

Sygn. akt: KIO 2468/14

Sygn. akt: KIO 2475/14

WYROK
z dnia 9 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 8 grudnia 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2014r. przez **odwołujących:**

WYG Consulting Sp. z o.o. ul. Sienna 64; 00-825 Warszawa w sprawie oznaczonej
Sygn. akt KIO 2468/14

oraz

Konsorcjum:

SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Ille 92000 Nanterre, Francja (Lider Konsorcjum)

„CONSEKO-SAFEGE” S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków (Pełnomocnik Konsorcjum)

w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 2475/14**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:

1. SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Ille 92000 Nanterre, Francja (Lider Konsorcjum)
2. „CONSEKO-SAFEGE” S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków (Członek Konsorcjum), w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 2468/14**

orzeka:

1. oddala odwołania
2. kosztami postępowania obciąża WYG Consulting Sp. z o.o. ul. Sienna 64; 00-825 Warszawa i Konsorcjum: SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Ille 92000 Nanterre, Francja (Lider Konsorcjum); „CONSEKO-SAFEGE” S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków (Pełnomocnik Konsorcjum) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 **zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez WYG Consulting Sp. z o.o. ul. Sienna 64; 00-825 Warszawa i Konsorcjum: SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Ille 92000 Nanterre, Francja (Lider Konsorcjum); „CONSEKO-SAFEGE” S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków (Pełnomocnik Konsorcjum) tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od WYG Consulting Sp. z o.o. ul. Sienna 64; 00-825 Warszawa na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa kwotę 3.600 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.3. zasądza od Konsorcjum: SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Ille 92000 Nanterre, Francja (Lider Konsorcjum); „CONSEKO-SAFEGE” S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków (Pełnomocnik Konsorcjum) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa kwotę 3.600 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.11.2014r. połączono odwołania oznaczone Sygn. akt KIO 2468/14 i KIO 2475/14 do łącznego do łącznego rozpoznania

Sygn. akt KIO 2468/14

Spółka WYG Consulting Sp. z o.o. działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. Nr 907, poz. 759 ze zm. - dalej „ustawa Pzp”) wniosła odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: WYKONANIE REZULTATÓW STUDIUM WYKONALNOŚCI, WRAZ Z USZCZEGÓLOWIENIEM TECHNICZNYM WARIANTÓW INWESTYCYJNYCH DLA PROJEKTU PN.: PRACE NA LINII KOLEJOWEJ C-E 20 NA ODCINKU ŁOWICZ GŁÓWNY - SKIERNIEWICE - PILAWA - ŁUKÓW”.

Przedmiotem zaskarżenia jest czynność Zamawiającego polegającą na ocenie oferty Odwołującego w sposób niezgodny z przyjętymi kryteriami oceny ofert i w konsekwencji przyznaniu Odwołującemu mniejszej liczby punktów niż powinien uzyskać w ramach pod kryterium 2 „Elementy zarządzania jakością”.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Składając odwołanie wskazał na interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody.

Wprawdzie oferta Odwołującego została wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza nie mniej jednak Odwołujący powinien uzyskać większą liczbę punktów niż została mu przyznana przez Zamawiającego. Tymczasem kolejni wykonawcy mogą odwołać się od dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert wskazując, że liczba przyznanych im punktów powinna być wyższa. Oznacza to, że w wyniku ponownej oceny ofert oferta Odwołującego może nie zostać wybrana jako najkorzystniejsza bowiem przyznana liczba punktów może okazać się niewystarczająca.

W wyniku niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu ofercie Odwołującego zbyt małej liczby punktów Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

Jednocześnie mając na względzie obowiązującą w ustawie Pzp zasadę dotyczącą koncentracji środków ochrony prawnej, Odwołujący musi złożyć odwołanie we wskazanym zakresie obecnie bowiem w przypadku ewentualnego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej podnoszone argumenty zostaną uznane za zgłoszone po terminie.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym m.in. KIO w postanowieniu z dnia 11 czerwca 2012 roku (sygn. Akt: KIO 1114/12). W postanowieniu czytamy: Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Taki stan rzeczy potwierdziła ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi „interes w uzyskaniu zamówienia” interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy."

Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art. 182, art. 185, art. 186 ust 4, art. 189 ust. 1 i 2 ustawy, (porównaj: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 22 maja 2012 roku sygn. akt 970/12; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 9 lutego 2011 roku sygn. akt 157/11;

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt 792/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt 1237/11)".

Termin do wniesienia odwołania

Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Informacja, o której mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp została przekazana Odwołującemu 13.11.2014 r. Ponieważ wartość przedmiotowego postępowania przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a informacja o czynności Zamawiającego została przekazana Odwołującemu drogą elektroniczną, to termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Na podstawie weryfikacji kart indywidualnej oceny ofert i punktacji w ramach podkryterium 2 „Elementy zarządzania jakością” sporządzonych przez członków komisji, stwierdzamy że dokonana ocena jest nieprawidłowa bowiem ocena została dokonana w oderwaniu od sposobu oceny wynikającego z kryterium oraz faktycznej treści opracowania załączonego do oferty pt. „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością Wykonawca w ramach wykonania opracowania w zakresie PODKRYTERIUM 2, zobowiązany był przedstawić:

- ❖ Własne propozycje w zakresie działań jakie przewiduje podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości realizacji zamówienia. Przedstawione propozycje powinny być propozycjami nowymi, dodatkowymi w stosunku do działań i wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w punkcie 8 OPZ. Wykonawca powinien przedstawić działania odnoszące się np. do: zapewnienia kontroli jakości wykonania dokumentacji i minimalizacji powstawania wad i usterek, efektywnego zarządzania komunikacją i współpracy wszystkich interesariuszy projektu, efektywnej organizacji pracy, zapewnienia kontroli kosztów i terminowych płatności dla podwykonawców, zapewnienia dotrzymywania kamieni milowych umowy, itp. Wskazując działania Wykonawca uzasadni, dlaczego uważa, że proponowane przez niego działania przyniosą zamierzony skutek.
- ❖ Własne propozycje wykonawcy w zakresie działań jakie przewiduje podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości w realizacji zamówienia muszą być merytorycznie poprawne tzn. powiązane merytorycznie z wymaganiami jakie są postawione w SIWZ dla realizacji umowy i zwiększać prawdopodobieństwo należytego i terminowego wykonania Umowy.

Zgodnie z zapisami SIWZ ocena miała zostać przeprowadzona indywidualnie przez wyznaczonych członków Komisji Przetargowej, wg następujących zasad:

Propozycje Wykonawcy w zakresie działań jakie przewiduje podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości w realizacji zamówienia. Wykonawca:

- w przypadku braku wskazania przez Wykonawcę dodatkowych, merytorycznie poprawnych działań, mających na celu zapewnienie najwyższej jakości w realizacji zamówienia -uzyska: 0,00 pkt
- za każde dodatkowe działanie, merytorycznie poprawne i uzasadnione przez Wykonawcę, mające na celu zapewnienie najwyższej jakości w realizacji zamówienia - uzyska: 8,00 punktów.

Uwaga: można wskazać maksymalnie 10 działań, czyli uzyskać maksymalnie 80 punktów. Ponadto każde działanie musi mieć uzasadnienie, ponieważ przy jego braku nie będzie przydzielany żaden punkt dla danego działania.

W związku z tym, że oferta merytoryczna podlegająca ocenie w ramach kryteriów oceny ofert została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa część uzasadnienia, która dotyczy zastrzeżonej części oferty została ujęta w załączniku nr 1 do odwołania stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o utajnienie tej części odwołania i przeprowadzenie rozprawy w tym zakresie z wyłączeniem jawności.

W załączniku nr 1 do odwołania objętym w pełnym zakresie utajnieniem odwołujący przedstawił swoje stanowisko co do punktacji poszczególnych działań. Odwołujący wskazał dziesięć działań, które podlegały ocenie przez Komisję Przetargową w zakresie kryterium „zarządzanie jakością”. Uwzględniając tajemnicę przedsiębiorstwa w tym zakresie Izba wskazuje jak poniżej z następującym zastrzeżeniem. W związku z powyższym argumentacja zamieszczona w zał. nr 1 do odwołania zostaje przedstawiona w wersji gwarantującej zastrzeżenie tajemnicy co do charakterystyki działań wynikających z oferty jak i zastrzeżenie tajemnicy szczegółowego uzasadnienia zarzutów co do nieprawidłowej punktacji działań odwołującego.

Odwołujący w ujęciu tabelarycznym przedstawił dziesięć działań, przedstawiając jak poszczególni członkowie komisji dokonywali ocen poszczególnych działań. Z tabeli wynika, że poszczególni członkowie komisji przetargowej te same działania oceniali różnie przyznając albo „0” punktu albo „8 punktów”. I tak za działanie nr 1;2;3;5;6;9 czterej członkowie komisji pozytywnie ocenili działanie. Pozostałe działania to jest nr 4;7;8;10 członkowie komisji przetargowej ocenili różnie to jest częściowo pozytywnie i częściowo negatywnie to jest przyznając albo „0” albo „8” punktów.

Brak przyznania punktów za poszczególne działania uzasadnili następującymi uwagami: poszczególne działanie zawarte jest w innym działaniu. Odwołujący wskazuje, że tylko jeden z członków Komisji nie przyznał punktu w tak uzasadnionej sytuacji. Natomiast pozostali trzej członkowie Komisji przyznali punkty za to działanie. Chodzi o działanie nr 4. W takiej sytuacji

odwołujący uważa, że wątpliwości powinny być rozstrzygnięte na jego korzyść i wnosi o przyznanie maksymalnej ilości punktów.

W zakresie działania nr 7 jeden z oceniających nie uznał za działanie zapewniające zachowanie najwyższej jakości propozycji odwołującego. Oceniający uznał, że zaproponowane działanie nie ma wpływu na jakość. Z taką oceną odwołujący nie zgadza się twierdząc, że zaproponowane w tym punkcie rozwiązanie w zakresie komunikacji wpływa na jakość w stosunku do tradycyjnej komunikacji. W związku z tym również w tym zakresie żąda przyznania najwyższej ilości punktów. Drugi z oceniających nie uznał również tego działania za zapewniające najwyższą jakość. Ponadto uznał, że nie jest to działanie nowe oraz nie jest dodatkowe w stosunku do działań i wymagań postawionych w SIWZ oraz, że działanie zostało przewidziane w punkcie 5.1. OPZ. Ponadto dwóch z oceniających członków Komisji oceniło tę formę porozumiewania jako nową w stosunku do SIWZ. Wobec takich rozbieżności w ocenie przez poszczególnych członków Komisji należy je ocenić na korzyść odwołującego przyznając najwyższą ilość punktów za to działanie.

W zakresie działania oznaczonego nr 8 jeden z oceniających nie przyznał punktu uważając jak powyżej, że zaproponowane rozwiązanie nie ma wpływu na jakość świadczenia. Drugi oceniający uznał, że nie jest to działanie nowe, ponieważ zostało przewidziane w pkt 5.1. SIWZ i nie przyznał jak pierwszy oceniający żadnego punktu to jest przyznał „0” punktów. Punkt 5.1. zobowiązuje wykonawcę do zapewnienia wzajemnej współpracy i sprawnego przepływu informacji pomiędzy zespołami realizującymi poszczególne części zamówienia. Zamawiający nie precyzuje w jaki sposób ma być spełniony ten warunek. W ocenie odwołującego wskazany w tym punkcie sposób porozumiewania się nie został wskazany w SIWZ. Dlatego należy go uznać za nowy i przyznać maksymalną ilość punktów to jest „8”. W ocenie odwołującego forma porozumiewania się nie wymieniona w SIWZ powinna być uznana za nową formę działania ze skutecznym żądaniem przyznania punktów osiem. Tym bardziej, że dwóch pozostałych członków Komisji przetargowej tę formę porozumiewania się uznało za nową i przyznało po osiem punktów.

W zakresie działania oznaczonego numerem 10 jeden z oceniających nie uznał takiego działania, za wpływające na jakość i nie przyznał żadnego punktu. Oceniający uznał takie działanie za standardowe. Drugi oceniający uznał, że działanie nie jest nowe, zostało opisane już w punkcie 5.1. OPZ. Zgodnie z punktem 5.1. wykonawca powinien dokumentować w formie notatek, decyzji, pism i przekazać zamawiającemu wszelkie uzgodnienia dotyczące przyszłej realizacji projektu. Według odwołującego jest to jednak działanie nowe bo obejmujące inne podmioty. Za pozytywną oceną przemawiają takie

okoliczności jak to, że dwóch członków komisji przetargowej pozytywnie oceniło to działanie przyznając po osiem punktów.

