

WYROK
z dnia 17 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITALFERR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy) oraz SYSTRA SA z siedzibą w Paryżu (Francja)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyonie (Francja), Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach powtórzonej czynności: sporządzenie i przekazanie wykonawcom uzasadnienia dokonanej oceny w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” w sposób umożliwiający identyfikację podstaw dokonanej oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu,**

przy czym uzasadnienie to ma obejmować zarówno elementy ocenione pozytywnie (którym przyznano punkty), jak i ocenione negatywnie (którym nie przyznano punktów),

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:

2.1. 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 AECOM Polska Sp. z o.o., ITALFERR S.p.A. oraz SYSTRA SA z siedzibą w Paryżu (Francja) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AECOM Polska Sp. z o.o., ITALFERR S.p.A. oraz SYSTRA SA kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AECOM Polska Sp. z o.o., ITALFERR S.p.A. oraz SYSTRA SA kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej nadpłatę w stosunku do należnego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 dla Warszawy-Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę nowej linii kolejowej Podłęże – Szczyrzyc – Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizację istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz – etap I: prace przygotowawcze” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 października 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 209-434744. 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 AECOM Polska Sp. z o.o., ITALFERR S.p.A. i Systra SA wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu polegających na:

1. dokonaniu oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Egis Rail S.A., Egis Poland Sp. z o.o. i MGGP S.A., zwanych dalej „Konsorcjum Egis”, w pozacenowym kryterium oceny ofert „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu (MIK) Kontrakt 1 (M1K1) oraz Kontrakt 2 (M1K2)” w sposób błędny, z naruszeniem postanowień punktu 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezgodnie z wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej wynikającymi z wyroku z 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18) oraz naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum Egis w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” łącznie 804 „małych” punktów dla Kontraktu nr 1 oraz 762 „małych” punktów dla Kontraktu 2, a w konsekwencji przyznania temu wykonawcy 10 „dużych punktów” w podkryterium M1K1 i 10 dużych punktów w podkryterium M1K2, co doprowadziło w konsekwencji do rażącego zaniżenia punktacji przyznanej Odwołującemu, poprzez przyznanie Odwołującemu 0,75 „dużych” punktów w podkryterium M1K1 oraz 0,79 „dużych” punktów w podkryterium M1K2, podczas gdy w trakcie pierwszej oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego 21 czerwca 2018 r. Zamawiający przyznał Konsorcjum Egis po 50 „małych” punktów w podkryterium M1K1 i w podkryterium M1K2 oraz po 10 „dużych” punktów w podkryterium M1K1 oraz

w podkryterium M1K2, zaś Odwołującemu po 45 „małych” punktów w podkryterium M1K1 i w podkryterium M1K2 oraz po 9 „dużych” punktów w podkryterium M1K1 i w podkryterium M1K2, a w konsekwencji powyższego dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Egis jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą;

2. zaniechaniu sporządzenia i przekazania Odwołującemu pełnego – szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego w zakresie dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert w kryterium „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2, podczas gdy zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wytycznymi Izby wynikającymi z punktu 2.3 sentencji wyroku KIO z 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18) Zamawiający był zobowiązany podać wyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne swojej decyzji, wraz z uzasadnieniem motywów, którymi przy ocenie kierowali się poszczególni członkowie komisji oceniającej, co narusza:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny oferty Konsorcjum Egis w kryterium „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2 z naruszeniem postanowień punktu 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezgodnie z wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej wynikającymi z wyroku KIO sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18, a przede wszystkim z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości;

2. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu pełnego – szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dokonanej oceny ofert w postępowaniu w kryterium „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2 wraz z uzasadnieniem motywów, którymi przy ocenie kierowali się poszczególni członkowie komisji oceniającej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyborze oferty Konsorcjum Egis jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Egis oraz przyznania punktacji w ramach kryterium „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu 1 oraz Kontraktu 2 niezależnie przez każdego członka komisji oceniającej, z uwzględnieniem zasad wynikających z punktu 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wytycznych wynikających z wyroku KIO sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18), w tym w szczególności z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości;

3. przekazania wykonawcom pełnego i wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej ponownej oceny ofert wraz z przekazaniem (w tej samej dacie) informacji o wynikach dokonanej oceny wraz ze szczegółowym uzasadnieniem oceny dokonanej przez Zamawiającego i poszczególnych członków komisji oceniającej w kryterium „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”, tj. poprzez szczegółowe uzasadnienie sporządzone przez poszczególnych członków komisji oceniającej, dlaczego dany element kontraktu wskazany przez wykonawcę został zakwalifikowany jako kluczowy albo dlaczego nie został zakwalifikowany jako kluczowy zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. z ostrożności procesowej, alternatywnie, unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na skonstruowaniu przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Metodologia” – podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” Kontrakt nr 1 i Kontrakt nr 2 w sposób, który uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny i jej poprawne uzasadnienie w tym podkryterium z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 20.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Tryb i sposób oceny ofert” w postępowaniu kierowano się następującymi kryteriami oceny ofert: całkowita cena brutto 40%, doświadczenie personelu wykonawcy 30%, metodologia 25%, skrócenie terminu wykonania zamówienia 5%.

Zgodnie z punktem 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia na ocenę oferty w kryterium „Metodologia” składały się dwa podkryteria: 1) kluczowe elementy Kontraktu – podkryterium M1 dla Kontraktu nr 1 (M1K1) lub Kontraktu nr 2 (M1K2) maksymalnie 10 punktów oraz 2) organizacja wykonawcy – podkryterium M2 dla Kontraktu nr 1 (M2K1) lub Kontraktu nr 2 (M2K2) maksymalnie 15 pkt.

Na ocenę metodologii realizacji zamówienia składała się „ocena znajomości Kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomość przedmiotu zamówienia, podejście Wykonawcy do wykonania usługi oraz organizacja Wykonawcy”. Zamawiający opisał również sposób oceny metodologii w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”: Zamawiający oceniał opracowanie pisemne – opis kluczowych elementów Kontraktu, dla każdego z Kontraktów oddzielnie. Za kluczowe elementy Kontraktu Zamawiający miał uznać elementy, które: a) są konieczne i niezbędne

do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie); b) ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy lub Zamawiającego.

W ramach podkryterium wykonawcy byli zobowiązani wskazać elementy, które uważają za kluczowe dla realizacji Kontraktu oraz uzasadnić swój wybór, biorąc pod uwagę wymienione powyżej cechy kluczowych elementów Kontraktu.

Oceny kryterium mieli dokonywać wyznaczeniu członkowie komisji przetargowej z udziałem wytypowanych przez Zamawiającego przedstawicieli Inżyniera Nadzoru („komisja oceniająca”). W podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” punkty miały być przyznawane w następujący sposób: a) każdy z członków komisji oceniającej, niezależnie, przyznawał po jednym tzw. „małym punkcie” za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu, odrębnie dla Kontraktu 1. oraz Kontraktu 2. „Poprawnie wskazany element Kontraktu” oznaczał przy tym taki element, który posiadał cechy wskazane w punkcie a) i b) powyżej oraz został należycie uzasadniony.

„Małe punkty” przyznane za przez każdego z członków komisji oceniającej winny być następnie zsumowane, a końcowa punktacja w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” winna być obliczona według następującego wzoru: $M1K = \text{suma punktów oferty badanej} / \text{suma punktów z najwyższą liczbą punktów w podkryterium} \cdot 10$. W konsekwencji wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 10 tzw. „dużych” punktów dla Kontraktu nr 1

Oferty złożyły dwa konsorcja wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Aecom i Konsorcjum Egis. Opracowania „Metodologia/Kluczowe elementy Kontraktu” w obu ofertach zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców.

21 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach badania i oceny ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Egis.

Z informacji ujawnionych przez Zamawiającego wynikało, że Konsorcjum Aecom wskazało 10 kluczowych elementów Kontraktu dla Kontraktu nr 1 oraz 10 Kluczowych Elementów Kontraktu dla Kontraktu nr 2, a Konsorcjum Egis wskazało 136 kluczowych elementów Kontraktu dla Kontraktu nr 1 oraz 132 kluczowe elementy Kontraktu dla Kontraktu nr 2.

W wyniku badania i oceny ofert Konsorcjum Egis otrzymało globalnie 127,56 punktów, w tym w ramach „kluczowych elementów Kontraktu” 10 punktów dla Kontraktu nr 1 i 10 punktów dla Kontraktu nr 2, a Konsorcjum Aecom globalnie 126,30 punktów, w tym w ramach „kluczowych elementów Kontraktu” 9 punktów dla Kontraktu nr 1 i 9 punktów dla Kontraktu nr 2.

Zatem z pierwszej przeprowadzonej oceny ofert wynika, że pomimo znaczącej matematycznie różnicy „kluczowych elementów Kontraktu” wskazanych przez Odwołującego

i Konsorcjum Egis (Kontrakt nr 1: 10 vs 136 oraz Kontrakt nr 2: 10 vs 132), Zamawiający przyznał Odwołującemu w ww. podkryterium po 9 „dużych” punktów za każdy Kontrakt, zaś Konsorcjum Egis otrzymało po 10 „dużych” punktów za każdy Kontrakt. W informacji o wynikach badania i oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej z 21 czerwca 2018 r. Zamawiający przedstawił wyłącznie ogólną liczbę „dużych” punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”, bez szczegółowego uzasadnienia sposobu dokonania oceny.

