżej 4 pkt.

Reasumując, Izba dopuszcza odmiennosc i autonomicznosc ocen członków Komisji przetargowej, jednak muszą one posiadać mocne podstawy, zarówno prawne, jak i faktyczne, z rozbudowaną motywacją, powinny być weryfikowalne i nie mogą być oderwane o treści SIWZ.

Wszystkie przytoczone wyżej braki – zdaniem Izby – przesądają o konieczności uznania naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.91 ust.1 i 2 ustawy Pzp odnośnie oceny oferty Odwołującego.

**KIO 2085/15**

**KIO 2087/15**

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła oba odwołania uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....**