Pismem z dnia 8 grudnia 2014r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości wnosząc o zasądzenie kosztów postępowania w tym wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego według faktury przedstawionej na rozprawie. Wskazał, że na podstawie prowadzonego postępowania wyjaśniającego uznał informację przygotowane w ofercie odwołującego WYG na temat zarządzania jakością za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Również odwołujący WYG składając odwołanie utajnił część odwołania odnoszącą się do zarządzania jakością. W związku z tym zamawiający odniesienie się do zarzutów również utajnił składając w odrębnym załączniku, ponieważ nie może ona podlegać udostępnieniu dla przystępującego w sprawie.

Z uwagi na utajnienie tej części odpowiedzi Izba przedstawia argumentację w niej zawartą jak poniżej z uwzględnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawcy w zakresie kryterium 2 to jest „Elementy zarządzania jakością” mieli możliwość przedstawienia własnych propozycji w zakresie działań jakie zamierzają podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości w realizacji zadań. Przedstawione propozycje miały być działaniami nowymi, dodatkowymi w stosunku do działań przedstawionych w SIWZ w szczególności w pkt 8. OPZ. Te działania powinny odnosić się między innymi do: zapewnienia kontroli jakości wykonania dokumentacji i minimalizacji postawiania usterek i wad w dokumentacji; efektywnego zarządzania komunikacją i współpracy wszystkich interesariuszy projektu; efektywnej organizacji pracy; zapewnienia kontroli kosztów i terminowych wypłat dla podwykonawców, zapewnienia dotrzymywania kamieni milowych umowy itp. Wskazując działania wykonawca miał uzasadnić dlaczego uważa, że proponowane przez niego działania przyniosą zamierzony skutek (pkt 19.9.2.2.1. SIWZ). Jednocześnie w pkt 19.9.2.2.2. SIWZ przewidziano ocenę indywidualną poszczególnych członków Komisji Przetargowej. Za każde dodatkowe działanie, merytorycznie poprawne uzasadnione przez Wykonawcę, mające na celu zapewnienie najwyższej jakości w realizacji zamówienia można było uzyskać maksymalnie 8 punktów. Z uwagi na fakt, że było czterech członków Komisji to każdy indywidualnie przyznawał punkty w ramach możliwości to jest „0” lub „8”. Zamawiający przewidując, że w ramach przyznanych danemu kryterium punktów może być różna ocena przez poszczególnych członków Komisji zawarł postanowienie o średniej arytmetycznej stanowiącej wynik poszczególnych ocen członków Komisji. Tak więc zamawiający dopuścił możliwość różnej oceny w skali „0” i „8” przez poszczególnych członków Komisji tej samej oferty w ramach kryterium „Elementy zarządzania jakością”. Powołując się na dyspozycję art.91 ust.2 ustawy Pzp. zamawiający stwierdza, że oprócz kryteriów oceny ofert wymiernych takich jak cena, termin zapłaty czy okres gwarancji

dopuszczone są również inne kryteria takie jak funkcjonalność, jakość, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Zamawiający przywołuje regulacje art.92 ust.2 ustawy Pzp. stwierdza, że oprócz kryteriów oceny ofert wymiernych są kryteria niewymierne takie jak właściwości funkcjonalne. Zamawiający ze względu na specyfikę zamówienia zdecydował się na wprowadzenie takiego kryterium oceny ofert jak „elementy zarządzania jakością” a nikt z wykonawców nie zakwestionował tego kryterium oceny ofert.

Przy czym zamawiający zaznaczył, że ocenie pozytywnej będą podlegały działania noszące znamiona innowacyjności (działania nowe, dodatkowe nie przewidziane w SIWZ oraz uzasadnione). Ponadto zamawiający wskazał w jakich elementach przedmiotu zamówienia oczekuje innowacyjnych rozwiązań. Brak któregośkolwiek elementu w ocenianym działaniu powinna prowadzić do nie przyznania punktów.

Oceny dokonywało czterech niezależnych członków Komisji i dopiero suma przyznanych przez nich indywidualnie punktów z uwzględnieniem liczby członków Komisji decydowała o liczbie punktów przyznanych danej ofercie w kryterium „elementy zarządzania jakością”. Odnosząc się do ocen kwestionowanych w odwołaniu to jest nie przyznania punktów („0” punktów) zamawiający przedstawił następującą argumentację. Odnosząc się do nie przyznania punktów za zadanie nr 4 zamawiający uzasadnia to tym, że elementy działania opisane w punkcie nr 4 zawarte są w punkcie 2. Zamawiający uważa, że przyznanie punktu za działanie nr 4 powodowałoby sztuczne zawyżanie wyniku odwołującego. W związku z powyższym w ocenie zamawiającego członek Komisji nie przyznający punktu za innowacyjność działania zawartego w punkcie 4 prawidłowo dokonał oceny oferty w tym zakresie, ponieważ byłoby to dublowanie punktacji w stosunku do działania przedstawionego w punkcie drugim. Na poparcie tego stanowiska zamawiający przywołał postanowienia zawarte w punkcie 6.2. OPZ „(...) Wykonawca uszczegółowi poszczególne Etapy opracowania dokumentacji o planowane zadania oraz w harmonogramie koszty poszczególnych etapów i wyodrębnionych w nich zadań. Tak przygotowany powyższy harmonogram będzie stanowił Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo –Finansowy Umowy (SHRFU)” – jednoznacznie określa obowiązek przygotowania harmonogramu płatności. Tak więc członek komisji w ocenie zamawiającego słusznie nie przyznał punktu za działanie opisane w punkcie 4, ponieważ polega ono na wyodrębnieniu działania opisanego już w działaniu nr 4. Ponadto obowiązek tego działania wynika już z regulacji punktu 6.2. OPZ co tym bardziej wyklucza innowacyjność działania opisanego w punkcie czwartym. Zamawiający również nie zgadza się z argumentacją odwołania, że wszelkie rozbieżności w ocenie pomiędzy poszczególnymi członkami Komisji Przetargowej powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy, w związku postanowieniem SIWZ „o ocenie

indywidualnej” członków Komisji przetargowej. Zamawiający również podnosi, że skoro czterech członków Komisji miało oceniać poszczególne kryteria a ich oceny miały stanowić podstawę do wyliczenia z niej „średniej arytmetycznej” na podstawie dokonanej oceny „PODKRYTERIUM 2” należy wnioskować, że oceny mogły być rozbieżne.

W zakresie działania nr 7 i 8 członkowie Komisji nr 1 i nr 3 dokonali negatywnej oceny nie przyznając żadnych punktów.

Członek Komisji nr 1 nie przyznając punktu argumentował, że z pkt 5.1. OPZ wynika „Wykonawca zapewni wzajemną współpracę i sprawny przepływ informacji pomiędzy zespołami realizującymi poszczególne części Przedmiotu Zamówienia...”. Z kolei z punktu 8.1. OPZ wynika”.... Wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu dostęp do wszystkich bieżących informacji i dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, które mogą pomóc w ocenie postępu prac, opisać istniejące i spodziewane ryzyko realizacji zamówienia i podjąć działania konieczne do jego eliminacji...”. Z punktu 8.2.3.OPZ „Eksperci po podpisaniu umowy zostaną w pełnej dyspozycji Zamawiającego w okresie prowadzenia sobie właściwych analiz i w czasie Rad Projektowych”.

Podobne uzasadnienie przedstawił członek nr 3 stwierdzając, że zaproponowane działanie nie jest działaniem nowym gdyż przewidziane jest w punkcie 5.1. OPZ.

W ocenie zamawiającego nie ma również potrzeby tworzenia dodatkowych narzędzi w sytuacji gdy zgodnie z SIWZ cały zespół wykonawcy powinien być dostępny dla zamawiającego od dnia rozpoczęcia wykonania zamówienia.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że działania opisane w punktach 7 i 8 to tylko pewne rozbieżności z uwagi na użyty różny środek techniczny porozumiewania się. Rozbijanie to powodować może tylko sztuczne zawyżanie oceny co nie zasługuje na ochronę.

W zakresie działania nr 10 obydwój członkowie Komisji nr 1 i nr 3 nie przyznali punktów uznając, że nie jest to działanie nowe, ponieważ jest opisane w punkcie 5.1. OPZ „(...) Wykonawca powinien dokumentować (w formie notatek, decyzji, pism itp.) i przekazać Zamawiającemu wszelkie uzgodnienia dotyczące przyszłej realizacji projektu(...)”. Opisane działanie numer 10 uznali za standardowe a nie innowacyjne. Ponadto dla zamawiającego jest oczywistym, że opisane działanie w punkcie numer 10 dotyczy wszystkich działających w tym również działających nie tylko wobec zamawiającego.

Podsumowując swoje stanowisko Zamawiający stwierdza, że spełnienie oczekiwań odwołującego stanowiłyby naruszenie niezależności poszczególnych członków Komisji, którzy zgodnie ze swoją wiedzą zawodową i doświadczeniem życiowym jak również zgodnie z SIWZ pozbawieni byłiby prawa oceny działań i przyznawania indywidualnie punktacji.

W dniu 28 listopada 2014r. pismem z dnia 28 listopada 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum SAFEGE wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego podniósł jak poniżej. (...) W tej sytuacji, popieranie stanowiska Zamawiającego odnośnie ilości punktów przyznanych odwołującemu jest środkiem służącym temu, by przystępujący uzyskał wskazane powyżej zamówienie.”

Sygn. akt KIO 2475/14

Pismem z dnia 24.11.2014r. zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: 1. SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de Tille 92000 Nanterre, Francja (Lider Konsorcjum), 2. „CONSEKO-SAFEGE” S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków (Członek Konsorcjum – Pełnomocnik) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa zwany dalej „odwołującym konsorcjum: SAFEGE”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centralne Biuro Zamówień 03-734 Warszawa ul. Targowa zwany dalej „zamawiającym PKP PLK S.A.”

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie Rezultatów Studium Wykonalności wraz z uszczegółowieniem technicznych wariantów inwestycyjnych dla Projektu pn. „Prace na linii kolejowej CE 20 na odcinku Łowicz Główny - Skierniewice - Piława - Łuków”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz. Urz. UE w dniu 08.07.2014r., pod numerem 229 695-2014-PL. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. poz. 907, ze zm.), dalej jako: „Pzp”, wniesione zostało odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: wyborze we wskazanym postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę WYG Consulting Sp. z o.o.; zaniechania dokonania przez zamawiającego oceny oferty złożonej przez odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert, co skutkowało przyznaniem Odwołującemu „0” punktów za działania nr 1,2,7 i 8 oraz jedynie 2 punktów za działanie nr 6 i 6 punktów w działaniu nr 10, opisane w Opracowaniu pn. „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością”, oceniane w ramach podkryterium 2 „Elementy zarządzania jakością 1”, składające się na kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty określone w SIWZ.

Zarówno oferta w części odnoszącej się do opracowanie na temat Zarządzania jakością jak i wyjaśnienia odnoszące się do Zarządzania jakością zostało przez odwołującego utajnione.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia w zakresie utajnienia zarówno oferty jak i sam utajnił odpowiedź na odwołanie w tym zakresie. Celem kryterium było wskazania działań i ich punktowanie w zależności od ich wpływu na sprawny przebieg realizacji zamówienia to jest chodzi o najwyższą jakość realizacji zamówienia. Działania te powinny być nowymi i dodatkowymi w stosunku do działań jakie przewidział zamawiający w SIWZ zwłaszcza w punkcie 8 OPZ. Te działania powinny odnosić się między innymi do: zapewnienia kontroli jakości wykonania dokumentacji i minimalizacji postawiania usterek i wad w dokumentacji; efektywnego zarządzania komunikacją i współpracy wszystkich interesariuszy projektu; efektywnej organizacji pracy; zapewnienia kontroli kosztów i terminowych wypłat dla podwykonawców, zapewnienia dotrzymywania kamieni milowych umowy itp. Wskazując działania wykonawca miał uzasadnić dlaczego uważa, że proponowane przez niego działania przyniosą zamierzony skutek (pkt 19.9.2.2.1. SIWZ). SIWZ przewidziano ocenę indywidualną poszczególnych członków Komisji Przetargowej. Za każde dodatkowe działanie, merytorycznie poprawne uzasadnione przez Wykonawcę, mające na celu zapewnienie najwyższej jakości w realizacji zamówienia można było uzyskać maksymalnie 8 punktów. Maksymalnie można było wskazać 10 działań i maksymalnie za wszystkie oceniane działania można było uzyskać łącznie 80 punktów. Ponadto każde działanie musi mieć uzasadnienie, ponieważ przy jego braku nie będzie przydzielany żaden punkt za działanie. Odwołujący wraz z ofertą przedstawił opracowanie pn: „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością”. Pismem z dnia 15 października 2014r. odwołujący został wezwany przez zamawiającego do wskazania które działania mają podlegać ocenie, ponieważ w ofercie wskazano więcej niż 10 działań. W dniu 16 października 2014r. odwołujący wskazał, które z ponad 10 działań mają podlegać ocenie i punktacji jako wpływające na jakość wykonania zamówienia to jest w Podkryterium 2. Jak wynika z indywidualnej karty oceny oferty odwołujący otrzymał zero punktów na następujące działania:1,2,7, i 8 oraz 2 punkty za działanie nr 6 i 6 punktów za działanie nr 10. Dokument „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością” zwany dalej „Opracowaniem” został objęty na zasadzie art.8 ust.3 ustawy Pzp tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym argumentacja zamieszczona w zał. nr 1 do odwołania zostaje przedstawiona w wersji gwarantującej zastrzeżenie tajemnicy co do charakterystyki działań wynikających z oferty jak i zastrzeżenie tajemnicy szczegółowego uzasadnienia zarzutów co do nieprawidłowej punktacji działań odwołującego.