Od czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł zarówno Odwołujący (sygn. akt KIO 1310/18), jak i Konsorcjum Egis (sygn. akt KIO 1303/18 oraz KIO 1322/18), kwestionując sposób oceny oraz brak uzasadnienia w zakresie podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”. Wyrokiem z 20 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1303/18, 1310/18, KIO 1322/18 KIO nakazała: 1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert; 2) „dokonanie oceny obu złożonych ofert w podkryterium Kluczowe Elementy Kontraktu w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie pomiędzy nimi uczciwej konkurencji, a jednocześnie zgodnie z opisem zawartym na str. 32 instrukcji dla wykonawców, tj. z uwzględnieniem że: - punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego, - członek komisji oceniającej ma przyznać 1 pkt za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu, - według wzoru wyliczenia łącznej punktacji suma punktów oferty badanej ma być podzielona przez sumę punktów oferty z najwyższą liczbą punktów, a następnie uzyskany wynik ma być przemnożony przez 10”; 3) „sporządzenia i przekazania zainteresowanym uzasadnienia dokonanej oceny w podkryterium Kluczowe elementy Kontraktu w sposób umożliwiający identyfikację sposobu oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu, ze szczegółowym uzasadnieniem powodów nieuwzględnienia danego elementu jako kluczowego z uwagi na pokrywanie się z elementami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi dokumentami postępowania”.

25 września 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach ponownego badania i ocen ofert oraz ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Egis. W wyniku ponownej oceny wykonawcy otrzymali następującą liczbę punktów: Konsorcjum Egis 127,56, w tym w ramach „kluczowych elementów Kontraktu” 10 punktów dla Kontraktu nr 1 i 10 punktów dla Kontraktu nr 2, a Konsorcjum Aecom globalnie 126,04 punktów, w tym w ramach „kluczowych elementów Kontraktu” 0,75 punktów dla Kontraktu nr 1 i 0,79 punktów dla Kontraktu nr 2.

W treści informacji z 25 września 2018 r. Zamawiający zamieścił wyłącznie ogólną punktację przyznaną w poszczególnych kryteriach lub podkryteriach oceny ofert i nie zawarł w niej jakiegokolwiek uzasadnienia dotyczącego oceny w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”.

W wyniku powtórnej oceny, pomimo przyznania ofercie Odwołującego dodatkowego 1,2 pkt w kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy” oraz dodatkowych 15 pkt w kryterium „metodologia” podkryterium „organizacja wykonawcy”, jego punktacja uległa zmniejszeniu w stosunku do pierwotnej oceny z 126,30 pkt do 126,04 pkt. Powyższe jest wynikiem drastycznego i nieuzasadnionego zmniejszenia liczby punktów przyznanych Odwołującemu w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” z 9 pkt do 0,75 pkt dla Kontraktu nr 1 oraz z 9 pkt do 0,79 pkt dla Kontraktu nr 2.

Zważywszy na konstrukcję wzoru dotyczącego obliczania tzw. „dużych” punktów w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” zgodnie z punktem 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia doszło do rażącego zaniżenia punktacji (tzw. dużych punktów) przyznanych ofercie Odwołującego w ww. podkryterium, co wynika z zawyżenia łącznej punktacji (sumy tzw. małych punktów) przyznanych ofercie Konsorcjum Egis. Zdaniem Odwołującego ocena oferty Konsorcjum Egis w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” została dokonana nieobiektywnie oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w sposób, który pomimo przyznania Odwołującemu dodatkowych 16,2 pkt w innych kryteriach oceny ofert pozwolił Zamawiającemu na faworyzowanie oferty Konsorcjum Egis oraz ponowny wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej bez zmiany łącznej punktacji przyznanej Konsorcjum Egis oraz z obniżeniem punktacji przyznanej Odwołującemu.

Z informacji przekazanych przez Zamawiającego na wnioski Odwołującego 28 września 2018 r. i 3 października 2018 r. wynika, że komisja oceniająca w składzie 6 osób przyznała Odwołującemu i Konsorcjum Egis w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” następujące punkty: Konsorcjum AECOM – każdy z członków komisji po 10 punktów dla każdego kontraktu, co daje łącznie 60 + 60 punktów (maksymalna liczba możliwa do uzyskania), a Konsorcjum Egis każdy członek komisji po 134 punkty dla Kontraktu nr 1 i 127 punktów dla Kontraktu nr 2, co łącznie dało 804 + 762 punkty (maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania to 816 i 792). Po podstawieniu do wzoru z punktu 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dało to po 10 „dużych” punktów Konsorcjum Egis ($804/804 \cdot 10 = 10$ pkt i $792/792 \cdot 10 = 10$ pkt) oraz 0,75 i 0,79 „dużych” punktów Odwołującemu ($60/804 \cdot 10 = 0,75$ pkt i $60/792 \cdot 10 = 0,79$ pkt).

Ocena Metodologii/Kluczowych Elementów Kontraktu dokonana przez Zamawiającego budzi poważne i uzasadnione wątpliwości. Po pierwsze, ponowna ocena oferty Konsorcjum Egis,

w przeciwieństwie do oceny Odwołującego, znacząco odbiega od pierwotnej oceny dokonanej przez Zamawiającego 21 czerwca 2018 r.

Zgodnie z informacjami przekazanymi wówczas przez Zamawiającego Konsorcjum EGIS zostało przyznanych odpowiednio 50 i 50 „małych” punktów, podczas gdy Odwołującemu 45 i 45. O ile różnica „małych” punktów przyznanych w ramach pierwotnej i ponownej oceny oferty Odwołującego nie jest znacząca (45 „małych” punktów w pierwotnej ocenie vs. 60 „małych” punktów w ponownej ocenie), to różnica w punktacji przyznanej ofercie Konsorcjum Egis budzi uzasadnione wątpliwości co do rzetelności dokonanej oceny.

Z uwagi na zastrzeżenie „Metodologii” Konsorcjum Egis jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z uwagi na brak szczegółowego uzasadnienia oceny dokonanej przez Zamawiającego, Odwołujący nie mógł szczegółowo odnieść się do treści i waloru merytorycznego „Metodologii” Konsorcjum Egis, ale o wadliwości ponownej oceny dokonanej przez Zamawiającego świadczą dobitnie informacje przekazane przez Zamawiającego w ramach pierwotnej oceny ofert, oświadczenia i stanowiska Zamawiającego przedstawione w toku postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18 oraz sentencja i uzasadnienie wyroku KIO.

W uzasadnieniu przekazanym po pierwszej ocenie ofert Zamawiający wyjaśniał, iż dla Kontraktu nr 1 „Wykonawca [Konsorcjum EGIS] przedstawił 136 Kluczowych elementów kontraktu, które podlegały szczegółowej weryfikacji przez każdego z członków komisji niezależnie.”, zaś dla Kontraktu nr 2 „Wykonawca [Konsorcjum EGIS] przedstawił 132 Kluczowe elementy kontraktu, które podlegały szczegółowej weryfikacji przez każdego z członków komisji niezależnie.” Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że „zgodnie z pytaniem nr 35 Zamawiający dopuścił wskazanie nieograniczonej ilości kluczowych elementów kontraktu, w związku z czym komisja przeanalizowała każdy z przedstawionych elementów niezależnie. W związku z tym, że maksymalną możliwą ilością punktów do pozyskania były punkty przydzielone ofercie najlepiej ocenionej, w wyniku przeprowadzonej wyżej analizy komisja przetargowa przydzieliła ofercie maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium.” W konsekwencji przeprowadzonej pierwotnej oceny Zamawiający uznał za kluczowe i uzasadnione (według kryteriów opisanych w pkt 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wyłącznie znikomą liczbę elementów wskazanych przez Konsorcjum Egis.

Z oświadczeń Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego wynikało, że: Zamawiający nie był zobowiązany do bezrefleksyjnego przyznawania po 1 „małym” punkcie za każdy element Kontraktu wskazany w ofercie Konsorcjum Egis, ponieważ prowadziłoby to do sztucznej zasady przyznawania punktów i tego, że nie jakość, ale ilość tych elementów świadczyłaby o przyznanej punktacji. Zamawiający wyjaśnił też, że pomimo iż oferta Konsorcjum Egis wskazywała łącznie aż 816 elementów, to znaczna część z nich stanowiła

powielenie ogólnych wymagań dotyczących realizacji Kontraktu wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, które nie nosiły waloru „kluczowości”. Zamawiający wskazał, że dokonał wnikliwej oceny oraz rzetelnej analizy ofert obu wykonawców, a przyznana ocena jest wynikiem badania merytorycznych aspektów metodologii, a nie aspektów formalnych, takich jak ilość elementów kontraktu. Bowiem zgodnie z IDW Zamawiający przyznawał punkty „za każdy poprawnie wskazany element Kontraktu dla podkryterium M1”. Zamawiający wyjaśnił również, że metodologia Konsorcjum EGIS w dużej mierze stanowi powielenie ogólnych wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, a wskazanym elementom brak jest cech wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW. Zamawiający wskazywał również, przykładowo, jakie elementy i z jakich względów nie zostały uznane za kluczowe, w tym m.in. pkt 1 „podpisanie umowy” czy pkt 5 „wystąpienie do PLK o pełnomocnictwo”, pkt 6-13 dotyczące pozyskania niezbędnej dokumentacji od poszczególnych organów oraz jednostek organizacyjnych, pkt 14-27 dotyczących dokonania inwentaryzacji dla poszczególnych branż. Zamawiający zauważył, że wyszczególnienie jednej czynności na kilka czynników nie może stanowić niejako automatycznego przyjęcia, iż mamy do czynienia z kilkoma różnymi elementami realizacji kontraktu.

Konsorcjum Egis dopuściło się nadużycia w opisie metodologii poprzez sztuczne rozbicie elementów dotyczących jednej czynności czy jednego ryzyka na wiele mniejszych, tworząc z nich rzekomo samodzielne „kluczowe elementy Kontraktu”, podczas gdy w rzeczywistości albo dotyczyły one tego samego rodzaju bądź kategorii czynności bądź ryzyka, albo w ogóle nie miały charakteru „kluczowości” w rozumieniu definicji określonej w pkt 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” jest ze swej natury kryterium jakościowym, w ramach którego ocenie podlega wartość merytoryczna opracowania, a nie kryterium ilościowym, Zamawiający podczas pierwszej oceny metodologii Konsorcjum Egis słusznie pominął lub zagregował (traktując elementy odnoszące się do tej samej kategorii ryzyka jako jeden element) takie elementy Kontraktu wskazane przez Konsorcjum Egis, które nie noszą waloru „kluczowości”.

Zamawiający podkreślał również, że przedłożona przez Konsorcjum Aecom metodologia była kompletna oraz opisywała w sposób spójny i skondensowany najważniejsze czynniki wpływające na sprawną realizację kontraktu, a okoliczność braku rozbicia ww. czynników na poszczególne części składowe nie powinna stanowić podstawy do przyznania ofercie mniejszej liczby punktów. W konsekwencji żądanie Konsorcjum Egis dotyczące zmniejszenia liczby punktów przyznanych metodologii Konsorcjum Aecom powodowałoby, że przyznana ocena byłaby niewspółmiernie niska do wartości merytorycznej metodologii Konsorcjum Aecom, co godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający zaznaczył, że znaczna część elementów Konsorcjum Egis stanowi powielenie tego samego elementu lub odnosi się do elementów nie mogących być uznane za istotne lub kluczowe. W świetle powyższego konieczna jest wnikliwa weryfikacja przedłożonej metodologii w celu przyznania mu adekwatnej do poziomu merytorycznego ww. dokumentu liczby punktów. Zaniechanie powyższych czynności prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem w sytuacji, kiedy to obaj wykonawcy złożyli zbliżone jakościowo metodologie, otrzymaliby odpowiednio mniej niż 1 i 10 punktów.

Z drugiej strony zaledwie tydzień później Zamawiający przekazuje wykonawcom wyniki oceny dokonanej dokładnie w sposób, który sam negował. Wyniki ponownej oceny dobitnie potwierdzają zatem, co zostało przyznane przez samego Zamawiającego w odpowiedzi na skargę, że dokonana ocena stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Dokonana przez Zamawiającego ocena „Metodologii” Konsorcjum Egis nie odpowiada wytycznym wynikającym z wyroku KIO. W sentencji wyroku Izba dokładnie określiła dyrektywy, którymi winien się kierować Zamawiający dokonując oceny ofert w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”. W samym uzasadnieniu orzeczenia (str. 52-59) Izba podzieliła stanowisko prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego, zgodnie z którym „przyznawanie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i zachowania pomiędzy nimi uczciwej konkurencji”. Jednocześnie Izba stwierdziła, że formuła oceny przyjęta przez Zamawiającego, gdzie nie określono górnej granicy kluczowych elementów kontraktu, które może wskazać wykonawca, otworzyło to pole do nadużycia tej formuły, gdyż można było przewidzieć, że znajdą się wykonawcy, którzy będą dążyli do przepchnięcia przez sito selekcji jak najwięcej kluczowych elementów kontraktu, nawet gdyby miało to prowadzić do absurdalnych rezultatów. Izba podzieliła również stanowisko, zgodnie z którym sugerowany przez Konsorcjum Egis sposób oceny, bazujący tylko na liczbie zgłoszonych jako istotne przez danego wykonawcę elementów krytycznych kontraktu, stanowi zaprzeczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podkreśliła również, że „punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego” – znacząca liczba ostatecznie przyznanych ofercie Konsorcjum Egis punktów (804 na 816 możliwych dla Kontraktu nr 1 oraz 762 na 792 możliwe dla Kontraktu nr 2), w kontekście pierwotnie dokonanej oceny, oświadczeń i zapewnień samego Zamawiającego co do porównywalności merytorycznej opracowań Konsorcjum Aecom oraz Konsorcjum Egis, pozwala twierdzić, iż Zamawiający pominął wytyczne Izby w ten sposób,

że poszczególni członkowie komisji oceniającej nie dokonali oceny wyodrębnionych elementów kluczowych na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalnych co do zakresu merytorycznego, a w konsekwencji nie dokonali oceny jakościowej w podkryterium, a wyłącznie oceny ilościowej, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę przejrzystości.

Odwołujący nie ma możliwości zweryfikowania, czy poszczególne kluczowe elementy kontraktu wskazane przez Konsorcjum Egis posiadają cechy opisane w punkcie 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz czy zostały należycie uzasadnione.

Z powyższych względów ocena podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” winna zostać przeprowadzona ponownie, z uwzględnieniem wytycznych Izby oraz w sposób, który będzie pozwalał na dokładną weryfikację procesu oceny dokonanej przez poszczególnych członków komisji oceniającej.

W decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 25 września 2018 r. Zamawiający wskazał jedynie, że przyznaje ofercie Konsorcjum Aecom 0,75 pkt dla Kontraktu nr 1 oraz 0,79 pkt dla Kontraktu nr 2 na 10 możliwych punktów w przedmiotowym podkryterium dla każdego z Kontraktów. Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował powodów przyjęcia takiej, a nie innej punktacji, pomimo że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający jest zobowiązany podać nie tylko punktację przyznaną w każdym kryterium oceny ofert oraz łączną punktację, ale również jej uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający zignorował również dyrektywy wnikaące z punktu 2.3 sentencji wyroku KIO, zgodnie z którą Izba nakazała „sporządzenie i przekazanie zainteresowanym uzasadnienia dokonanej oceny w podkryterium Kluczowe elementy Kontraktu w sposób umożliwiający identyfikację sposobu oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu, ze szczegółowym uzasadnieniem powodów nieuwzględnienia danego elementu jako kluczowego z uwagi na pokrywanie się z elementami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi dokumentami postępowania”.

Zamawiający dopiero na wniosek Odwołującego przekazał w 28 września 2018 r. ogólną informację na temat liczby „małych” punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji oceniającej ofercie Odwołującego, a na ponowny wniosek, 3 października 2018 r., również punktację przyznaną w kwestionowanym podkryterium Konsorcjum Egis. Zamawiający natomiast nie przekazał Odwołującemu szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia oceny w zakresie podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” obejmującego uzasadnienie przyznania punktów w ww. podkryterium.

Sporządzenie uzasadnienia obejmującego zarówno motywy przyznania, jak i nieprzyznania punktacji przez Zamawiającego jest konieczne w celu odtworzenia „procesu myślowego”

poszczególnych członków komisji oceniającej oraz motywów, którymi kierowali się kwalifikując lub nie dany element Kontraktu jako kluczowy w rozumieniu definicji określonej w punkcie 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dyrektyw wynikających z sentencji wyroku KIO. Powyższe jest szczególnie istotne w kontekście nieprecyzyjnego opisu podkryterium i z uwagi na zdefiniowanie pojęcia „kluczowy element kontraktu” poprzez odwołanie się niemal wyłącznie do klauzul generalnych. Równie istotne jest to, iż Zamawiający określił maksymalną objętość opracowania oraz nakazał wykonawcom uzasadnić, dlaczego dany element w ich ocenie ma charakter kluczowy.

Precyzyjne i szczegółowe uzasadnienie niezależnych ocen dokonanych przez członków Komisji Oceniającej winno znaleźć swojej odzwierciedlenie w formie kart ocen indywidualnych lub protokołów z przeprowadzonej oceny. Dysponowanie takim dokumentem, szczególnie w sytuacji, gdy oceniana część oferty została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, jest konieczna do zweryfikowania czynności nie tylko przez samego wykonawcę, ale również przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Niedopełnienie tego obowiązku przez Zamawiającego stanowi naruszenie nie tylko zasady uczciwej konkurencji, ale przede wszystkim zasady przejrzystości wprowadzonej do art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W orzecznictwie KIO szeroko prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym wymóg uzasadnienia faktycznego i prawnego nie może sprowadzać się do podania przyznanej punktacji w danym kryterium, gdyż pozbawia to wykonawców możliwości kontroli czynności zamawiającego. Wobec każdego wykonawcy uzasadnienie przyznania określonej ilości punktów jego ofercie jest o tyle oczywiste, że każdy wykonawca jest uprawniony do tego, by wiedzieć, na jakiej podstawie jego oferta została oceniona w taki czy inny sposób. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert stanowi emanację zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego. Uzasadnienie sporządzone w sposób lakoniczny lub ogólnikowy pozbawia wykonawcę możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchylając tym samym regułą rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej, ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu wynikających ze złożenia oferty.