W zakresie kwestionowanego Podkryterium nr 2 Elementy zarządzania jakością Odwołujący wraz z ofertą przedstawił opracowanie pn. „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością” zgodnie z postanowieniami SIWZ. Pismem z dnia 15 października 2014r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień,

wskazując w uzasadnieniu tego wezwania, że (cyt.:) „Wykonawca mógł wskazać maksymalnie jedynie 10 działań, które będą podlegały ocenie (...). Ponieważ w ofercie Wykonawca wskazał więcej niż 10 działań, prosimy o jednoznaczne wskazanie 10 działań, które mają podlegać ocenie i punktacji przez Zamawiającego w Podkryterium 2. W wykonaniu wezwania, Odwołujący pismem z dnia 16 października 2014r. wskazał 10 działań, które miały podlegać ocenie.” Jak wynika z karty indywidualnej oceny oferty Odwołującego, Odwołujący otrzymał „0” za działania nr 1, 2, 7 i 8 oraz odpowiednio 2 punkty za działanie 6 i 6 punktów za działanie nr 10 wskazane w wyżej wymienionym piśmie. Dokument załączony do oferty Odwołującego pn. „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością” (dalej: „Opracowanie”) objęty został przez Odwołującego, na zasadzie art. 8 ust. 3 Pzp, zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zostało uznane przez Zamawiającego jako skuteczne, a w ślad za tym wyłącznie Odwołujący miał wgląd w kartę indywidualnej oceny swojej oferty dokonanej przez członków komisji Zamawiającego. Z tych względów, dalsza argumentacja odwołania (treść uzasadnienia podkreślona) - w zakresie, w jakim odnosi się do okoliczności nieznanymi pozostałym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne i mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego - niniejszym zostaje objęta przez Odwołującego zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa. ♦TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA - POCZĄTEK* Działanie nr 1 „Przeglądy jakości”:

Za działanie ujęte pod numerem 1 Odwołujący otrzymał „0” punktów, przy czym uzasadnieniem dla takiej oceny było uznanie przez członków komisji odpowiednio, że „działanie jest standardowe”, „działanie jest w OPZ”, „działanie nie jest nowe, dodatkowe w stosunku do działań i wymagań postawionych w SIWZ. Jest przewidziane w ramach OPZ (punkt 8)”, „działanie jest wymagane w OPZ”. Odnosząc się do powyższego odwołujący zaznaczył, że w pierwszej kolejności, iż żaden z członków komisji Zamawiającego - poza oceniającym z numerem 3, o czym szerzej poniżej - nie wskazał w zasadzie, w jakim punkcie OPZ nałożony został na wykonawcę obowiązek działania w formule zaproponowanej przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego wskazana sytuacja jest konsekwencją tego, iż żaden zapis OPZ nie przewiduje tego działania w formule zaproponowanej przez Odwołującego, a więc w formule właściwej dla zarządzania projektami według standardów metodyk powszechnie uznawanych. W pkt 5.1 OPZ wskazano wprawdzie, że „Wykonawca przed przekazaniem dokumentacji poszczególnych Etapów do dokonania oceny przez Zamawiającego zobowiązany jest do przeprowadzenia w ramach własnych struktur wewnętrznego sprawdzenia i weryfikacji opracowanej dokumentacji (...)Weryfikacja opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji przed przekazaniem do oceny Zamawiającemu obowiązkowo winna odbywać się na terenie oddziaływania projektu lub w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym. W weryfikacji obowiązkowo muszą brać udział

właściwe merytorycznie dla danego Etapu osoby spośród Personelu Kluczowego o którym mowa w pkt 8.2.3 podpunkt A OPZ oraz właściwi merytorycznie Specjaliści o których mowa w pkt 8.2.3 podpunkt B OPZ. Na działania weryfikacyjne Wykonawca winien zarezerwować dwa dni robocze przed przekazaniem danego opracowania do oceny Zamawiającemu. Z działań weryfikujących Wykonawca zobowiązany jest sporządzić Protokół Wewnętrznej Weryfikacji (PWW), który winien być podpisany przez wszystkie uczestniczące w weryfikacji ze strony Wykonawcy osoby. Wyżej wymieniony PWW jest obowiązkowym dokumentem wymaganym do przekazania wraz z dokumentacją przekazywaną do oceny Zamawiającemu. Zamawiający może uczestniczyć (lecz nie musi) w ww. spotkaniach weryfikacyjnych na zasadzie wolnego słuchacza". Niemniej zaznaczenia wymaga, że wymóg, o którym mowa dotyczy wyłącznie sprawdzenia i weryfikacji opracowanej dokumentacji przed jej przekazaniem Zamawiającemu do odbioru i ma postać sformalizowaną w tym znaczeniu, że OPZ określa termin, miejsce i czas, który wykonawca powinien przeznaczyć na wspomnianą weryfikację i sprawdzenie dokumentacji. Jak wynika z pozostałych zapisów OPZ, w tym z pkt 6.1, wymóg, o którym mowa będzie aktualizował się przy dokonywaniu odbioru dokumentacji składającej się na dany etap realizacji zamówienia, a więc będzie to obowiązek aktualizujący się okresowo. Tymczasem Odwołujący, proponuje prowadzenie czynności mających inną formułę wykonywanych prac. Poza tym oferowana kontrola przez odwołującego w ofercie ma inny zakres merytoryczny niż przedstawiony przez zamawiającego w SIWZ. Jest to więc działanie, które nie odnosi się do postanowień SIWZ w tym pkt 5.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia. Z kolei wskazany przez jednego z członków komisji Zamawiającego pkt 8.1 OPZ odnosi się do monitorowania stanu zaawansowania robót wykonawcy przybierającego postać miesięcznej informacji o postępie prac. Niemniej i on nie przewiduje działań opisanych w ofercie w rozumieniu zaproponowanym przez Odwołującego. Stosownie mianowicie do pkt 8.1 OPZ: „Podczas realizacji Przedmiotu Zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do przedstawiania w języku polskim, w cyklu miesięcznym, informacji o postępie prac. Informacja ta podlega akceptacji przez Zamawiającego i będzie zawierała w szczególności następujące elementy: 1) postęp w poszczególnych zadaniach i oczekiwany termin zakończenia tych zadań; 2) krótkie streszczenia prac zrealizowanych w ramach zadań; 3) zestawienie wykonanych dotychczas uzgodnień z przedstawicielami PKP PLK S.A., zwłaszcza w zakresie proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań technicznych; 4) zestawienie innych ustaleń podjętych przez Wykonawcę; 5) wszelkie zaistniałe i przewidywane opóźnienia; 6) istniejące i przewidywane problemy wraz z propozycjami ich rozwiązania. 7) zestawienie korespondencji prowadzonej w związku z realizowanym zamówieniem." Jak wynika z powyższego i co wymaga w tym miejscu szczególnego podkreślenia, „informacja o postępie prac" -jak wynika z samej jej nazwy -jest przede wszystkim raportem odnoszącym się do czynności wykonanych w danym okresie przez

wykonawcę, który służy ustaleniu, czy prace wykonywane są zgodnie z harmonogramem i czy harmonogram ten nie jest w żaden sposób zagrożony. Wykonawca na etapie opracowywania „informacji o postępie prac” nie ma więc zgodnie z zapisami OPZ obowiązku dokonywania działań oferowanych w tym punkcie przez zamawiającego a ma wyłącznie przedstawić stan ich zaawansowania. Ocenę stanu zaawansowania prac dokonuje natomiast Zamawiający, niemniej ocena ta nie odnosi się do oceny w aspekcie o jakim mówi Odwołujący w swoim działaniu nr 1.

Działania nr 2 towarzyszą wewnętrznej weryfikacji oraz ewaluacji opracowanej dokumentacji przed przekazaniem do oceny i akceptacji Zamawiającemu. (...) Mogą one mieć postać notatki pisemnej lub e-mail; będą wspomagały proces administracyjnego zarządzania jakością, Za wskazane działanie Odwołujący otrzymał „0” punktów, przy czym uzasadnieniem dla takiej oceny było uznanie przez członków komisji odpowiednio, że „same zapisy nie gwarantują lepszej jakości”, „jest w OPZ”, „Działanie nie jest nowe, dodatkowe w stosunku do działań i wymagań postawionych w SIWZ. Działanie przewidziane w OPZ (punkt 5.1)”, „Wymagane w OPZ (pod inną nazwą)”. Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, że także i w tym przypadku członkowie komisji Zamawiającego nie podali w uzasadnieniu swojej oceny działania zaproponowanego przez Odwołującego, w jakim zapisie SIWZ został przewidziany obowiązek wykonywania zaoferowanych działań.

Jedynie oceniający nr 3 wskazał na pkt 5.1 OPZ, który to zapisy -jak wskazano powyżej - odnosi się do „wewnętrznego sprawdzenia i weryfikacji opracowanej dokumentacji” dokonywanego przed przekazaniem dokumentacji Zamawiającemu. Działanie to odnosić się będzie nie tylko do kontroli „jakości” w ujęciu pkt 5.1 OPZ opisanego powyżej (zgodności opracowanej dokumentacji z wymogami OPZ), ale i także jakości prac i ich organizacji opisaną w działaniu nr 1. Działanie to odnosić będzie się do wszystkich aspektów „jakości”, o jakich można mówić w związku z opracowywaniem dokumentacji.

Działanie nr 6 Za wskazane działanie Odwołujący otrzymał „2” punkty, a to z uwagi na okoliczność, iż jeden z członków komisji uznał je za działanie adekwatne i odpowiednio uzasadnione. Pozostali członkowie komisji Zamawiającego nie przyznali Odwołującemu punktów za to działanie wskazując odpowiednio, że Odwołujący nie podał uzasadnienia dla tego zadania (oceniający nr 2 i 4), względnie, że „działanie jest elementem działania nr 5”. Odnosząc się do tej oceny wskazać należy w pierwszej kolejności, iż Odwołujący wskazał dla działań, o których mowa, uzasadnienie w załączonym do oferty Opracowaniu. Uzasadnienie to zawarte było przede wszystkim na początku punktu III „Zarządzanie zmianami”: „Z uwagi na fakt, że zmiany w trakcie realizacji każdego projektu są zjawiskiem nieuniknionym, niezwykle istotnym jest systematyczne podejście do tego problemu, odpowiednia identyfikacja i rejestracja zmian w konsekwencji przyczyniająca się do