Prawidłowe sporządzenie uzasadnienia, szczególnie w kontekście kryterium jakościowego, jakim jest podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”, wymaga znaczącego nakładu pracy. Z takiego obowiązku nie zwalnia jednak Zamawiającego okoliczność, iż skonstruował podkryterium w ten sposób, iż dopuścił możliwość wskazywania nieograniczonej liczby

kluczowych elementów Kontraktu, albowiem to właśnie sporządzone uzasadnienie winno pozwalać na dokonanie weryfikacji, czy ocena nie została przeprowadzona przez Zamawiającego w sposób arbitralny i dowolny oraz czy w ramach podkryterium faktycznie oceniano merytoryczną wartość opracowań, według reguł określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z poszanowaniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Uzasadnienie sporządzone przez Zamawiającego, które sprowadza się do wskazania wyłącznie liczby przyznanych punktów powyższych wymagań z pewnością nie spełnia.

Odwołujący alternatywnie wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na skonstruowaniu przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Metodologia” – podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” Kontrakt nr 1 i Kontrakt nr 2 w sposób, który uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny i jej poprawne uzasadnienie w tym podkryterium z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości.

Sposób sformułowania przez Zamawiającego podkryterium, w szczególności poprzez zdefiniowanie pojęcia „kluczowe elementy kontraktu” w sposób nieprecyzyjny oraz poprzez odwołanie do klauzul generalnych (jak uznała KIO), może powodować, iż zastosowanie tego podkryterium przez Zamawiającego będzie w praktyce niemożliwe. W konsekwencji niemożliwe będzie również przeprowadzenie oceny w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na powyższe może wskazywać w szczególności okoliczność, iż Zamawiający w dwukrotnie dokonanej ocenie ofert oraz wobec precyzyjnych wytycznych wynikających z wyroku KIO, w zakresie oceny oferty Konsorcjum Egis dokonał skrajnie rozbieżnej oceny punktowej metodologii Konsorcjum Egis. W konsekwencji powyższego, z uwagi na przyjęty wzór obliczania końcowej punktacji w podkryterium suma małych punktów przyznanych Konsorcjum Egis w sposób istotny rzutowała na końcową ocenę oferty Odwołującego. O ile bowiem Konsorcjum Egis otrzymało zarówno w ramach pierwszej, jak i ponownej oceny ofert po 10 pkt za każdy Kontrakt, to punktacja przyznana ofercie Odwołującego waha się od 9 pkt w ramach pierwszej oceny do 0,75 pkt i 0,79 pkt w ramach ponownej oceny. Przyznanie przez Zamawiającego temu samemu wykonawcy tak znacząco skrajnych ocen w ramach tego samego podkryterium, które ma charakter jakościowy, a nie ilościowy, zaburza w istocie i wypacza proporcje sumarycznej oceny w ramach pozostałych kryteriów oceny ofert ustalonych w postępowaniu. Co istotne, kryterium „Metodologia” przypisano wagę 25%. Pomimo stosunkowo niewielkiej

wagi podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” (2 x 10 pkt) w stosunku do pozostałych kryteriów i ich wag przyjętych w postępowaniu, Zamawiający mógł dopuścić się manipulacji ww. podkryterium w celu faworyzowania oferty Konsorcjum Egis. Przypomnienia wymaga bowiem fakt, iż w ramach pierwszej oceny różnica pomiędzy sumaryczną punktacją przyznaną Odwołującemu i Konsorcjum Egis wynosiła zaledwie 1,26 pkt (127,56 pkt uzyskanych przez Konsorcjum Egis vs. 126,30 pkt uzyskanych przez Odwołującego). Pomimo nakazanego przez KIO przyznania Odwołującemu w ramach ponownej oceny ofert dodatkowych 16,2 pkt, różnica pomiędzy sumaryczną punktacją w ramach ponownej oceny ofert ulegała zmianie na niekorzyść Odwołującego i wynosi 1,52 pkt (127,56 pkt uzyskanych przez Konsorcjum Egis vs. 126,04 pkt uzyskanych przez Odwołującego). Powyższe jest zaś wynikiem rażącej zmiany punktacji przyznanej Odwołującemu w ramach podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”.

Mając na uwadze powyższe oraz uwzględniając brak sporządzenia przez Zamawiającego szczegółowego uzasadnienia, istnieją uzasadnione wątpliwości co do tego, czy Zamawiający jest zdolny do przeprowadzenia obiektywnej i niedyskryminacyjnej oceny ofert w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”. Jak stwierdził bowiem sam Zamawiający „(...) poszczególni wykonawcy przygotowując dokumenty Metodologii oparli się na odmiennych założeniach i przyjęli różne sposoby jej przygotowania, co skutkowało tym, iż Skarżący [Konsorcjum EGIS] wskazał ponad 130 elementów, a Konsorcjum AECOM 10.” W konsekwencji Odwołujący potraktował podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” jak kryterium jakościowe, w którym ocenie winna podlegać merytoryczna wartość opisanych kluczowych elementów Kontraktu, zaś Konsorcjum Egis potraktowało je jak kryterium ilościowe, w sposób sztuczny mnożąc rzekome „kluczowe elementy Kontraktu”, które w istocie odnosiły się do tych samych rodzajowo potencjalnych ryzyk lub które w ogóle nie miały charakteru „kluczowych”.

W przypadku, gdyby Izba doszła do przekonania, iż sposób skonstruowania ww. podkryterium, które winno mieć charakter kryterium jakościowego, a nie ilościowego, uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny ofert, konstatacją takiego wniosku powinno być unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z orzecznictwem niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego upatrywać należy w braku możliwości porównania ofert. Konsekwencją nieporównywalności ofert jest brak możliwości dokonania ich prawidłowej oceny, a tym samym również dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby w sprawie KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18,
2. odrzucenie odwołania w zakresie wniosku o unieważnienie postępowania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z uwagi na uchybienie terminu na jego wniesienie,
3. ewentualnie oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego
4. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zdaniem Zamawiającego zaskarżone przez Odwołującego rozstrzygnięcie o wyborze oferty Konsorcjum Egis stanowi konsekwencję poprzedniego postępowania toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą, zakresu zarzutów oraz żądań odwołań wykonawców, a także w szczególności wdrożenia w życie uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18. Wbrew twierdzeniom Odwołującego podejmowane przez Zamawiającego czynności nie są sprzeczne z dyspozycją Izby wyrażoną ww. orzeczeniu, ale stanowią literalne i bezpośrednie przełożenie treści uzasadnienia odwołania na stan faktyczny przedmiotowego postępowania.

Zamawiający nie zmienił swojego stanowiska w zakresie oceny metodologii Konsorcjum Egis, ale zmienił sposób obliczenia punktacji w ramach kryterium metodologii poprzez prawidłowe podstawienie otrzymanych wartości do ustalonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) wzoru matematycznego. W stanie faktycznym stanowiącym uprzednio przedmiot rozważań Izby w ww. sprawach poszczególni członkowie komisji przetargowej dokonali oceny ofert wykonawców, jednak pominięto czynność podstawienia otrzymanej punktacji do wzoru matematycznego, co zostało uznane przez Izbę jako naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i samej IDW. Izba zakwestionowała dokonany sposób oceny ofert nakazując Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem określonych w IDW wzorów matematycznych.

Sposób przyjętej punktacji polegającej na przyznaniu Konsorcjum Aecom „jedynie” 0,75 dużych punktów dla podkryterium M1K1 oraz 0,79 dużych punktów dla podkryterium M1K2 wynikał z zakresu zarzutów oraz żądań odwołania wniesionego przez Konsorcjum Egis, które toczyło się pod sygnaturą KIO 1322/18 i które zostało uwzględnione w całości. Okoliczność, że Izba w ww. wyroku nie wskazała wprost, jaka liczba punktów powinna zostać przyznana poszczególnym wykonawców w ramach ww. kryterium nie powoduje, że Zamawiający był zobowiązany dokonać ponownego badania i oceny ofert pomijając ww.

kwestie. KIO nie posiada kognicji, aby dokonywać za Zamawiającego badania i oceny ofert, gdyż powyższe stanowi kompetencję i obowiązek podmiotu prowadzącego postępowanie. Podjęcie działań innych, niż wynikających z ww. wyroku uprawniałoby Konsorcjum Egis do skutecznego skorzystania z kolejnych środków ochrony prawnej poprzez sformułowanie zarzutu wykonania wyroku w sposób niezgodny ze stanowiskiem Izby.

Odwołujący, w odpowiedzi na skargę dotyczącą ww. wyroku KIO, wskazał, że „uwzględnienie skargi nie wpłynie na sposób oceny dokonanej przez Zamawiającego, ponieważ zarówno zgodnie z pkt 2.2 sentencji wyroku, jak i zgodnie z żądaniem Skarżącego poszczególni członkowie komisji przetargowej będą musieli wyodrębnić kluczowe elementy kontraktu przedstawione w opracowaniach (Metodologiach) wykonawców, a następnie dokonać ich kwalifikacji jako kluczowe lub nie, a w konsekwencji przyznać po 1 małym punkcie za każdy prawidłowo wskazany kluczowy element kontraktu”. Z zacytowanego fragmentu wywieść można zatem, że Odwołujący co do zasady podziela stanowisko Zamawiającego w zakresie sposobu przyznawania punktacji w ramach omawianego kryterium oceny ofert.

Odwołujący w sposób selektywny przywołuje fragmenty uzasadnienia ww. wyroku. Analiza całości przyjętej przez Izbę argumentacji nie pozostawia żadnej wątpliwości, jaka jest właściwa intencja Izby i w jaki sposób Zamawiający winien dokonać ponownego badania i oceny ofert. Z treści wyroku wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Zamawiającego w zakresie konieczności dokonywania oceny merytorycznej „Metodologii” wskazała, że przy tak określonych zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz sposobie przygotowania metodologii przez wykonawców Izba nie mogła zaaprobować działania Zamawiającego. W świetle ww. okoliczności nie sposób uznać, że Izba winna dokonywać merytorycznego rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Artykuł 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych sprzeciwia się temu, aby ponownie badać zarzuty, które zostały już rozstrzygnięte przez Izbę, niezależnie od tego, czy rozstrzygnięcie znalazło się w sentencji, czy zostało wyrażone w uzasadnieniu wyroku. Samo formalne jedynie potwierdzenie się, że zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w pierwotnym odwołaniu nie może skutkować uwzględnieniem nowego odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę zarzutów nowego odwołania dotyczącego czynności wykonanych przez zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

Żądanie unieważnienia postępowania na tym etapie postępowania jest działaniem spóźnionym. Odwołujący już na etapie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej miał możliwość podnoszenia zarzutu w ww. zakresie. Dlatego odwołanie w ww. zakresie winno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

gdyż formułowanie na tym etapie postępowania zarzutów w ww. brzmieniu jest sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania wynajdował coraz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań.

Dodatkowo Odwołujący nie posiada interesu w dążeniu do unieważnienia postępowania, a samo odwołanie zawiera brak jednego z kluczowych składników niezbędnych do jego rozpoznania, tj. określenia interesu w uwzględnieniu ww. zarzutu, co potwierdza, że Izba nie powinna podejmować analizy merytorycznej odwołania.

Podniesione w uzasadnieniu odwołania argumenty są bezzasadne, a dokonany opis stanu faktycznego opiera się jedynie na wybiórczo wyselekcjonowanych okolicznościach mających na celu potwierdzenie prawidłowości sformułowanych zarzutów. Odwołujący pomija m.in. istotne i kluczowe dla sprawy fragmenty orzeczenia wyroku, fakt, że decyzja Zamawiającego w zakresie przyznanych punktów w podkryterium metodologii została wzruszona na skutek odwołania samego Odwołującego (sygn. KIO 1310/18), podczas rozprawy przed KIO popierał stanowisko Konsorcjum Egis w zakresie zarzutu błędnej oceny ofert w zakresie kryterium metodologii, równolegle toczy się postępowanie skargowe na skutek skargi Konsorcjum Egis na ww. orzeczenie, w którym Odwołujący aktywnie uczestniczy, a nie wniósł własnej skargi na ww. orzeczenie Izby.

Uprzednio kwestionowana przez Odwołującego ocena ofert aktualnie jest oceniana przez niego jako rzetelna i wiarygodna, co wprowadza Zamawiającego w konsternację, które czynności Zamawiającego faktycznie w ocenie Odwołującego stanowią naruszenie prawa i uniemożliwia Zamawiającemu właściwe zidentyfikowanie działań obarczonych wadami prawnymi oraz dokonanie ewentualnej autokorekty własnych działań.

Odwołujący co do zasady nie wchodzi w polemikę z Zamawiającym co do prawidłowości metodologii Konsorcjum Egis, co podyktowane jest faktem, że przedmiotowy dokument został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, a Odwołujący bazuje na szczątkowych informacjach wynikających z uzasadnienia ww. wyroku.

Odnosząc się do przedstawianej argumentacji, że Zamawiający powinien dokonywać oceny metodologii poprzez jej wartość merytoryczną, a nie jedynie poprzez samą liczbę zidentyfikowanych elementów ryzyka, Zamawiający zgadza się z ww. stanowiskiem jednoznacznie wskazując, iż dokonał oceny metodologii Konsorcjum Egis właśnie w taki sposób. Elementy zidentyfikowane nie mające wartości merytorycznej lub powtarzające się zostały przez Zamawiającego pominięte i nieocenione. Zamawiający podtrzymał pierwotną

decyzję w zakresie tego, które elementy ryzyka zidentyfikowane przez Konsorcjum Egis, które nie posiadają wartości merytorycznej, a które powinny otrzymać dodatkowe punkty. Zmianie uległ jedynie sposób obliczania punktów – zgodnie z założeniami IDW Zamawiający podstawiał otrzymane wartości do wzoru matematycznego – według zaleceń Izby w ww. wyroku. W świetle powyższego ww. zarzuty wydają się całkowicie nieuzasadnione, a odwołanie w tym zakresie zasługuje na oddalenie.

Odnosząc się do argumentów, że ukształtowane przez Zamawiającego zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia dawały możliwość sztucznego „nadmuchania” metodologii w celu uzyskania dodatkowych punktów Zamawiający wskazywał, że ww. działanie każdorazowo rozpatrywane jest w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Manipulacja kryteriami oceny ofert ma swoje doniosłe konsekwencje zarówno na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W zakresie, w jakim mieści się ono w graniach tzw. gry rynkowej Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania działań wykonawców w tym zakresie, a Odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Egis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem szersza polemika w tym zakresie wydaje się być nieuzasadniona.

W zakresie zarzutu zaniechania udostępnienia uzasadnienia przyznania punktów w ramach kryterium metodologii Zamawiający wskazał, że wszystkie zidentyfikowane przez Odwołującego elementy zostały ocenione pozytywnie przez wszystkich członków komisji przetargowej. Opatrywanie dodatkowym komentarzem takiej oceny w ocenie Zamawiającego wydaje się zbyteczne. Co do nieprzyznania dodatkowych „małych” punktów metodologii Konsorcjum Egis Zamawiający wskazał, że taka ocena została szczegółowo opisana w karcie oceny oferty tego wykonawcy. Samo Konsorcjum Egis nie zakwestionowało sposobu przekazania informacji w tym zakresie. Odwołanie zatem nie zasługuje również w i ww. aspekcie na uwzględnienie.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Egis Rail S.A., Egis Poland Sp. z o.o. i MGGP S.A. Zdaniem Przystępującego odwołanie jest oczywiście bezzasadne.

Odwołujący, konstruując argumentację odwołania, stara się wywołać wrażenie, że skoro pomiędzy liczbą punktów przyznanych Odwołującemu w ramach pierwszej oceny jego oferty we wskazanym kryterium (po 9 punktów na każdy kontrakt) i ponownej oceny (odpowiednio 0,75 punktu dla Kontraktu nr 1 i 0,79 punktu dla Kontraktu nr 2) jest tak duża różnica, to ponowna ocena ofert jest wadliwa. Odwołujący pominął jednak, że tak istotna zmiana relacji pomiędzy punktami przyznanymi ofercie Przystępującego i ofercie Odwołującego w ramach

pierwszej i drugiej oceny ofert jest konsekwencją wyroku wydanego przez Izbę w sprawie KIO 1303/18 1310/18 i 1322/18.

Zgodnie z postanowieniami punktu 20.8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia każdy z członków komisji powinien był przyznać za każdy poprawnie wskazany przez wykonawcę kluczowy element kontraktu jeden punkt (tzw. mały), przy czym liczba małych punktów nie była w żaden sposób ograniczona. Zgodnie z tabelą zamieszczoną we wskazanym punkcie specyfikacji istotnych warunków zamówienia każdy z członków komisji przyznawał od 0 do n (nieskończoność) punktów. Tak przydzielone małe punkty następnie miały zostać sumowane i podstawione do wzoru podanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, celem wyliczenia tzw. dużych punktów – końcowej oceny w podkryterium M1. Liczba dużych punktów była ograniczona do 10 dla każdego z kontraktów.

Członkowie komisji Zamawiającego, oceniając ofertę Przystępującego przy pierwszym badaniu ofert, w sposób błędny zastosowali opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mechanizm przyznawania małych punktów. Jak wynika z pisma Zamawiającego z 2 lipca 2018 r., zawierającego „uzasadnienie” dla przyznania Przystępującemu punktów w omawianym kryterium, jak można założyć wszyscy członkowie komisji przyjęli, że dysponują tylko 10 małymi punktami, które mogą przyznać poszczególnym ofertom, o czym świadczą m. in. uzasadnienia dla przyznanej punktacji podane przez członków komisji. Konsekwencją błędnego zastosowania przez członków komisji Zamawiającego zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia było istotne zaniżenie ilości małych punktów przyznanych Przystępującemu, a w ślad za tym, po podstawieniu do wzoru podanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, istotne zawyżenie liczby punktów przyznanych Odwołującemu. Gdyby członkowie komisji nie byli w błędzie, że na etapie oceny indywidualnej mogą przyznać maksymalnie po 10 pkt na kontrakt, relacja punktowa pomiędzy ofertami mogłaby przedstawiać się zupełnie inaczej. Wadliwie przeprowadzona ocena oferty Konsorcjum Egis powoduje, że za taką należy również uznać ocenę oferty Konsorcjum Aecom, gdyż według wzoru ostateczna liczba punktów przyznana wykonawcy, który uzyskał łącznie mniejszą liczbę punktów u członków komisji, ma być proporcjonalnie mniejsza. Izba przesądziła więc, że Konsorcjum Aecom musi otrzymać mniejszą liczbę tzw. dużych punktów, bo zwiększeniu ulec musi liczba tzw. małych punktów przyznanych Przystępującemu, co zmieni proporcje między ocenianymi ofertami. Wyrok nie został przez Odwołującego zaskarżony, mimo istnienia po jego stronie takiej możliwości.