prawidłowej oceny i skutecznego sterowania procesem zmian tak aby zminimalizować ich negatywny wpływ na realizację przedmiotu zamówienia. W celu zapewnienia odpowiedniej jakości prac w ramach niniejszego kontraktu przewiduje się następujące działania w ramach zarządzania zmianami, które mogą się pojawić w trakcie jego realizacji. Było to uzasadnienie wspólne dla wszystkich działań wskazanych w tym punkcie, niemniej wskazać należy w tym miejscu, że zapisy SIWZ nie wykluczały możliwości podania w Opracowaniu wspólnego uzasadnienia dla kilku działań. Co istotne, Odwołujący za działanie nr 5 otrzymał maksymalną ilość punktów, choć uzasadnienie dla tego działania było identyczne (wspólne) z uzasadnieniem dla działania, o którym mowa i nie odnosiło się w sposób szczególny do czynności opisanych w ramach tego działania. Powyżej pokazuje, że członkowie komisji w sposób niekonsekwentny podchodzili do tego, co powinno zawierać, jak powinno „wyglądać” uzasadnienie działania, do którego odwoływały się zapisy SIWZ. Nadto, za wyrokiem KIO z dnia 23 października 2014r., KIO 2081/14, wskazać należy, że: „(...) wbrew zapatrywaniom Zamawiającego jest on nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do dokonania wykładni woli oświadczeń wykonawców (ofert). Wynika to chociażby z odesłania do przepisów k.c. zawartego w art. 14 Pzp, na gruncie którego izba wielokrotnie wskazywała na potrzebę dokonywania interpretacji ofert m. in. z uwzględnieniem reguł wykładni oświadczeń woli określonych przepisem art. 65 § 1 k.c. (...) Innymi słowy, przepisy Pzp nie zwalniają Zamawiającego z obowiązku dokonania wykładni oświadczeń woli, których jest adresatem (ofert), ani tym bardziej wykładni takiej nie zakazują. *Mając powyższe na uwadze Izba doszła do wniosku, że celowość działań wskazanych w pkt (...) Odwołującego została uzasadniona w sposób poprawny. Trzeba mieć bowiem na względzie, że w omawianym zakresie celem proponowanych działań miało być wykrycie błędów w dokumentacji projektowej, o czym świadczy przytoczona we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia metodologia przyznawania punktów w podkryterium 1 (...). W ocenie Izby działania, które zaproponował Odwołujący mogą służyć realizacji tak określonego celu i choć można było mieć pewne wątpliwości odnośnie precyzji sformułowań prezeń uzasadnień (...) to należy pamiętać, że adresatem „Metodyki” był podmiot, który nie pierwszy raz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, przez co posiada wiedzę i legitymuje się doświadczeniem umożliwiającym przewyciężenie trudności interpretacyjnych. Poza tym Izba wskazuje, że skoro na podstawie określonego działania możliwa jest identyfikacja pewnego ryzyka, to - kierując się logiką - należałoby przyjąć, że możliwe musi być również wykrycie błędu, który to ryzyko wywołuje.”*

Został również wzięty pod uwagę fakt, że podobne rodzajowo działania były proponowane przez innych uczestników postępowania." Jak wynika z powyższego, obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie w niniejszej sprawie wykładni oświadczenia woli zawartego przez Odwołującego w jego ofercie, w szczególności w Opracowaniu, w oparciu o przepisy

art. 65 k.c. Jak z kolei wskazuje się w orzecznictwie wypracowanym na gruncie art. 65 k.c. wykładnia umowy nie może polegać na odczytywaniu jej pojedynczych fragmentów, powinna prowadzić bowiem do wszechstronnej oceny zwerbalizowanej na piśmie treści, przy uwzględnieniu innych postanowień umowy, a także okoliczności pozatekstowych, jak np. rokowań poprzedzających zawarcie umowy, celu umowy, rozumienia tekstu, zachowania stron, kontynuowania prac także po terminie zgłoszenia ich zakończenia itd. Wykładnia pomijająca takie okoliczności narusza art. 65 k.c, co wielokrotnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreślano (por. np. wyroki z dnia 19 lipca 2002 r., V CKN 679/00; z dnia 8 lipca 2004 r., IV CKN 582/03; z dnia 22 września 2004 r., III CK 400/03, niepubl). Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, że na uzasadnienie celowości zaproponowanego działania nie składa się wyłącznie fragment Opracowania zawarty pod: „Zestawienie Statusu Dokumentów”, ale i inne zapisy Opracowania czytane łącznie i interpretowane w powiązaniu z zapisami SIWZ, w tym zapisami wskazującymi na to, czemu służyć miały działania proponowane w Opracowaniu. W świetle tak interpretowanych zapisów Opracowania, nie budzi większych wątpliwości, że działanie, o którym mowa jest celowe dla „zarządzania zmianami” i zachowania jakości wykonywanego zamówienia. Z kolei odnosząc się do stwierdzenia, że działanie nr 6 jest elementem działania nr 5 wskazać należy, że działanie to jest odrębnym narzędziem. Zapisy Obiektu Konfiguracji - metryki dokumentów, opisane w działaniu nr 5, są dokumentami niejako „dołączanymi” do danego projektu (są dokumentem „podążającym” za danym projektem), zawierającą wszystkie podstawowe informacje odnoszące się do zmian dokumentu. Zestawienie tego działania jest natomiast swoistą bazą danych w postaci pliku excel, w której zebrane są - w ramach jednego pliku - informacje zawarte w poszczególnych metrykach dokumentów. Stworzenie takiej bazy danych daje możliwość - bez konieczności sięgania po daną metrykę, po dany projekt - szybkiego ustalenia, jakie zmiany i w jakim trybie zostały naniesione i zaakceptowane względem danego projektu/dokumentu, jak i pozwalają na całościową ocenę stanu opracowania danej dokumentacji. O ile zastosowane oba działania będą z sobą zgodne w zakresie opisywania stanu Projektu, o tyle będą wykorzystywane w różnym zakresie, w odniesieniu do inaczej formułowanego zapotrzebowania na informacje. Zestawienie statusu dokumentacji, jako działanie przyczyniające się do zapewnienia jakości w ramach realizacji przedmiotowego kontraktu z istoty rzeczy jest związane z monitorowaniem postępu prac, dostarcza informacji na każdym etapie ich realizacji o statusie poszczególnych dokumentów i pozwala na ujawnienie zagadnień związanych z postępem prac nad dokumentacją zestawiając w jednym miejscu, w czytelnej formie, kluczowe daty oraz informacje związane z poszczególnymi dokumentami objętymi niniejszym zestawieniem. Zestawienie statusu dokumentacji stanowi kompendium informacji o statusie dokumentacji opracowywanej w ramach kontraktu. Wreszcie wskazać należy, że „same zapisy nie gwarantują lepszej

jakości", niemniej na obecnym etapie oceniane są wyłącznie zapisy Opracowania, a więc zakres zaciągniętego przez wykonawcę zobowiązania. Działanie nr 7 „Rejestr Zmian”: Za wskazane działanie Odwołujący otrzymał „0” punktów, odpowiednio z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący nie podał uzasadnienia dla tego zadania (oceniający nr 2 i 4), względnie, że „działanie jest elementem działania nr 5 lub 6”. Odnosząc się do takiego uzasadnienia oceny oferty Odwołującego, Odwołujący w całości podtrzymuje powyżej wskazaną argumentację odnoszącą się do uzasadnienia zaproponowanych działań. Następnie wskazuje, że działanie to jest uzupełnieniem działań wskazanych w pod pozycją 5 i 6, niemniej nie stanowi ich powielenia, jak również jego prowadzenie służy odmiennym celom. W pierwszej kolejności wskazać należy, że „Rejestr zmian” służy odnotowaniu tych zmian, które będą musiały być przeprowadzone „formalnie”, tj. zgodnie z procedurami opisanymi w OPZ.

W praktyce wykonywania dokumentacji o tak dużym stopniu skomplikowania i zmienności, zdarzać będzie się także, iż na dokumentację raz opracowaną będą nanoszone zmiany (będą tworzone kolejne „wersje” tego samego dokumentu), jeszcze przed przekazaniem jej Zamawiającemu, a więc bez konieczności zachowania procedur opisanych kontraktem. Tego typu zmiany w dokumentacji nie będą wykazywane w tym działaniu o którym mowa, choć pojawią się one w dokumentach wytwarzanych w ramach działania nr 5 i 6. Nadto, działanie to obejmie także informacje o zmianach np. harmonogramu wykonywania zamówienia lub zmianach personelu (zmiany dokonywane w sposób formalny). Działanie nr 8: Za wskazane działanie Odwołujący otrzymał „0” punktów, odpowiednio z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący nie podał uzasadnienia dla tego zadania (oceniający nr 1, 2 i 4), względnie, że „działanie jest elementem działania nr 5”. Odnosząc się do takiego uzasadnienia oceny oferty Odwołującego, Odwołujący w całości podtrzymuje powyżej wskazaną argumentację odnoszącą się do uzasadnienia zaproponowanych działań. Odnosząc się z kolei do stwierdzenia, iż wskazane „działanie” mieści się w działaniu nr 5 wskazać należy, że stwierdzenie to nie polega na prawdzie. Działanie nr 5 polega na tworzeniu swoistej „metryki dokumentu” wskazującej na to jaki status ma dany dokument w kontrakcie (czy został zatwierdzony wewnętrznie przez wykonawcę, zewnętrznie przez zamawiającego) oraz jakie zmiany zostały w danym dokumencie wprowadzone (przez kogo, w jakim zakresie, kiedy, przez kogo zatwierdzone itd.). „Metryka” tworzona jest dla każdego z dokumentów z osobna. Działanie to choć także tworzone jest w odniesieniu do danego projektu, opracowania, dokumentu, ma odmienny charakter. Przede wszystkim wskazane działanie ma charakter dokumentu opisowego wskazującego nie tyle na punkt opracowania, odnośnie którego rekomendowana jest zmiana, ile na zakres i charakter zmiany, w tym wpływ zmiany na realizację zamówienia. Zawiera on więc dużo więcej danych niż historia dokumentu, pozwalając na ustalenie przyczyn, dla których zmiana była zaproponowana oraz jej szczegółowego zakresu. Nadto, działanie to odnosi się w rzeczywistości do zmiany

planowanej, skoro zastępuje on wniosek o dokonanie zmiany. Nie jest więc rejestrem zmian już dokonanych, jak rejestr, o którym mowa w działaniu nr 7. Tworzenie tych dokumentów pozwala więc na zarządzanie zmianami dokumentacji na innym poziomie, niż w przypadku historii dokumentu, przede wszystkim daje obraz szerszego kontekstu, w jakim dana zmiana jest wprowadzana. Nadto, dokument ten dotyczyć będzie także zmian proponowanych do harmonogramów i zmian w zakresie personelu, nie odnosi się więc wyłącznie do dokumentów/opracowań składających się na przedmiot zamówienia. Nie jest to więc tożsame działanie z działaniem opisanym pod pozycją 5, choć niewątpliwie dla zastosowania tego działania Odwołujący wskazał takie samo uzasadnienie. Wspólne uzasadnienie dla grupy działań, nie oznacza bowiem, że mamy do czynienia z tożsamością działań, na co wskazuje Zamawiający. Działanie nr 10: Za wskazane działanie Odwołujący otrzymał tylko 6 punktów, gdyż jeden z członków komisji uznał, że dla działania, o którym mowa, Odwołujący nie wskazał „uzasadnienia”. Odnosząc się do tej oceny wskazać należy, że uzasadnienie do tego działania było podane m. in. na początku pkt VI Opracowania oraz w treści samego punktu dotyczącego tego zadania: „Niniejsze dokumenty rejestrujące doświadczenia nabywane w trakcie realizacji kontraktu (...) służyć będą do wprowadzenia ulepszeń i korekt, na poziomie operacyjnym i dostarczania produktów, w celu osiągnięcia jak najwyższej jakości prowadzonych prac”, „Wszystkie działania związane z postępowaniem prac i ich monitoringiem jako narzędzie ulepszania, korygowania działań Wykonawcy, a także odpowiedniego reagowania na zdarzenia wymagające nadzwyczajnych reakcji przyczyniają się do osiągania założonych, wysokich parametrów realizacji niniejszego zamówienia.” W świetle powyższego, jak i reguł wykładni oświadczeń woli wynikających z art. 65 k.c. - o czym szerzej powyżej - nie sposób przyjąć, by działanie zaproponowane przez Odwołującego nie było celowe dla zapewnienia odpowiedniej jakości wykonania zamówienia, względnie, że celowość ta nie została przez Odwołującego odpowiednio opisana w Opracowaniu.

Pismem z dnia 8 grudnia 2014r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według faktury przedstawionej na rozprawie, od Odwołującego.

Z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa również odpowiedź zamawiającego przybrała postać dokumentu zastrzeżonego. W związku z tym argumentacja przedstawiona w niniejszym uzasadnieniu uwzględnia chronione dobro odwołującego.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), Wykonawcy -w ramach wykonania opracowania w zakresie PODKRYTERIUM 2 -

zobowiązani byli przedstawić własne propozycje w zakresie działań jakie przewiduje podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości w realizacji zamówienia. Przedstawione propozycje miały być propozycjami nowymi, dodatkowymi w stosunku do działań i wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w PKT 8 OPZ. Wykonawca powinien przedstawić działania odnoszące się np. do: zapewnienia kontroli jakości wykonania dokumentacji i minimalizacji powstawania wad i usterek, efektywnego zarządzania komunikacją i współpracy wszystkich interesariuszy projektu, efektywnej organizacji pracy, zapewnienia kontroli kosztów i terminowych płatności dla podwykonawców, zapewnienia dotrzymywania kamieni milowych umowy, itp. Wskazując działania Wykonawca miał uzasadnić dlaczego uważa, że proponowane przez niego działania przyniosą zamierzony skutek (pkt 19.9.2.2.1 SIWZ).