Zmiana relacji pomiędzy punktami przyznanymi w podkryterium M1 ofercie Odwołującego i Przystępującego jest więc w kolejności konsekwencją wyroku. Zamawiający, będąc związany wyrokiem Izby, a także przyjętymi przez siebie uprzednio zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie mógł w sposób odmienny przyznać punktów

w omawianym kryterium. Wbrew więc zarzutom Odwołującego ponowiona ocena oferty Przystępującego jest zgodna z wyrokiem Izby wydanym w niniejszej sprawie, co z kolei winno prowadzić do wniosku, że niniejsze odwołanie podlega oddaleniu, a nawet odrzuceniu jako odnoszące się do sprawy już rozstrzygniętej.

Nie jest przy tym tak, jak twierdzi Odwołujący, że przy pierwszej ocenie oferty Przystępującego Zamawiający przeanalizował wszystkie wskazane przez Przystępującego kluczowe elementy kontraktu i tylko nieliczne z nich uznał za spełniające wymagania do przyznania punktów w kryterium M1. Liczba małych punktów w pierwszej ocenie nie była bowiem pochodną uznania, że pewne wskazane przez Przystępującego elementy nie mają charakteru kluczowego, a błędnego założenia co do tego, jaką ilością małych punktów dysponują członkowie komisji dokonujący oceny ofert. Zamawiający jedynie przykładowo wskazywał w swoich stanowiskach, jakiego rodzaju elementy wskazane przez Przystępującego w jego metodologii nie były przez niego ocenione jako „niekluczowe” w tym zakresie stanowiska nie zmienił w ponowionej ocenie. Przykładem jest tu ocena wskazanego przez Przystępującego w jego metodologii jako kluczowego elementu kontraktu podpisania umowy z Zamawiającym. Przy ponownej ocenie oferty Przystępującego, jak wskazywał Zamawiający uprzednio, za element ten punktów nie przyznał.

Izba wskazała wprost w wyroku, że przed upływem terminu składania ofert Zamawiający nacisk położył właśnie na aspekt matematycznego porównywania, w której z ofert przedstawiono większą liczbę „elementów krytycznych kontraktu”, a skoro tak, to Izba zdecydowała się uwzględnić odwołanie wniesione przez Przystępującego. Jednocześnie Izba przypominała, że sposób oceny ofert nie może bazować tylko na bezrefleksyjnym przyznaniu punktów za każdy wskazany przez wykonawcę element kluczowy kontraktu, ale musi obejmować także ocenę, czy dany element jest w istocie kluczowy w rozumieniu przyjętym przez specyfikację istotnych warunków zamówienia. Izba, wbrew sugestiom Odwołującego, nie nakazała Zamawiającemu porównywania merytorycznej zawartości „Metodologii” Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający zwraca na tą okoliczność uwagę w odpowiedzi na skargę wniesioną na ww. wyrok.

Odwołujący pomija, że „małe” punkty nie są przyznawane przez Zamawiającego, a przez członków komisji Zamawiającego działających w sposób „niezależny”. W sytuacji, gdy ich ocena ma charakter niemierzalny (jest, jak sama nazwa wskazuje, ocenna), Odwołujący powinien wykazać, że dany, wskazany przez Przystępującego w jego metodologii element nie ma wartości merytorycznej i nie jest kluczowy w rozumieniu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie spełnia następujących wymogów: a) są konieczne i niezbędne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie), a b) ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy lub

Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu, jakie elementy wskazane przez Przystępującego nie spełniają ww. warunków i z jakich względów członkowie komisji Zamawiającego, działając niezależnie i dokonując oceny podyktowanej ich wiedzą i doświadczeniem, nie mogli danego elementu uznać za kluczowy. Cała argumentacja odwołania sprowadza się do zacytowania stanowisk Zamawiającego prezentowanych na wcześniejszych etapach postępowania, niekiedy wyrwanych z kontekstu i bez refleksji co do tego, z jakich względów i w jakich okolicznościach argumentacja ta była prezentowana. Powyższe prowadzi do wniosku, że w tym zakresie, kluczowym dla rozpoznania odwołania, brak stosownych zarzutów w odwołaniu, co do których Izba mogłaby się wypowiedzieć.

Chociaż Odwołujący nie ma szczegółowej wiedzy co do tego, jakie uzasadnienie podał Przystępujący celem wskazania, iż dany element ma charakter kluczowy. Odwołujący, wobec udostępnienia mu np. pełnej treści odpowiedzi Zamawiającego na poprzednie odwołanie, ma wiedzę, jakiego rodzaju elementy wskazywał w swojej metodologii Odwołujący. Nie jest więc tak, że Odwołujący nie miał obiektywnie możliwości skonstruowania w niniejszej sprawie w sposób poprawny zarzutów odwołania.

Zarzuty Odwołującego zmierzające do unieważnienia postępowania nie zasługują na uwzględnienie. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jasna i niebudząca wątpliwości, a zarzuty, które stawia obecnie Odwołujący, mogły i powinny być podniesione na etapie wcześniejszym, tj. po jej opublikowaniu. Na tej zasadzie, jako spóźnione, powinny zostać odrzucone.

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.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie lub odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Żadna z powyższych przesłanek nie zachodzi w niniejszej sprawie.

Po pierwsze, odwołanie nie jest spóźnione, tzn. nie zachodzi przesłanka określona w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ dotyczy czynności, o której wykonawcy zostali poinformowani 25 września 2018 r., zatem odwołanie wniesione 5 października 2018 r. jest wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanka ta nie dotyczy także zarzutu

wystąpienia w postępowaniu wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy (żądania ewentualnego unieważnienia postępowania), gdyż wada taka – nawet jeśli wynika bezpośrednio z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – może objawić się zamawiającemu lub uczestnikom postępowania w każdym jego momencie. Miałyby tu więc zastosowanie raczej termin wynikający z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. liczony od dnia, w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, niż z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli dnia publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zakresie wady postępowania mogącej skutkować jego unieważnieniem Odwołujący odnosi się do stanu, który został przez niego stwierdzony w wyniku ponownej oceny metodologii i opiera się na tym, że Zamawiający w identycznym stanie faktycznym mógł dokonać dwóch odmiennych merytorycznych ocen obu ofert uznając dane pozycje za kluczowe elementy lub nie, co wskazuje na to, że założenia zawarte przez niego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wcześniej nie budzące wątpliwości, mogą prowadzić do zbyt dowolnej oceny ofert, przez co naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Izba stwierdziła również, że nie zachodzi przesłanka odrzucenia zawarta w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treścią zarzutu jest m.in. wykonanie czynności niezgodnie z wyrokiem Izby z 20 lipca 2018 r. (nie można zatem bez zbadania sprawy stwierdzić, że czynność została wykonana zgodnie z wyrokiem), poza tym wyrok dotyczył czynności, która została „otwarta” na działanie Zamawiającego, tzn. nie nakazano tam dokonania czynności, której prawidłowe wykonanie można stwierdzić zero-jedynkowo, np. przyznania konkretnej liczby punktów w danej pozycji czy w kryterium, lecz nakazano dokonanie czynności oceny ofert „w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie pomiędzy nimi uczciwej konkurencji” oraz „zgodnie z opisem zawartym na str. 32 instrukcji dla wykonawców”, a także „sporządzenie uzasadnienia oceny w sposób umożliwiający identyfikację sposobu oceny”, które to polecenia są poleceniami otwartymi, podlegającymi ocenie, czy ponowiona czynność została dokonana zgodnie z założeniami wyroku.

Przystępując do rozpoznania sprawy Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny między Stronami. Został on prawidłowo opisany powyżej w stanowiskach Stron, zatem nie będzie powtarzany.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez dokonanie oceny oferty Konsorcjum Egis w kryterium „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” z naruszeniem postanowień punktu 20.8.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego oceny ofert w kryterium „Metodologia” podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu”, a także dokonanie tych czynności niezgodnie z wyrokiem Izby z 20 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18.

Zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający może nie ujawniać powyższych informacji, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym (art. 92 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Art. 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierają zbiór głównych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z nimi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1), a samo postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (art. 8 ust. 1).

W wyroku z 20 lipca 2018 r. Izba nakazała Zamawiającemu w ramach powtórzonych czynności m.in. 1) dokonanie oceny obu złożonych ofert w podkryterium Kluczowe elementy Kontraktu w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie pomiędzy nimi uczciwej konkurencji, a jednocześnie zgodnie z opisem zawartym na str. 32 instrukcji dla wykonawców, tj. z uwzględnieniem, że: – punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego; – członek zespołu oceniającego na przyznać 1 pkt za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu; – według wzoru wyliczenia łącznej punktacji suma punktów oferty badanej ma być podzielona przez sumę punktów oferty z najwyższą liczbą punktów, a następnie uzyskany wynik ma być przemnożony przez 10 (pkt 2.2. sentencji) oraz 2) sporządzenie i przekazanie zainteresowanym uzasadnienia dokonanej oceny

w podkryterium kluczowe elementy Kontraktu w sposób umożliwiający identyfikację sposobu oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu, ze szczegółowym uzasadnieniem powodów nieuwzględnienia danego elementu jako kluczowego z uwagi na pokrywanie się z elementami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi dokumentami postępowania (punkt 2.3. sentencji).

Jak wynika z treści powyżej przytoczonego przepisu art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych, wraz z informacją o wyborze oferty zamawiający powinien przestać wykonawcom punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej oceny. Informacji tych może nie ujawniać, tylko jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym, która to sytuacja w niniejszym postępowaniu nie ma miejsca. Podobne polecenie jak dyspozycja art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tylko bardziej dokładne ze względu na odniesienie do konkretnej sytuacji występującej w postępowaniu, zawarto w wyroku Izby z 20 lipca 2018 r., w którym wskazano, że uzasadnienie faktyczne ma być sporządzone w sposób umożliwiający identyfikację sposobu oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu, ze szczegółowym uzasadnieniem powodów nieuwzględnienia danego elementu jako kluczowego z uwagi na pokrywanie się z elementami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi dokumentami postępowania.

Z treści ww. polecenia zawartego w sentencji wyroku wynika jednoznacznie, że po pierwsze, uzasadnienie oceny ofert w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” ma zostać w ogóle sporządzone; po drugie, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, że uzasadnienie faktyczne ma zostać sporządzone nie tylko w stosunku do elementów, którym Zamawiający nie przyznał punktów, ale dla wszystkich elementów wskazanych w „Metodologii”; po trzecie – uzasadnienie to musi umożliwiać identyfikację sposobu oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu elementów, tzn. nie tylko, któremu przyznano lub nie przyznano punktów, ale także z jakiego powodu. Zamawiający, pomimo zastrzeżenia przez wykonawców „Metodologii” jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie został przez ustawodawcę zwolniony z dochowania tego obowiązku. Co więcej, obowiązek ten wynika wprost z podstawowych zasad zamówień publicznych, czyli jawności i przejrzystości postępowania oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W sytuacji faktycznej istniejącej w niniejszym postępowaniu realizacja tego obowiązku ma tym większe znaczenie, że wybór oferty najkorzystniejszej jest zdeterminowany właśnie oceną dokonaną w ramach przedmiotowego podkryterium kluczowych elementów Kontraktu. Należy podkreślić, że nie mniej istotne niż samo zachowanie przez Zamawiającego uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest też poczucie innych podmiotów, iż Zamawiający dokonał oceny właśnie respektując uczciwą konkurencję i traktując

wykonawców w sposób równy i uczciwy. Jak słusznie bowiem zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r., w sprawie C-599/10 *Slovensko* „przy wykonywaniu uprawnień dyskrecjonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.” Zasada ta „nieprowadzenia do wrażenia” nierównego traktowania odnosi się, oczywiście, do wszystkich czynności zamawiającego, a w szczególności musi mieć zastosowanie do oceny ofert, która jest prowadzona nie poprzez porównanie pewnych parametrów mierzalnych matematycznie i obiektywnie sprawdzalnych, lecz w sposób „otwarty” i ocenny.

Kryterium „metodologii” – w różnych wariacjach – stosowane jest przez Zamawiającego od dawna, zatem ustanawiając takie kryterium również w niniejszym postępowaniu powinien on doskonale zdawać sobie sprawę, że jakiegokolwiek oceny w tym kryterium nie dokona, będzie ona przedmiotem szczególnego zainteresowania wykonawców i powodem konfliktu między nimi, a jednocześnie wykonawcy zastrzegą swoje opracowania jako tajemnicę przedsiębiorstwa – skoro Zamawiający na takie działania pozwala – co nie zwolni go z obowiązku dokonania oceny, a następnie uzasadnienia tej oceny w taki sposób, by wykonawcy mogli się do dokonanych ocen odnieść i je między sobą porównać (zwłaszcza w momencie, gdy Zamawiający zastosował ocenę poprzez proporcjonalne porównanie punktów między ofertami). Nie ma bowiem instytucji tajnej oceny ofert (poza ewentualnie zamówieniami obronnymi). Obecnie zatem Zamawiający musi wypełnić nałożony na niego obowiązek.

Przy czym należy zwrócić uwagę, że nawet jeśli Zamawiający zakwalifikował samą „Metodologię” jako tajemnicę przedsiębiorstwa (Izba nie wykracza tu poza zarzuty i nie rozpatruje kwestii owego zastrzeżenia), nie oznacza to, że każdy element i ocena tego elementu przez komisję oceniającą również stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku oceny tego typu każdorazowo, tj. w stosunku do każdego ocenianego elementu, powinno zostać indywidualnie zbadane, czy zawiera on cechy wymagane przez przepisy w stosunku do tajemnicy przedsiębiorstwa.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z definicją zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne

dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Definicja taka została zawarta także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem – zgodnie z nią „tajemnica przedsiębiorstwa” oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Chodzi tu w szczególności o charakter informacji oraz to, jaką wartość gospodarczą ona posiada oraz czy ten rodzaj informacji/ta wiedza nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji/posiadającym tę wiedzę (Zamawiający sam wskazywał wcześniej, że obie metodologie są pomiędzy sobą porównywalne merytorycznie), a także, czy mają wartość handlową właśnie dlatego, że są objęte tajemnicą. W ocenie Izby trudno np. znaleźć wartość gospodarczą informacji – elementów, co do których Zamawiający uznał, że nie są w ogóle objęte opisem przedmiotu zamówienia lub że wynikają wprost ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Należy również podkreślić, że „zainteresowanymi” otrzymaniem uzasadnienia ocen nie są wyłącznie wykonawcy w ramach swojej własnej oceny, ale także oceny wykonawcy konkurującego – zwłaszcza tego, który uzyskał wyższą kwalifikację w rankingu. Zasadą postępowania jest także to, że wykonawcy mają otrzymać informacje o tożsamej treści (wynika to i z jawności, i z przejrzystości, i z równego traktowania), a wszelkie odstępstwa muszą ograniczać się do niezbędnego minimum i być należycie uzasadnione.

W celu eliminacji wątpliwości co do zakresu użytych pojęć, Izba dokonała modyfikacji użytych określeń w stosunku do sentencji wyroku z 20 lipca 2018 r., choć zakresowo polecenie pozostaje to samo. Należy też zaznaczyć, że Izba w swoich wyrokach odnosi się do zarzutów, tym samym, jeśli poprzednie odwołanie wniosło Konsorcjum Egis kwestionując nieprzyznanie punktów za dane elementy, to Izba skupiała się na tym zakresie rozstrzygnięcia – stąd mowa o „szczególnym uzasadnieniu powodów nieuwzględnienia”. jednak miał to być jeden z elementów, a nie jedyny element uzasadnienia (którego zresztą Odwołującemu nie przekazano). Izba w wyroku również wielokrotnie podkreślała konieczność równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Izba uznała, że postawiony zarzut potwierdził się, a Zamawiający zarówno naruszył przywołane przez Odwołującego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i nie wykonał prawidłowo wyroku Izby z 20 lipca 2018 r. – przy czym należy tu podkreślić, że polecenie zawarte w sentencji tego wyroku zostało wyrażone w sposób bardzo czytelny.

W punkcie 20.8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający opisał „ocenę oferty i punktację w ramach kryterium metodologia”. Wskazał w nim, że na ocenę metodologii realizacji zamówienia składa się ocena znajomości Kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomość przedmiotu zamówienia, podejście wykonawcy do wykonywania usługi oraz organizacja wykonawcy. Na kryterium składają się 2 podkryteria: kluczowe elementy Kontraktu – maksymalnie 10 punktów i organizacja wykonawcy – maksymalnie 15 punktów. Oceny poszczególnych kryteriów będą dokonywać wyznaczeni członkowie komisji przetargowej z udziałem wytypowanych przez Zamawiającego przedstawicieli Inżyniera Nadzoru. Liczba członków dokonujących oceny poszczególnych podkryteriów będzie stała i niezmienna.

W podkryterium kluczowe elementy Kontraktu można było uzyskać maksymalnie po 10 punktów dla każdego z Kontraktów niezależnie w podkryterium. Dla każdego z Kontraktów oddzielnie oceniane miało być opracowanie pisemne – opis kluczowych elementów Kontraktu. Za kluczowe elementy Kontraktu Zamawiający miał uznawać elementy, które: a) są konieczne i niezbędne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie) oraz b) ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla wykonawcy lub Zamawiającego. Wykonawca miał wskazać elementy, które uważa za kluczowe dla realizacji Kontraktu oraz uzasadnić swój wybór, biorąc pod uwagę wyżej wymienione cechy kluczowych elementów Kontraktu.

Każdy z członków komisji oceniającej miał przyznać od 0 do n punktów, które miały zostać zsumowane, a następnie podstawione do wzoru: suma punktów oferty badanej / suma punktów oferty z najwyższą liczbą punktów w podkryterium.