Jednocześnie w pkt 19.9.2.2.2 SIWZ postanowiono, że ocena zostanie przeprowadzona indywidualnie przez wyznaczonych członków Komisji Przetargowej. Za każde dodatkowe działanie, merytorycznie poprawne i uzasadnione przez Wykonawcę, mające na celu zapewnienie najwyższej jakości w realizacji zamówienia można było uzyskać maksymalnie 8 pkt. Z uwagi na fakt, że było wyznaczonych 4 członków Komisji do oceny Opracowania w ramach tego Podkryterium, każdy z członków Komisji przyznawał 0 lub 8 pkt w ramach każdego działania.

Zamawiający przewidując, że ocena poszczególnych członków Komisji może się różnić wskazał, że „Następnie z punktów przyznanych przez poszczególnych Członków Komisji Przetargowej uczestniczących w ocenie OPRACOWANIA w zakresie PODKRYTERIUM 2, wyliczona będzie dla każdej oferty podlegającej badaniu średnia arytmetyczna, stanowiąca końcowa PK2 - punktację przydzieloną na podstawie dokonanej oceny PODKRYTERIUM 2.

PK2 obliczona będzie w następujący sposób:

$$PK2 = \frac{\text{suma punktów przyznanych przez uczestniczących w ocenie OPRACOWANIA w zakresie PODKRYTERIUM 2 Członków Komisji Przetargowej}}{\text{ilość Członków Komisji Przetargowej uczestniczących w ocenie OPRACOWANIA w zakresie PODKRYTERIUM 2}}$$

Obliczenia matematyczne prowadzone będą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku."

Postanowienia SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert oraz sposób dokonywania oceny ofert nie były przedmiotem zaskarżenia.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp stanowi natomiast, iż kryteriami oceny są cena albo cena i inne kryteria

odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Z dyspozycji przepisu wynika, iż obok kryteriów wymiernych jak np. cena, okres gwarancji, czy termin wykonania zamówienia gdzie wartość podana w ofercie jest w prosty sposób mierzalna i obiektywna, istnieją również kryteria niewymierne takie jak właściwości funkcjonalne.

Zamawiający, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, zdecydował się na wprowadzenie takiego kryterium oceny ofert. Istotne przy tym jest to, że żaden z Wykonawców nie zakwestionował przedmiotowego kryterium ocen.

Zamawiający wskazał w treści SIWZ jakie elementy będą brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny w ramach tego kryterium. W ocenie Zamawiającego wszyscy Wykonawcy musieli się liczyć z faktem, że proponowane przez nich rozwiązania będą oceniane według kryteriów, których nie da się wyliczyć czy wymierzyć w prosty sposób przy czym Zamawiający wskazał co będzie brane pod uwagę przez każdego z Członków Komisji Przetargowej a więc: innowacyjność w stosunku do wymagań postawionych w SIWZ. Dodatkowo Zamawiający wskazał przykładowo w jakich elementach przedmiotu zamówienia oczekuje tych innowacyjnych rozwiązań tj. np. zapewnienia kontroli jakości wykonania dokumentacji czy współpracy wszystkich interesariuszy projektu. Ponadto Zamawiający postanowił, że tylko uzasadnione projekty działań będą otrzymywały punkty. Brak któregośkolwiek elementu w ocenianym działaniu winna prowadzić do nieprzyznania punktów.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że w przedmiotowej sprawie oceny OPRACOWANIA dokonywało indywidualnie czterech Członków Komisji Przetargowej. Osoby te dokonywały oceny samodzielnie, nie konsultując się między sobą i dopiero na podstawie ich indywidualnych ocen, Zamawiający dokonał przeliczenia punktów i przyznał ich odpowiednią ilość poszczególnym Wykonawcom.

W zakresie działania nr 1 żaden z Członków Komisji nie przyznał Odwołującemu punktów, uznając co do zasady, że działanie to zostało już opisane w OPZ, a więc nie jest działaniem nowym czy też jest działaniem standardowym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazać należy,

że dwóch Członków Komisji w karcie oceny wskazało, że działanie to nie jest niczym nowym w stosunku do opisu znajdującego się w pkt 8 OPZ.

Odnosząc treść zarzutu do oceny Członków Komisji uznać należy go za całkowicie bezpodstawny. Działanie to nie jest działaniem nowym, dodatkowym w stosunku do działań i wymagań postawionych w SIWZ. W pkt 8 OPZ Zamawiający wymagał:

„Pkt. 8.1

„A) Podczas realizacji Przedmiotu Zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do przedstawiania w języku polskim, w cyklu miesięcznym, informacji o postępie prac. Informacja ta podlega akceptacji przez Zamawiającego i będzie zawierała w szczególności następujące elementy:

- 1) postęp w poszczególnych zadaniach i oczekiwany termin zakończenia tych zadań;
- 2) krótkie streszczenia prac zrealizowanych w ramach zadań;
- 3) zestawienie wykonanych dotychczas uzgodnień z przedstawicielami PKP PLK S.A., zwłaszcza w zakresie proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań technicznych;
- 4) zestawienie innych ustaleń podjętych przez Wykonawcę;
- 5) wszelkie zaistniałe i przewidywane opóźnienia;
- 6) istniejące i przewidywane problemy wraz z propozycjami ich rozwiązania.
- 7) zestawienie korespondencji prowadzonej w związku z realizowanym zamówieniem."

Pkt. 8.2.2

„Koordynator Projektu

Wykonawca wyznaczy osobę odpowiedzialną za kontakty z Zamawiającym oraz bieżące monitorowanie postępów prac. Do zadań Koordynatora Projektu należą wszelkie, związane z zamówieniem, formalne uzgodnienia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym oraz przygotowywanie cyklicznych informacji o realizacji zamówienia i rozwiązywanie, we współpracy z Zamawiającym, wszelkich problemów zaistniałych w trakcie jego realizacji. Wymagana jest bezpośrednia współpraca z Zamawiającym w języku polskim."

Wykonawca przed przekazaniem dokumentacji poszczególnych Etapów do dokonania oceny przez Zamawiającego zobowiązany jest do przeprowadzenia w ramach własnych struktur wewnętrznego sprawdzenia i weryfikacji opracowanej dokumentacji. Powyższe Zamawiający wymaga również w ramach wskazania w SHRFU, o którym mowa w pkt 6.2. C OPZ. Weryfikacja opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji przed przekazaniem do oceny Zamawiającemu obowiązkowo winna odbywać się na terenie oddziaływania projektu lub w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym. W weryfikacji obowiązkowo muszą brać udział właściwe merytorycznie dla danego Etapu osoby spośród Personelu Kluczowego o którym mowa w pkt 8.2.3 podpunkt A OPZ oraz właściwi merytorycznie Specjaliści o których mowa w pkt 8.2.3 podpunkt B OPZ. Na działania weryfikacyjne Wykonawca winien zarezerwować dwa dni robocze przed przekazaniem danego opracowania do oceny Zamawiającemu.

Z działań weryfikujących Wykonawca zobowiązany jest sporządzić Protokół Wewnętrznej Weryfikacji (PWW), który winien być podpisany przez wszystkie uczestniczące w weryfikacji ze strony Wykonawcy osoby.

Wyżej wymieniony PWW jest obowiązkowym dokumentem wymaganym do przekazania wraz z dokumentacją przekazywaną do oceny Zamawiającemu.

Zamawiający może uczestniczyć (lecz nie musi) w ww. spotkaniach weryfikacyjnych na zasadzie wolnego słuchacza"

Wszystkie wyżej wskazane postanowienia SIWZ przewidują dokonywanie wewnętrznych sprawdzeń dokumentacji, przy czym Odwołujący stara się wskazać, że czym innym jest stała, bieżąca kontrola jakości wytwarzanych dokumentów, która proponuje w działaniu „Przeglądy jakości” od „końcowej” wewnętrznej oceny jakości dokumentów, której musi dokonać przed przedłożeniem dokumentów Zamawiającemu. Argumenty te należy uznać za absurdalne. Wykonawca ma bowiem wykonywać swoje zobowiązanie należycie, zgodnie z postanowieniami umowy. W ocenie Zamawiającego jest oczywistym, że Odwołujący musi bieżąco kontrolować jakość swojej pracy, aby nie narazić się na zarzut nienależytego realizowania przedmiotu zamówienia, przy czym Zamawiający - sam z siebie -wprowadził dodatkowy element dotyczący weryfikacji dokumentów, zanim zostaną one przedłożone Zamawiającemu. Kwestia co dzieje się z dokumentami przed ich przedłożeniem Zamawiającemu, jest mu w zasadzie obojętna, gdyż to na Wykonawcy ciąży obowiązek finalnego przedłożenia prawidłowych dokumentów. Wprowadzenie dodatkowych przeglądów jakości prowadziłoby de facto do nadmiernego angażowania Zamawiającego w dokonywanie oceny dokumentów, które jeszcze mogą podlegać zmianie.

Jak wskazano powyżej, w ocenie Zamawiającego, wystarczające działania zostały przewidziane w treści SIWZ, a propozycja Odwołującego zmierza w rzeczywistości do uzyskania wyższej punktacji. Jest to działanie całkowicie zbędne w ocenie Zamawiającego,

gdyż należyta ocena jakości prac Wykonawcy została zagwarantowana postanowieniami SIWZ wskazanymi powyżej.

W zakresie działania nr 2 żaden z Członków Komisji nie przyznał Odwołującemu punktów. Członkowie Komisji zgodnie uznali, że działanie to znajduje się już w OPZ oraz rozwiązanie to nie gwarantuje w żaden sposób poprawy jakości.

Przedmiotowe działanie po raz kolejny odnosi się bowiem do wewnętrznej weryfikacji własnych działań Odwołującego. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należałoby uznać, że gdyby zaproponował on co miesięczną, co tygodniową i codzienną weryfikację własnych działań to tak naprawdę zaoferowałby 3 innowacyjne, nieprzewidziane w SIWZ rozwiązania, które wpłynęłyby na jakość świadczonej przez niego usługi. Sprowadzając rzecz do absurdu, nic nie stoi na przeszkodzie wprowadzenia co godzinnych weryfikacji tego co się zrobiło. Działania takie nie są jednak merytorycznie uzasadnione i jak wskazano powyżej, Zamawiający w sposób odpowiedni zabezpieczył kontrolę jakości pracy Wykonawcy. Wskazać przy tym należy, że do należytego wykonywania zobowiązania Wykonawca jest związany nie tylko mocą odpowiednich postanowień Umowy, ale także przepisów ogólnie obowiązujących.

Proponowane przez Odwołującego rozwiązanie jest zatem pozornie działaniem nowym i mającym wpływ na jakość realizowanie usługi, a służy tylko i wyłącznie do zwiększenia punktacji.

W zakresie działania nr 6 - trzech Członków Komisji nie przyznało Odwołującemu punktów wskazując, iż Odwołujący nie zawarł zgodnie z postanowieniami SIWZ uzasadnienia dla przedmiotowego działania, a w jednym przypadku Członek Komisji uznał, że jest to działanie, które zostało już zaproponowane w ramach działania nr 5 „Zapisy Obiektu Konfiguracji - metryki dokumentów”.

W ocenie Zamawiającego, ocena Członków Komisji był słuszna bowiem działanie 6 zawarte jest w działaniu 5. Informacje opisane w działaniu 6 powielają się z informacjami z działania 5 (zgodnie z propozycjami zapisów). Zmianie ulega tylko forma przedstawienia informacji.

Poza tym, co przyznaje zresztą sam Odwołujący, w opisie działania nr 6 brak jest uzasadnienia dla wprowadzenia takiego działania, przy czym Odwołujący stara się wykazać, iż Zamawiający sam powinien wyinterpretować czemu to działanie ma służyć i jak wpłynie na jakość świadczonej usługi. Wskazując na postanowienia pkt 19.9.2.2.1 SIWZ, Zamawiający wskazuje, że to na Wykonawcy ciążył obowiązek uzasadnienia propozycji. Nie kwestionując co do zasady faktu, że Zamawiający jest zobowiązany dokonywać interpretacji składanych oświadczeń woli zgodnie z dyspozycją art. 65 kc, wskazać należy, że po pierwsze interpretacji takiej należy dokonywać bardzo ostrożnie, a po drugie Zamawiający nie może dokonywać interpretacji czegoś co w ogóle nie zostało zawarte w oświadczeniu woli. Można zgodzić się z tezą wyroku prezentowanego przez Odwołującego, że w sytuacji gdy pewne

sformułowania w ofercie są niejasne, nie do końca właściwie przedstawione to można i należy dokonać odpowiedniej interpretacji. Niemniej jednak z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdzie w ogóle brak jest uzasadnienia. Oczywiście z założenia można przyjąć, że wszystkie proponowane dodatkowe działania mają na celu poprawę jakości i efektywności działań, ale to każdy z Wykonawców miał wykazać w stosunku do każdej propozycji tzn. na czym konkretnie polegałaby poprawa jakości świadczonej usługi przy wprowadzeniu proponowanego rozwiązania. W przeciwnym razie doszłoby do uzupełnienia oferty Wykonawcy o treści, których nie zawarł w swoim oświadczeniu, co stanowiłoby niedozwolone negocjacje. Poza tym nie sposób nie podzielić poglądu, że działanie to w istocie rzeczy jest powieleniem działania nr 5. Wskazać również należy, że w tym kontekście tj. uznania, że działanie nr 6 zawiera się w działaniu nr 5, ogólne uzasadnienie na początku punktu III Zarządzanie zmianami należy uznać za niewystarczające, gdyż nie przedstawia ono wskazania różnic pomiędzy proponowanymi rozwiązaniami i różnic w zakresie efektywności danego rozwiązania.

W zakresie działania nr 7 żaden z Członków Komisji nie przyznał Odwołującemu punktów wskazując na brak uzasadnienia oraz powielanie proponowanych działań przy zastosowaniu innych nazw czy zmianie drobnych elementów z czym pośrednio zgadza się sam Odwołujący wskazując, że działanie to jest uzupełnieniem działań wskazanych pod pozycją 5 i 6 (...). Wprowadzanie kolejnych, tożsamyh rozwiązań stanowi przysłowiowe „dzielenie włosa na czworo”. Sprowadzając rzecz do absurdu, można by uznać, że innowacyjnym rozwiązaniem będzie wprowadzenie dodatkowe rejestru zmian, w którym znajdowałyby się informacje na temat ewentualnych propozycji członków zespołu Wykonawcy, ale które nie znalazły nawet uzewnętrznienia w jakimkolwiek dokumencie. W ten sposób można tworzyć dowolną ilość propozycji działań poprzez dokładanie kolejnej tabelki itd. Wskazać również należy, że przedmiotowa propozycja, w ocenie Członków Komisji, nie ma żadnego wpływu na jakość świadczenia usług. Odwołujący nie uzasadnił w treści OPRACOWANIA, ani innowacyjności tego działania, ani wpływu na jakość świadczonej usługi gdyż najzwyczajniej nie był w stanie merytorycznie tego uzasadnić. W odwołaniu próbuje natomiast wykazać, że to Zamawiający powinien wyinterpretować odpowiednie uzasadnienie z całości OPRACOWANIA. Zamawiający wskazuje, że przy najszczerszych chęciach nie jest w stanie znaleźć uzasadnienia dla tej propozycji działania.

W zakresie działania nr 8 - Odwołujący nie uzyskał żadnego punktu od Członków Komisji. W zakresie tego zarzutu Zamawiający podtrzymuje swoją argumentację przedstawioną powyżej, a w szczególności, że działanie to jest kolejnym powieleniem proponowanych działań. Jeszcze raz Zamawiający podkreśla, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie da się zastosować jednego - zbiorczego uzasadnienia do wszystkich proponowanych działań, chociażby z uwagi na fakt, że wiele tych propozycji działań powiela się, co w ocenie

Zamawiającego, wymaga aby w odniesieniu do każdej propozycji wskazać dlaczego przykładowo działanie nr 5 nie będzie wystarczające do osiągnięcia jakiegoś celu, albo, że właśnie działanie nr 8 nie stanowi tak naprawdę powielenia działania nr 5 i że jeszcze lepiej wpłynie na jakość świadczonej usługi.

W zakresie działania nr 10 jeden z Członków Komisji nie przyznał Odwołującemu punktów, wskazując, iż w jego ocenie Wykonawca nie uzasadnił proponowanego działania. W ocenie Zamawiającego, wskazany Członek Komisji miał prawo do takiej oceny OPRACOWANIA w tym zakresie. Wprowadzanie dodatkowego dokumentu, który powiela działania wymagane przez Zamawiającego w SIWZ, jak sporządzanie raportów, czy nawet w propozycjach Wykonawcy, jak rejestry zmian, w ocenie Członka Komisji nie miało żadnego uzasadnienia i nie prowadziło do polepszenia jakości świadczonych usług.

Zamawiający wskazuje, że nakazanie zmian w punktacji poszczególnych Członków Komisji prowadziłyby do zachwiania niezależności działania poszczególnych Członków Komisji oraz do dokonywania samodzielnej oceny zgodnie z obiektywnymi kryteriami i własną wiedzą i doświadczeniem życiowym.

Poza tym w Zamawiający wskazuje, że zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które ma wpływ na wynik postępowania. Zamawiający podnosi, że równolegle rozpoznawane jest drugie odwołanie wniesione przez WYG Consulting Sp. z o.o. i w zależności od zakresu ewentualnie uwzględnionych zarzutów w tym oraz w postępowaniu KIO 2468/14 Izba winna dokonać sprawdzenia, czy ich uwzględnienie będzie miało wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje
w sprawach oznaczonych: Sygn. akt KIO 2468/14 i Sygn. akt KIO 2475/14

Izba ustaliła jak poniżej

Obydwa odwołania to jest oznaczone Sygn. akt KIO 2468/14 jak i oznaczone Sygn. akt KIO 2475/14 dotyczą tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą WYKONANIE REZULTATÓW STUDIUM WYKONALNOŚCI, WRAZ Z USZCZEGÓLOWIENIEM TECHNICZNYM WARIANTÓW INWESTYCYJNYCH

DLA PROJEKTU PN.: PRACE NA LINII KOLEJOWEJ C-E 20 NA ODCINKU ŁOWICZ GŁÓWNY - SKIERNIEWICE - PILAWA - ŁUKÓW".

Obydwaj odwołujący w tym samym zakresie zaskarżyli czynność zamawiającego to jest ocenę ich ofert w ramach pod kryterium 2 „Elementy zarządzania jakością”.

Zarzucili zamawiającemu ocenę ich ofert w sposób niezgodny z przyjętymi kryteriami oceny ofert i w konsekwencji przyznanie odwołującym mniejszej liczby punktów niż powinni uzyskać w wyniku oceny ich ofert.

Obydwaj odwołujący zarzucają zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Artykuł 7 Ustawy Pzp. stanowi o naczelnej zasadzie udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z jego treścią „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2468/14 odwołanie zostało złożone pomimo, iż oferta wykonawcy WYG Consulting Sp. z o.o. Warszawa składającego odwołanie została uznana za najkorzystniejszą w rankingu złożonych ofert i wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Wykonawca wybrany WYG Consulting Sp. z o.o. Warszawa złożył odwołanie również jak drugi odwołujący uważając, że zamawiający niezgodnie z SIWZ ocenił jego ofertę w pod kryterium „Zarządzanie jakością” przyznając jego ofercie zbyt małą ilość punktów w stosunku do ilości punktów możliwych do przyznania na podstawie obowiązującej SIWZ.

Według obydwu odwołujących powinni oni otrzymać maksymalną ilość punktów to jest osiemdziesiąt za dziesięć działań czyli za każde przedstawione w ofercie działanie przewidzianą ilość ośmiu punktów.

Natomiast pomimo przedstawienia w każdej z ofert po dziesięć działań nie otrzymali po osiemdziesiąt punktów w związku z niezgodną z kryteriami oceny ofert oceną przedstawionych przez nich działań w ich ofertach.

Izba przeprowadziła na rozprawie dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dołączonej do akt sprawy a przekazanej za potwierdzeniem odbioru przez zamawiającego dokonując ustaleń w obydwu sprawach to jest oznaczonej Sygn. akt KIO 2475/13 to jest SAFEGE S.A. Francja i CONSEKO - SAFEGE S.A. Kraków jak poniżej.

Izba z protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego przez zamawiającego Izba ustaliła.

Zamawiający którym jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Wykonanie Rezultatów Studium Wykonalności, wraz z uszczegółowieniem technicznym wariantów inwestycyjnych dla projektu: Prace na linii kolejowej C-E-20 na odcinku Łowicz Główny – Skierniewice – Pilawa – Łuków.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.07.2014r. pod poz. 2014/S 128 – 229 695.

Na otwarciu ofert w dniu 21.08.2014r. bezpośrednio przed ich otwarciem zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 4.920.000,00 zł. brutto.

Z zestawienia ofert wynika, że oferty złożyło 10 wykonawców. Zamawiający ustalił kryterium oceny ofert: całkowita cena brutto - 40%; wartość techniczna – 60 %.

Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę odwołującego WYG Consulting Sp. z o.o. Warszawa. Oferta ta otrzymała najwyższą ilość punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert to jest: 88,28 w tym kryterium ceny: „Całkowita cena brutto” – 36,68 punktów i w kryterium „Wartość techniczna” - 51,60 punktów.

Oferta z kolei drugiego odwołującego w niniejszym postępowaniu to jest oferta złożona przez: SAFEGE S.A. – Lider Francja i „CONSEKO-SAFEGE” S.A. Kraków – Partner – Pełnomocnik. Łączna punktacja oferty: 72,00 punkty w tym kryterium „Całkowita cena brutto” – 39,00 punktów i kryterium „Wartość techniczna”- 33,00 punkty. Według tej punktacji oferta odwołującego SAFEGE uplasowała się na piątej pozycji czyli czterech wykonawców uzyskało w łącznej ocenie ofert więcej od niej punktów.

Izba na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego (SIWZ) dla przetargu nieograniczonego na Wykonanie Rezultatów Studium Wykonalności, wraz z uszczegółowieniem Technicznym Wariantów Inwestycyjnych dla Projektu PN: „Prace na linii Kolejowej C-E 20 na odcinku Łowicz Główny – Skierniewice –Pilawa – Luków” ustaliła jak poniżej.

Postępowaniu nadano numer referencyjny: 6060/ICZ3/000001/14/P.

SIWZ składa się z trzech części: Część I - Instrukcja Dla Wykonawców; Część II – Projekt Umowy; Część III – Opis Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z pkt 15 IDW w skład zawartości ofert wchodzi Opracowanie pt” Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością” o którym mowa w pkt 19 IDW.

Punkt 19 IDW reguluje Tryb i Sposób oceny ofert.

Punkt 19.9. kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty przewiduje: za cenę całkowitą brutto – 40 % i za wartość techniczną – 60 %. Łączna punktacja oferty dokonana będzie według skali punktowej przy założeniu, że maksymalna łączna punktacja może wynieść 100 punktów.

W punkcie 19.9.2 Ocena oferty i punktacja w ramach kryterium „Wartość techniczna”.

Łączna punktacja poszczególnych ofert w kryterium „Wartość techniczna” (z uwzględnieniem wagi kryterium) obliczona została jako suma punktów przydzielonych na podstawie dokonanej oceny Pod kryterium 1 to jest Rozpoznanie przedmiotu zamówienia i punktów przydzielonych na podstawie dokonanej oceny w Pod kryterium 2 Elementy zarządzania jakością. Opracowanie pt ”Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością” stanowić będzie integralną część Umowy zawieranej w wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą. Wobec tego Wykonawca będzie związany proponowanymi w Opracowaniu rozwiązaniami i odpowiedzialny w tym zakresie wobec Zamawiającego.

Przedmiotem odwołania nie jest pod kryterium 1. „Rozpoznanie przedmiotu zamówienia” opisane w punkcie 19.9.2.1.1. jednak co do metody oceny jest to pod kryterium zbliżone do pod kryterium 2. „Elementy zarządzania jakością”, które to pod kryterium stanowi przedmiot odwołania. Ocena „Rozpoznania przedmiotu zamówienia” odbywa się w następujący sposób. Ocena zostanie przeprowadzona indywidualnie przez wyznaczonych członków Komisji Przetargowej. Przyznanie liczby punktów zależało od wskazania listy interesariuszy zewnętrznych projektu i przewidywało: 0 punktów, 5 punktów, 10 punktów w zależności od ilości wskazanych interesariuszy oraz wskazania „poprawnego merytorycznie uzasadnienia dla swojego wyboru”. Przyznanie liczby źródeł, które zostaną wykorzystane do pozyskania danych do analiz przy realizacji zamówienia i przewidywało: 0 punktów, 5 punktów, 10 punktów w zależności od ilości wskazanych interesariuszy oraz wskazania „poprawnego merytorycznie wskazania do których analiz będą wykorzystywane dane z przytoczonych źródeł”. Przy czym punktacja przydzielona na podstawie dokonanej oceny Pod kryterium 1 obliczona będzie jako suma punktów przyznanych przez uczestniczących w ocenie Opracowania w zakresie Pod kryterium 1 Członków Komisji przetargowej podzielona przez

ilość Członków Komisji Przetargowej uczestniczących w ocenie Opracowania w zakresie Pod kryterium 1.