W zakresie dokonanej oceny ofert w podkryterium „kluczowe elementy Kontraktu” Izba również – w ogólności – podziela stanowisko Odwołującego, z tym zastrzeżeniem, że wobec braku uzasadnienia dokonanej przez komisję oceniającą oceny nie jest obecnie w stanie jednoznacznie zweryfikować poprawności tej oceny, również przy wykorzystaniu wiedzy biegłego. W stanie faktycznym niniejszej sprawy istotne jest, że kwestionowana ocena polegała na indywidualnej ocenie członków komisji oceniającej – nawet nie bezpośrednio członków komisji przetargowej – jak można przypuszczać, z założenia „ekspertów” w danej

dziejnie. Zatem, owszem, zarówno Izba, jak i biegły, mogliby dokonać własnej oceny metodologii w tym podkryterium, jednak Izba nie uznała tu za celowe i prawidłowe zastąpienia przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego (ekspertów z komisji oceniającej) dokonaniem swojej własnej oceny. Wobec zaś równoległego zarzutu braku uzasadnienia, Izba nie żądała uzupełnienia owego uzasadnienia w trybie procesowym.

Jednocześnie Izba odnotowała kilka kwestii, które powinny zostać przez Zamawiającego wzięte pod uwagę w trakcie powtarzania czynności oceny ofert.

Przede wszystkim komisja oceniająca, w tym samym stanie faktycznym, dokonała dwóch odmiennych ocen (nie chodzi tu o korektę w postaci podstawienia do wzoru według zasady opisanej w punkcie 20.8.3 IDW oraz korektę błędnego przekonania, że każdy z członków komisji może przyznać maksymalnie 10 „małych” punktów). Doszło tu bowiem prawdopodobnie (prawdopodobnie – wobec braku możliwości porównania szczegółowego uzasadnienia obu ocen, a uzasadnienie to wynika głównie z wcześniejszego stanowiska procesowego Zamawiającego) do poważnej zmiany kwalifikacji danych elementów jako kluczowych, a tym samym można podważać ich weryfikację. Należy zwrócić uwagę, że Izba w wyroku z 20 lipca 2018 r. ani nie nakazała Zamawiającemu takiego działania, ani nie kwestionowała jego prawa do oceny, czy dany element jest elementem kluczowym, jak również nie popierała przyznawania punktów formalnie „za sztukę” zamiast w zależności od wartości merytorycznej, jak również sprowadzenia obu metodologii „do wspólnego mianownika” w celu ich rzetelnego porównania – wręcz przeciwnie, z uzasadnienia wyroku można wnioskować, że przyznała, że jest to celowe i służy uczciwej konkurencji między wykonawcami, a wskazywane wady dotyczyły głównie braków w uzasadnieniu stanowiska i błędów w zastosowaniu wzoru punktacji. W samej zaś sentencji wskazano: „punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego”. Nie każdy bowiem ze wskazanych elementów musiał być elementem kluczowym.

Tymczasem przy kolejnej ocenie członkowie komisji oceniającej jakby zmienili zasady oceniania i prawie w ogóle (poza kilkoma elementami, które zostały wskazane w kartach oceny) nie odnosili się do powyższych kwestii. Konieczne jest natomiast wskazanie, dlaczego tym razem uznali, że każdą z pozycji tabeli należy uznać za element kluczowy (poza faktem, że jedynie pozycje ocenione negatywnie należało uzasadnić).

Nie było też celem Izby, aby każdy z członków komisji oceniającej czuł się zobowiązany przyznać dokładnie taką samą liczbę punktów. Chodziło jedynie o minimalizację rozbieżności w ocenie istotnych kwestii, aby nie wydawała się ona zbyt dowolna. Każdy z członków komisji oceniającej miał dokonać indywidualnej oceny zgodnej ze swoim przekonaniem i wiedzą, jednak konieczne może okazać się ustalenie wspólnych, kluczowych zasad takiej

oceny, np. na zasadach podobnych do narady sądu, gdzie przewidziano dyskusję przed rozpoczęciem głosowania (por. np. art. 324 Kodeksu postępowania cywilnego). Skoro taką metodę wprowadzono w postępowaniu sądowym jako wzorcową, to z założenia nie powinna być ona uważana za naruszającą obiektywność i indywidualność werdyktu członków komisji.

Poza tym, zgodnie z definicją pojęcia zawartą w internetowym słowniku języka polskiego PWN „kluczowy” to „podstawowy i najważniejszy”; a jego synonimy to: główny, najważniejszy, zasadniczy, podstawowy, koronny, pierwszoplanowy, fundamentalny, naczelny, nadrzędny, priorytetowy, kapitalny, decydujący, arcyważny.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał również, że za kluczowe elementy Kontraktu uzna elementy, które: a) są konieczne i niezbędne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie) oraz b) ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla wykonawcy lub Zamawiającego. Wykonawca miał wskazać elementy, które uważa za kluczowe dla realizacji Kontraktu oraz uzasadnić swój wybór, biorąc pod uwagę wyżej wymienione cechy kluczowych elementów Kontraktu.

Jednak powyższa definicja również podlega wykładni w trybie art. 65 Kodeksu cywilnego, tym bardziej, że – jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z 20 lipca 2018 r. – składa się ona w dużej mierze z generalnych pojęć, które same w sobie wymagają interpretacji. Oświadczenie woli należy bowiem tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Zamawiający nie ograniczył liczby elementów, które może wymienić wykonawca, nie oznacza to jednak, że ze swojej istoty są one nieograniczone.

Przede wszystkim bowiem muszą to być – jak nazwa wskazuje – elementy „kluczowe”, czyli główne, najważniejsze, podstawowe, a nie wszelkie (Zamawiający ani wykonawcy nie zgłaszali wątpliwości co do takiego znaczenia określenia/wymogu „kluczowe”).

W ocenie Izby nadmierne rozdrobnienie elementów, np. na poszczególne branże, jak w podanym podczas rozprawy przykładzie, nie służy utrzymaniu przymiotu ich kluczowości – w tym zakresie konieczna może być agregacja poszczególnych punktów. Zamawiający wskazał bowiem, że punkt (ocena) zostanie przyznany za „każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu”, a nie za każdy oddzielony punkt (numer) wiersu tabeli. Nie może być też tak, że za taką samą lub porównywalną merytoryczną wartość obu metodologii (według stwierdzenia Zamawiającego, a nie oceny Izby) wykonawcy dostaną diametralnie różną liczbę punktów. Zauważyła to też Izba w wyroku z 20 lipca 2018 r.: „punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione

przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego”.

Po drugie, aby element został uznany za kluczowy, musiał posiadać jednocześnie wszystkie cechy wymienione w lit. a) i b) definicji Zamawiającego, czyli: 1) konieczność i niezbędność, 2) brak możliwości technicznych uniknięcia, 3) brak możliwości prawnych uniknięcia, 4) realne niebezpieczeństwo skutków finansowych, 5) realne niebezpieczeństwo skutków terminowych, a także zostać należycie uzasadniony.

Po trzecie, istotny jest także cel kryterium, tj. ocena znajomości Kontraktów i przedmiotu zamówienia oraz przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania.

Celem Zamawiającego w tym kryterium natomiast z pewnością nie było to, by wykonawcy przepisywali do metodologii każdy element opisu przedmiotu zamówienia, który potencjalnie może nie zostać zrealizowany. Oczywiście jest bowiem, że wykonawca, dla zrealizowania kontraktu w całości, musi wykonać cały opis przedmiotu zamówienia i niepotrzebne jest do tego dodatkowe kryterium oceny ofert. Można by się nawet zastanawiać, czy wspólne wykazywanie wielu elementów mniej i bardziej ważnych potwierdza spełnienie celu kryterium, czyli znajomość kontraktu i umiejętność wskazania kluczowych ryzyk dla realizacji, podobnie jak wykazywanie elementów, które w ogóle w kontrakcie nie występują (ale tu akurat Zamawiający nie przewidział punktów ujemnych). Poza tym należy zauważyć, że nawet jeśli umowy z prawnego punktu widzenia nie można zakończyć bez realizacji całego opisu przedmiotu zamówienia, to niekoniecznie każdy element opisu przedmiotu zamówienia jest konieczny z punktu widzenia technicznego, tzn. w rozumieniu sztuki budowlanej (techniczna możliwość uniknięcia).

Z zakresie wniosku ewentualnego o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba dostrzegła te same niebezpieczeństwa, które wskazał Odwołujący – w szczególności, że dwie dotychczas dokonane oceny (pomijając różnicę wynikającą z błędu w przeliczaniu punktów) są diametralnie różne i, przynajmniej dotychczas, zależały wyłącznie od uznania członków komisji oceniającej i nie zostały należycie uzasadnione, a ocena w tym podkryterium przesądza, który z wykonawców uzyska zamówienie. Jednak jednocześnie Izba stwierdziła, że wciąż istnieje możliwość, iż Zamawiający będzie w stanie dokonać oceny ofert w przedmiotowym podkryterium zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwe jednak, że w związku z wystąpieniem poważnych problemów przy kolejnym powtórzeniu czynności oceny ofert, rozważenie tej opcji będzie konieczne wobec wadliwie skonstruowanych kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....