Z powyższego wynika, że poszczególni Członkowie Komisji Przetargowej przyznając punkty dokonują oprócz obiektywnej oceny to jest w zakresie „liczby interesariuszy” również subiektywnej oceny w zakresie „jednocześnie wskazania poprawnego merytorycznie uzasadnienia dla swojego wyboru wg wymagań wskazanych w punkcie 19.9.2.1.1. w podpunkcie 1 IDW („przedstawi uzasadnienie dla swojego wyboru oparte co najmniej o zapisy OPZ tzn. wskazując w ramach, których konkretnie Etapów konieczna będzie współpraca z konkretnymi, wymienionymi przez Wykonawcę, interesariuszami zewnętrznymi). Przy czym w oparciu o tak ustaloną metodę oceny nie było odwołań.

Natomiast odwołania dotyczyły oceny w Pod kryterium 2: Elementy zarządzania jakością. 19.9.2.2.1 Wymagania. wykonawca miał przedstawić: Własne propozycje w zakresie działań jakie przewiduje podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości w realizacji zamówienia. Przedstawione propozycje powinny być propozycjami nowymi, dodatkowymi w stosunku do działań i wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ w szczególności w punkcie 8 OPZ. Wykonawca powinien przedstawić działania odnoszące się np. do: zapewnienia kontroli jakości wykonania dokumentacji i minimalizacji powstawania wad i usterek, efektywnego zarządzania komunikacją i współpracy wszystkich interesariuszy projektu, efektywnej organizacji pracy, zapewnienia kontroli kosztów i terminowych płatności dla podwykonawców, zapewnienia dotrzymywania kamieni milowych umowy, itp. Wskazując działania Wykonawca uzasadni dlaczego uważa, że proponowane przez niego działania przyniosą zamierzony skutek. Własne propozycje Wykonawcy w zakresie działań jakie przewiduje podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości w realizacji zamówienia muszą być merytorycznie poprawne tzn. powiązane merytorycznie z wymaganiami jakie są postawione w SIWZ dla realizacji Umowy i zwiększać prawdopodobieństwo należytego i terminowego wykonania Umowy. 19.9.2.2.2 Ocena i punktacja. (...) Ocena przeprowadzona zostanie indywidualnie przez wyznaczonych członków Komisji Przetargowej, wg następujących zasad: Propozycje Wykonawcy w zakresie działań jakie przewiduje podjąć w celu zapewnienia najwyższej jakości w realizacji zamówienia. Wykonawca: - w przypadku braku wskazania przez Wykonawcę dodatkowych, merytorycznie poprawnych działań, mających na celu zapewnienie najwyższej jakości w realizacji zamówienia - uzyska: 0,00 pkt - za każde dodatkowe działanie, merytorycznie poprawne i uzasadnione przez Wykonawcę, mające na celu zapewnienie najwyższej jakości w realizacji zamówienia - uzyska: 8,00 pkt Uwaga: można wskazać maksymalnie 10 działań, czyli uzyskać maksymalnie 80 punktów. Ponadto każde działanie musi mieć uzasadnienie ponieważ przy jego braku nie będzie przydzielany żaden punkt dla danego działania."

Załącznikiem do SIWZ jest dokument Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ).

W przywołanym powyżej pkt 8 OPZ W pkt 8 OPZ Zamawiający wymagał: „Pkt. 8.1 „A) Podczas realizacji Przedmiotu Zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do przedstawiania w języku polskim, w cyklu miesięcznym, informacji o postępie prac. Informacja ta podlega akceptacji przez Zamawiającego i będzie zawierała w szczególności następujące elementy: 1) postęp w poszczególnych zadaniach i oczekiwany termin zakończenia tych zadań; 2) krótkie streszczenia prac zrealizowanych w ramach zadań; 3) zestawienie wykonanych dotychczas uzgodnień z przedstawicielami PKP PLK S.A., zwłaszcza w zakresie proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań technicznych; 4) zestawienie innych ustaleń podjętych przez Wykonawcę; 5) wszelkie zaistniałe i przewidywane opóźnienia; 6) istniejące i przewidywane problemy wraz z propozycjami ich rozwiązania. 7) zestawienie korespondencji prowadzonej w związku z realizowanym zamówieniem.” Czy też Pkt. 8.2.2 „Koordynator Projektu Wykonawca wyznaczy osobę odpowiedzialną za kontakty z Zamawiającym oraz bieżące monitorowanie postępów prac. Do zadań Koordynatora Projektu należą wszelkie, związane z zamówieniem, formalne uzgodnienia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym oraz przygotowywanie cyklicznych informacji o realizacji zamówienia i rozwiązywanie, we współpracy z Zamawiającym, wszelkich problemów zaistniałych w trakcie jego realizacji. Wymagana jest bezpośrednia współpraca z Zamawiającym w języku polskim.”

Na podstawie tak dokonanych ustaleń Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła w zakresie odwołania w sprawie Sygn. akt KIO 2468/14 i w sprawie Sygn.akt KIO 2475/14

Odwołanie WYG Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie konsorcjum: SAFEGE S.A. – Lider z siedzibą we Francji i „CONSEKO-SAFEGE” S.A. z siedzibą w Krakowie – Członek - Pełnomocnik z siedzibą w Krakowie nie zasługuje na uwzględnienie.

Prawo do wniesienia odwołania Sygn. akt KIO 2468/14

Co do prawa odwołującego WYG Sp. z o.o. wniesienia odwołania to Izba stwierdziła po stronie odwołującego istnienie tego prawa pomimo, że oferta jego była wybrana jako najkorzystniejsza ale uwzględniając okoliczności faktyczne i prawne na które powołuje się odwołujący oraz w związku z obowiązującymi postanowieniami SIWZ w przedmiotowym postępowaniu prawo do wniesienia odwołania istnieje. Przede wszystkim słusznie założył

odwołujący a co potwierdziło się w praktyce, że inny wykonawca złożył odwołanie kwestionując wybór najkorzystniejszej oferty i wnosząc o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Powyższe prawo wniesienia odwołania istnieje również w związku z dokonaną oceną ofert w kryterium „Wartość Techniczna” a konkretnie „Podkryterium 2 „Elementy zarządzania jakością” gdzie odwołujący wbrew oczekiwaniom nie uzyskał maksymalnej ilości punktów.

Przede wszystkim Izba podziela stanowisko odwołującego co do obowiązywania zasady koncentracji wnoszenia środków ochrony prawnej w związku z treścią art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych. W myśl tego przepisu niezwłocznie zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia jednocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o: wyborze najkorzystniejszej oferty, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy wykonawców, którzy złożyli oferty a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Również zamawiający informuje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego a także o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę. Zamawiający także informuje o terminie zgodnie z art. 94 ust.1 i 2, po upływie którego umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta. Treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest pismo zamawiającego z dnia 13.11.2014r. zawiera wszystkie elementy wynikające z powyżej opisanego art. 92 ustawy w tym przedstawione są ilości przyznanych punktów w poszczególnych kryteriach jak i łączna ilość przyznanych poszczególnym ofertom punktów. W związku z tym WYG Sp. z o.o. jako wykonawca wybrany miał prawo podnieść zarzut wadliwej oceny złożonej przez niego oferty w kontekście obowiązujących kryteriów a co uczynił odnośnie kryterium „Wartość techniczna” w Podkryterium 2 „Elementy zarządzania jakością”. Odwołujący podniósł zarzut, że jego oferta wbrew zasadom i w kontekście obowiązującego Podkryterium 2 „Elementy zarządzania jakością” nie otrzymała maksymalnej ilości punktów w wyniku nieprawidłowej oceny zamawiającego.

Izba w świetle przedstawionych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych uznaje za skuteczne prawo odwołującego WYG Consulting Sp. z o.o. w Warszawie do wniesienia odwołania przy uwzględnieniu przesłanek z art.179 ust.1 w związku z art.92 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., pomimo wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Prawo do wniesienia odwołania Sygn. akt KIO 2475/14

Odwołujący konsorcjum SAFEGE w rankingu ofert zajął piątą pozycję. W złożonym odwołaniu domaga się przyznania maksymalnej ilości punktów w Pod kryterium 2 „Elementy

zarządzania jakością”, ponieważ uzyska przez to łączną ilość punktów przewyższającą ustalony ranking ofert i jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

W zakresie podniesionych zarzutów w obydwu odwołaniach Sygn. akt KIO 2468/14 i Sygn. akt KIO 2475/14 Izba zaważyła jak poniżej.

Obowiązujące postanowienia SIWZ przewidują następujące kryteria oceny ofert to jest 40 procent Cena i 60 procent Wartość techniczna. Przy czym 40 % kryterium „Całkowita cena brutto” wyliczana jest według wzoru matematycznego. Natomiast drugie kryterium, którego waga wynosi 60 % to „Wartość techniczna”. Przy czym łączna punktacja poszczególnych ofert w kryterium „Wartość techniczna” z uwzględnieniem wagi kryterium obliczona zostanie według następującego wzoru: Łączna punktacja w kryterium „Wartość Techniczna” równa się punktacja przydzielona na podstawie dokonanej oceny „Pod kryterium 1” Rozpoznanie przedmiotu zamówienia plus „Pod kryterium 2 ”Elementy zarządzania jakością” pomnożone przez wagę 60 procent.

Izba rozpatrując obydwie odwołania nie znalazła podstaw do uwzględnienia argumentacji żadnego z odwołań w zakresie twierdzeń odwołujących, że zamawiający nienależycie dokonał oceny zaoferowanych działań nie przyznając maksymalnej ilości punktów w pod kryterium 2 „zarządzanie jakością” za wszystkie oceniane działania.

Przyczyną nie uwzględnienia zarzutów przez Izbę jest treść postanowień SIWZ w zakresie oceny ofert to jest brak ich jednoznaczności, która powoduje brak możliwości obiektywnej oceny ofert.

Jednoznacznym dowodem na powyższe stwierdzenie Izby jest efekt oceny tej samej oferty przez poszczególnych Członków Komisji Przetargowej. Bowiem część członków Komisji przetargowej przyznała „0” punktów a część członków Komisji przyznała „8” punktów za przedstawione w ofercie dodatkowe działanie w jakości zarządzania (kryterium „Jakość zarządzania” przewiduje za pozytywną ocenę w zakresie innowacyjności działania „8” punktów a za brak innowacyjności działania „0” punktów).

Owszem zgodnie z powyżej dokonanymi ustaleniami Izby postanowienia SIWZ przewidują indywidualną ocenę ofert przez poszczególnych Członków Komisji Przetargowej przyznając im uprawnienie do niezależnej oceny. W konsekwencji obowiązującego SIWZ (punkt 19 Tryb i sposób oceny ofert) przyznanie punktów w kryterium „Wartość techniczna” w tym w pod kryterium 2 „zarządzanie jakością” następuje jako suma punktów przyznanych przez poszczególnych Członków Komisji podzielona przez liczbę członków Komisji.

Praktyka oceny ofert w tym postępowaniu pokazuje, że to samo „dodatkowe działanie” przedstawione w ofercie różnie zostaje ocenione w zależności od tego, który Członek Komisji Przetargowej dokonuje oceny. Zamawiający takiej sytuacji nie uznaje za nieprawidłową i uważa, że jest to dopuszczalne w ramach suwerennej oceny poszczególnego Członka Komisji Przetargowej. Wręcz zamawiający wpisuje taką sytuację jako konsekwencję subiektywnego/ niewymiernego kryterium oceny ofert.

W ocenie Izby w zamówieniach publicznych brak jest prawa do „subiektywnych kryteriów oceny ofert” jak również brak jest uprawnienia do „subiektywnej oceny ofert” to jest różnej oceny poszczególnych Członków Komisji Przetargowej w tym przypadku tego samego „dodatkowego działania w zakresie zarządzania jakością” przedstawionego w ofercie.

Na powyższe wskazuje regulacja art.7 ust.2 ustawy Pzp. zgodnie z którą czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Jeżeli ustawa Pzp. przewiduje obiektywizm to w ocenie Izby nie może być stosowana zasada przy ocenie oferty według kryteriów oceny ofert pozwalająca na różną ocenę ofert przez poszczególnych Członków Komisji Przetargowej. Zamawiający ustalając taką ocenę ofert dopuszcza subiektywizm oceny to jest różną ocenę poszczególnych Członków Komisji Przetargowej.

Postanowienia SIWZ stanowią prawo ustalone przez zamawiającego (art.42 w związku z art.36 ustawy Pzp.) i obowiązujące, ponieważ wykonawcy w tym zakresie do zamawiającego nie zwrócili się umożliwiając jego zmianę chociażby w trybie art.38 ust.4 ustawy Pzp. Przy czym praktyka stosowania tak ustalonego sposobu oceny ofert pokazuje na skrajnie różne możliwości oceny tego samego stanu faktycznego to jest „przedstawionego dodatkowego działania wykonawcy”.

W ocenie Izby różna ocena poszczególnych Członków Komisji Przetargowej jest wynikiem braku precyzyjnego opisu w SIWZ na podstawie którego przyznawane są lub nie punkty za dodatkowe działania.

Po pierwsze brak w SIWZ jednoznacznego określenia działań standardowych mających na celu zarządzanie jakością zamówienia, za które to działania wykonawcy nie mogą domagać się przyznania dodatkowych punktów („8” punktów). W punkcie 19.9.2.2.1.Wymagania SIWZ (Pkt 19 Tryb i sposób oceny ofert) mówi się o wymaganiach postawionych przez zamawiającego w SIWZ w szczególności o punkcie 8 OPZ („Przedstawione propozycje powinny być propozycjami nowymi, dodatkowymi w stosunku do działań i wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ w szczególności w punkcie 8 OPZ). Czyli według takiej regulacji punkt 8 OPZ (8.Zarządzanie, monitorowanie i ocena) jest regulacją szczególną. Natomiast nie skatalogowano w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, kompleksowych działań w celu zarządzania jakością, które są działaniami obowiązkowymi wykonawcy i za które to działania nie ma prawa domagać się punktów w ramach kryterium

Wartość techniczna; pod kryterium 2 Zarządzanie jakością. Ponadto w samej SIWZ również nie zdefiniowano działania jako takiego to jest co będzie traktowane jako odrębne działanie a co np. jako tylko modyfikacja czy uszczegółowienie działania już opisanego w SIWZ.

W takiej sytuacji naturalnym zjawiskiem jest różna przez poszczególnych Członków Komisji Przetargowej ocena tej samej propozycji „dodatkowych działań” przedstawianych przez wykonawców w załączonych do ofert „Opracowań pn. Rozpoznanie przedmiotu zamówienia oraz wybrane elementy zarządzania jakością”.

W toku całego postępowania odwoławczego zamawiający jako inne działania wyznaczone w OPZ wskazał tylko pkt 5 Produkty 5.1. Uwagi ogólne, powołując się na obowiązek wykonawcy dokumentowania (w formie notatek, decyzji, pism itp.).

Zamawiający w pozostałym zakresie jako argumentację odmowy uznania poszczególnych działań zgłoszonych przez odwołujących jako dodatkowe, przywoływał pkt 8 OPZ, który w ocenie Izby cechuje się dużym stopniem ogólności i brakiem precyzyjności (W pkt 8 OPZ Zamawiający wymagał: „Pkt. 8.1 ,A) Podczas realizacji Przedmiotu Zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do przedstawiania w języku polskim, w cyklu miesięcznym, informacji o postępie prac. Informacja ta podlega akceptacji przez Zamawiającego i będzie zawierała w szczególności następujące elementy: 1)postęp w poszczególnych zadaniach i oczekiwany termin zakończenia tych zadań; 2)krótkie streszczenia prac zrealizowanych w ramach zadań; 3)zestawienie wykonanych dotychczas uzgodnień z przedstawicielami PKP PLK S.A., zwłaszcza w zakresie proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań technicznych;4)zestawienie innych ustaleń podjętych przez Wykonawcę; 5)wszelkie zaistniałe i przewidywane opóźnienia; 6)istniejące i przewidywane problemy wraz z propozycjami ich rozwiązania.7)zestawienie korespondencji prowadzonej w związku z realizowanym zamówieniem.” Czy też Pkt. 8.2.2 „Koordynator Projektu Wykonawca wyznaczy osobę odpowiedzialną za kontakty z Zamawiającym oraz bieżące monitorowanie postępów prac. Do zadań Koordynatora Projektu należą wszelkie, związane z zamówieniem, formalne uzgodnienia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym oraz przygotowywanie cyklicznych informacji o realizacji zamówienia i rozwiązywanie, we współpracy z Zamawiającym, wszelkich problemów zaistniałych w trakcie jego realizacji. Wymagana jest bezpośrednia współpraca z Zamawiającym w języku polskim.”).

I tak odnosząc się do argumentacji odwołań Izba co do zasady stwierdza jak poniżej.

Różnice pomiędzy ocenami przedstawionych działań przez zamawiającego i odwołujących wynikały na przykład z okoliczności, że zamawiający opisał działanie do którego zobowiązany jest wykonawca w trakcie realizacji zamówienia np.: poprzez obowiązek okresowego sporządzania sprawozdań z dokonanych czynności w celu przedstawienia czy nie występują opóźnienia w realizacji zamówienia, czy zamówienie jest realizowane

merytorycznie zgodnie z SIWZ. Opisując to działanie o charakterze sprawozdawczo – meldunkowym jednocześnie zamawiający zastrzegł jakie elementy powinny być w tym dokumencie o charakterze raportu przedstawione. Natomiast odwołujący na bazie już ustalonego działania przez zamawiającego rozbudował je o dalsze aspekty, które przy okazji oceny dokonanych czynności można analizować o dalsze zagadnienia w szczególności pod kątem ustrzeżenia się w przyszłości od błędów. Izba w tym zakresie podziela stanowisko zamawiającego, który wskazując na punktowanie nowych, dodatkowych działań nie ujętych w SIWZ, zamierzał punktować nowe dodatkowe działania a nie działania, które już są wyspecyfikowane w SIWZ a wykonawca jedynie je modyfikuje, rozwija, rozszerza aspekty już opisanych działań.

Tak jak powyżej ogólnie sprecyzowane obowiązki wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia powodują, że argumentacja zamawiającego o odmowie przyznania punktów za przedstawione w ofertach dodatkowe działania przedstawiona do obydwu odwołań w odpowiedziach zamawiającego jest usprawiedliwiona.

Izba akceptuje stanowiska zamawiającego przedstawione w odpowiedziach na obydwa odwołania. W związku z powyższym Izba nie będzie powielala argumentacji zamawiającego przedstawionej powyżej z uwzględnieniem braku jej konkretyzacji z powodu objęcia przez obydwu odwołujących tajemnicą zarówno Opracowań załączonych do ofert jak i odwołań w tym zakresie.

Izba odnosząc się do wniosków odwołań w zakresie uwzględniania rozbieżności w ocenach poszczególnych Członków Komisji Przetargowej na korzyść odwołujących nie znalazła podstaw w świetle obowiązującego prawa do ich uwzględnienia („Odwołujący w ujęciu tabelarycznym przedstawił dziesięć działań, przedstawiając jak poszczególni członkowie komisji dokonywali ocen poszczególnych działań. Z tabeli wynika, że poszczególni członkowie komisji przetargowej te same działania oceniali różnie przyznając albo „0” punktu albo „8 punktów”. I tak za działanie nr 1;2;3;5;6;9 czterej członkowie komisji pozytywnie ocenili działanie. Pozostałe działania to jest nr 4;7;8;10 członkowie komisji przetargowej ocenili różnie to jest częściowo pozytywnie i częściowo negatywnie to jest przyznając albo „0” albo „8” punktów. Brak przyznania punktów za poszczególne działania uzasadnili następującymi uwagami: poszczególne działania zawarte jest w innym działaniu. Odwołujący wskazuje, że tylko jeden z członków Komisji nie przyznał punktu w tak uzasadnionej sytuacji. Natomiast pozostali trzej członkowie Komisji przyznali punkty za to działanie. Chodzi o działanie nr 4. W takiej sytuacji odwołujący uważa, że wątpliwości powinny być rozstrzygnięte na jego korzyść i wnosi o przyznanie maksymalnej ilości punktów.”).

Reasumując Izba wobec postanowień SIWZ co do obowiązującej zasady „indywidualnej oceny w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert przez poszczególnych Członków Komisji Przetargowej” nie znajduje podstaw do rozstrzygnięcia na korzyść odwołujących, którzy domagają się ujednoczenia oceny w poszczególnym kryterium na korzyść odwołującego.

Tego rodzaju wnioski ujednoczenia ocen członków Komisji Przetargowej na korzyść odwołujących znajdują się w obydwu odwołaniach. Przeciwno takiemu rozstrzygnięciu zamawiający oponuje przedstawiając odpowiedzi na obydwa odwołania podnosząc prawo członków Komisji do suwerennej oceny. W ocenie Izby wobec tak przyjętych postanowień SIWZ brak podstaw prawnych do uwzględnienia żądań odwołujących.

Na marginesie Izba zważyła jak poniżej.

Odwołujący mylą „dodatkowe, nowe działania” z „nowymi dodatkowymi narzędziami w zakresie porozumiewania się” czy też „ze zmianą częstotliwości działań” i bezpodstawnie oczekują od zamawiającego przyznania punktów jak za nowe, dodatkowe działania nie przewidziane w Opisie Przedmiotu Zamówienia. W ocenie Izby takie rozumienie pojęcia „działania” jest nieuprawnione, ponieważ forma porozumiewania się np.: telekonferencja, wideokonferencja nie stanowi działania tylko jest narzędziem w działaniu. Pomimo braku zdefiniowania przez zamawiającego pojęcia „działania” na użytek tego postępowania Izba akceptuje w tym zakresie stanowisko zamawiającego. Bowiern mnożenie czy to kolejnych form porozumiewania się (telefon, Internet), czy zwiększenie częstotliwości czynności (co kwartał, co miesiąc, co tydzień) nie stanowi nowego działania za które można skutecznie domagać się przyznania punktów.

Co do wymogu przedstawienia „uzasadnienia” jako warunku przyznania punktów za poszczególne działania. W ocenie Izby wymóg ten ma nie tylko znaczenie formalne ale również merytoryczne od którego zależy przyznanie punktów. Z literalnego brzmienia SIWZ wynika, że uzasadnienie działania jest warunkiem niezbędnym dla przyznania punktu i uzasadnienia wymaga każde działanie a nie wystarczy jedno uzasadnienie dla wielu działań. W ocenie Izby odrębne uzasadnienie do każdego działania również wymagane jest z merytorycznego punktu widzenia. Bowiern uzasadnienie powinno wskazywać w jaki sposób przedstawione działanie wpływa na zarządzanie jakością realizacji zamówienia. W związku z tym indywidualny charakter dodatkowych, nowych (innovacyjnych) działań zarządzania jakością jest nierozzerwalnie związany z odrębnym uzasadnieniem każdego z tych działań. Reasumując w ocenie Izby również uzasadnienie do tych działań powinno być odrębne dla każdego działania, ponieważ jedno uzasadnienie dla wielu działań przeczy nowemu charakterowi poszczególnych działań.

Przedstawione wyliczenie zamawiającego z którego wynika, że tylko uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołującego w sprawie Sygn. akt KIO 2475/14 umożliwi wybór jego oferty nie ma znaczenia w sprawie z uwagi na nie uwzględnienie zarzutów odwołań.

Przekazane na rozprawie dokumenty w sprawie Sygn. akt KIO 2475/14 nie stanowią dowodu na dodatkowe działanie, ponieważ stanowią uzupełnienie oferty po jej wniesieniu co przekracza zakres art.87 ust.1 ustawy Pzp co do możliwości wyjaśnienia treści oferty.

Reasumując wobec tak nieprecyzyjnie ustalonych postanowień SIWZ co do wyliczenia działań standardowych wynikających z OPZ oraz braku zdefiniowania co należy rozumieć przez „działania zarządzania jakością” Izba stwierdza brak możliwości wyegzekwowania obiektywnej oceny ofert, której domagają się odwołujący.

W tym stanie rzeczy podniesione zarzuty odwołań co do naruszenia art.91 ust.1 w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp. nie zostały wykazane w obydwu odwołaniach.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 oraz § 5 ust.3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczone wpisy przez odwołujących w łącznej kwocie 30.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołujących na rzecz zamawiającego łącznie kwotę 7.200,00 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:

