

**Sygn. akt: KIO 2561/14, KIO 2563/14**

**WYROK**  
**z dnia 8 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2014 r. i 5 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 2561/14),
- B. w dniu 4 grudnia 2014 r. przez wykonawcę TPF sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2563/14),
  
- A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECMG GmbH w Wiedniu, Austria oraz SGS Polska sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2561/14, KIO 2563/14 po stronie zamawiającego,
- B. przy udziale wykonawcy Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2561/14 i KIO 2563/14 po stronie zamawiającego,
- C. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2563/14 po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2561/14,**
2. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2563/14,**
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2561/14 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2563/14 obciąża wykonawcę TPF sp. z o.o. w Warszawie i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie, wykonawcę TPF sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań, po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez każdego z nich,
  - 3.2. w sprawie o sygn. akt KIO 2561/14 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.3. w sprawie o sygn. akt KIO 2563/14 zasądza od wykonawcy TPF sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu kwotę **2.460 zł 00 gr** (słownie: dwóch tysięcy czterystu sześćdziesięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie dwoma Kontraktami pn.: <Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól – Legnica (A-4), zadanie I od węzła Nowa Sól Południe do węzła Gaworzycze (bez węzła), o długości ok. 16,400 km tj. od km 0+000 do ok. km 16+397,76 (tj. do km 16+400 ustalonego na etapie decyzji środowiskowej i podziału dokumentacji na odcinki)>, <Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól – Legnica (A-4): zadanie II od węzła Gaworzycze do węzła Kaźmierzów (bez węzła), o długości ok. 16,900 km tj. od km 16+400 do ok. km 33+300>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2014 r., nr 2014/S 050-083700.

W dniu 24 listopada 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. w Tarnowie i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym MGGP” oraz wykonawcę TPF sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym TPF” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ECMG GmbH w Wiedniu, Austria oraz SGS Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „przystępującym ECMG”, jak również o odrzuceniu oferty odwołującego TPF.

W dniu 4 grudnia 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołujący MGGP oraz odwołujący TPF. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 2561/14 oraz sygn. akt KIO 2563/14

#### **KIO 2561/14**

Odwołujący MGGP wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na ocenie oferty odwołującego MGGP w zakresie kryterium oceny ofert „metodyka”,
- 3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego MGGP jako najkorzystniejszej.

Odwołujący MGGP zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na przyznaniu ofercie odwołującego MGGP w ramach kryterium „metodyka” mniejszej liczby punktów, niż wynika to z kryteriów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez przystępującego ECMG i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego MGGP, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) przeprowadzenie ponownej oceny oferty odwołującego MGGP w odniesieniu do kryterium „metodyka” i przyznanie odwołującemu dodatkowych punktów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa w punkcie 2.

W uzasadnieniu odwołujący MGGP podniósł, że zamawiający przyznał jego ofercie 55,36 punktu w kryterium „cena” oraz 28,42 punktu w kryterium „metodyka”. Odwołujący MGGP uważał, że zamawiający winien przyznać jego ofercie w kryterium „metodyka” maksymalną liczbę punktów, to jest 40. Mając na uwadze, że metodyka załączona do oferty odwołującego stanowiła w całości przedmiot tajemnicy przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie odwołujący MGGP w pełni podtrzymał, w odwołaniu w miejsce dokładnego cytowania działań wskazał odesłania do jednostek redakcyjnych metodyki.

**Podkryterium 1: Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór I OPZ na nadzór**

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

- a) Działanie nr 2

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	1

- a. Odwołujący MGGP podniósł, że stwierdzenie członków komisji nr 1, nr 2 i nr 3, jakoby zaproponowane działanie nie ma wpływu na usługę nadzoru nie znajduje podstaw. Uzasadnienie przekazane odwołującemu jest lakoniczne, co istotnie utrudnia polemikę.

Odwołujący MGGP podniósł, że zaproponowane działanie jest adekwatne do celu, jaki ma zostać osiągnięty, ponieważ ogranicza ryzyko zmienności składu ekspertów, a tym samym redukuje zagrożenie, że w trakcie realizacji zadania dojdzie do zakłóceń. Tym samym, działanie ma pozytywny wpływ na realizację celu, który jest kluczowy w świetle podkryterium nr 1, czyli realizację zamówienia zgodnie z warunkami umowy i OPZ.

b. Niezasadne jest też stanowisko członka komisji nr 4, który podniósł, że „działania 1-13 mają na celu zapewnienie ciągłości pracy personelu, rezultat działań jest ten sam”. Argument ten jest sprzeczny z treścią omawianego podkryterium: ocenie podlegają bowiem propozycje dodatkowych działań, nawet jeśli kilka z nich zmierza do tego samego lub zbliżonego rezultatu. Zresztą stwierdzając, że tylko „rezultat działań jest ten sam”, członek komisji sam przyznaje, że mamy do czynienia z kilkoma działaniami.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 4 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 0,8 punktu w zakresie podkryterium nr 1.

b) Działanie nr 5

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
1	1	0	1	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:

a. Zaproponowane działanie wykracza poza obowiązki określone w SIWZ. Wbrew twierdzeniom członków komisji nr 3 i 5, ani § 12 ust. 9 umowy ani też pkt 6.3. OPZ nie zawierają żadnych wskazówek odnośnie sposobu spełnienia omawianego tam wymagania. Nie wyartykułowano nigdzie działań, które proponuje odwołujący MGGP w swojej metodyce.

b. Nieadekwatne jest zwłaszcza powoływanie się na punkt 6.3 OPZ, ponieważ dotyczy on przypadku tymczasowej nieobecności członka personelu, a z opisu omawianego działania, ujętego w metodyce, wprost wynika, że odnosi się do innej sytuacji.

c. Ponownie zamawiający wydaje się mylić rezultat oczekiwany przez zamawiającego z działaniem proponowanym przez wykonawcę. Jest oczywiste, że działania proponowane w podkryterium nr 1 będą odnosić się do ogólnych wymagań opisanych w SIWZ, ponieważ z założenia są nakierowane na zapewnienie realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór. Zaproponowane działanie jest adekwatne do celu, jaki ma zostać osiągnięty, ponieważ płynne przejęcie obowiązków, zapewniane przez omawiane działanie, istotnie ogranicza ryzyko zakłóceń i opóźnień w realizacji umowy.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 2 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 0,4 punktu w zakresie podkryterium nr 1.

c) Działanie nr 6

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP ocena zamawiającego jest wadliwa, bowiem:

a. Aktualne są wszystkie argumenty podniesione w odniesieniu do działania nr 5. Podkreślał, że członkowie komisji nie uzasadnili bliżej swoich twierdzeń o braku wpływu omawianego działania na świadczenie usługi nadzoru.

b. Członek komisji nr 2, w odniesieniu do pokrewnego działania nr 5, zdecydował o przyznaniu punktów. Decyzja o nieprzyznaniu punktu dla działania nr 6 z uwagi na rzekome „powielenie” obowiązków wynikających z SIWZ jest zatem wewnętrznie sprzeczna z twierdzeniami wyrażonymi przy ocenie działania nr 5.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 1.

d) Działanie nr 6

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
1	1	0	1	1

Odwołujący MGGP podniósł, że za ww. działanie jedynie członek komisji nr 3 nie przyznał odwołującemu punktu, wskazując - ponownie bez bliższego uzasadnienia - na brak wpływu działania na świadczenie usługi nadzoru. W ocenie odwołującego, mając na względzie kluczową rolę odgrywaną przy realizacji zamówienia przez personel, zaproponowane działanie zapewni gruntowną znajomość oczekiwań przez personel, co istotnie zwiększa szanse na realizację zamówienia zgodnie z warunkami przyjętymi w umowie. Istotną wartością jest przede wszystkim zorganizowana forma osiągnięcia tego celu. Co znamienne, w ocenie wszystkich pozostałych członków komisji przyznanie punktu było uzasadnione.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowego 1 punktu w odniesieniu do cząstkowej oceny członka komisji nr 3, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 0,2 punktu w zakresie podkryterium nr 1.

**Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej**

*Podkryterium 2.1: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Wykonawcą i Konsultantem*

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 3

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:

a. Członkowie komisji nr 1-4 nie uzasadnili bliżej swoich twierdzeń o braku wpływu omawianego działania na obieg korespondencji. Odwołujący MGGP podniósł, że zaproponowane działanie ma na celu ułatwienie identyfikacji odbiorcy, a w konsekwencji także procesu obiegu korespondencji, a zatem służy celowi, jakim jest właściwy obieg korespondencji kontraktowej pomiędzy Konsultantem i Wykonawcą,

b. Nie można zgodzić się uzasadnieniem członka komisji nr 5, który w uzasadnieniu swojej oceny stwierdził, że proponowane działanie powiela informacje podane w ofercie. Dokumenty załączone do oferty same w sobie nie spełniają celu, który odwołujący MGGP planuje osiągnąć przez omawiane tu działanie, już na etapie realizacji zamówienia. Nie uzasadniono też tezy o „powieleniu” w ramach działania nr 3 tego, co wynika działania nr 1. Działania nr 1 i nr 3 stanowią odrębne propozycje, zmierzające do jednego celu, jakim jest usprawnienie obiegu korespondencji.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 2.



b) Działanie nr 5

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
1	0	0	1	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:

a. Zaproponowane działanie jest adekwatne do zakładanego celu, jakim jest zapewnienie właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Wykonawcą i Konsultantem, ponieważ przyspieszy obieg pilnej korespondencji. Członek komisji nr 3 nie uzasadnił bliżej swoich twierdzeń o braku wpływu omawianego działania na obieg korespondencji. Z kolei wbrew twierdzeniom członka komisji nr 5, forma elektroniczna lub faksowa nie zawsze jest wystarczająca, a zatem możliwość ich zastosowania w niektórych sytuacjach nie deprecjonuje działania zaproponowanego przez odwołującego MGGP.

b. Niezrozumiałe jest (lakoniczne) uzasadnienie członka komisji nr 2, że brak jest podstaw do przyznania punktu, ponieważ zaproponowane działanie jest wybiórcze, bo dotyczy tylko pilnej korespondencji. Jeśli korespondencja jest pilna, to tym bardziej pożądane jest, aby została dostarczona do adresata szybko.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 3 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 0,6 punktu w zakresie podkryterium nr 2.

**Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej**

*Podkryterium 2.2: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Zamawiającym i Konsultantem*

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 3

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji. Odwołujący wywiódł, że w pełni aktualne są tu rozważania dotyczące działania nr 3 w podkryterium 2.1.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 2.

### **Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej**

*Podkryterium 2.3: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu pozostałej korespondencji kontraktowej*

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 3

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji. Odwołujący wywiódł, że w pełni aktualne są tu rozważania dotyczące działania nr 3 w podkryterium 2.1.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 2.

### **Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej**

*Podkryterium 2.4: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego archiwizowania korespondencji kontraktowej*

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 2

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:

a. Wbrew twierdzeniom członków komisji, zaproponowane działanie nie jest ujęte w pkt 7.2. OPZ. W powołanym fragmencie OPZ zawarto ogólne wymaganie dysponowania sprzętem komputerowym oraz zapewnienia bezpiecznej i bieżącej archiwizacji dokumentów i wszelkich treści w postaci elektronicznej. Nie jest to tożsame z zaproponowanym działaniem, które jest znacznie bardziej precyzyjnej a jednocześnie wskazuje na konkretne ułatwienia w dostępie do dokumentacji oraz jej archiwizacji przez zaangażowane osoby. Oznacza to, że zaproponowane działanie wykracza poza SIWZ.

b. Zdalny dostęp do dokumentacji usprawnia jej obieg i ułatwia proces jej archiwizowania, a ; zatem służy celowi określönemu w omawianym podkryterium.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 2.

### **Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i Robót**

*Podkryterium 3.1: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta zgodności postępu prac projektowych i Robót z Programem*

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 1

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:

a. Nie można zgodzić się z sugestiami członków komisji nr 3 i nr 5, jakoby nie chodziło tu o działanie Konsultanta. Z okoliczności, że jednym z użytkowników proponowanego narzędzia będzie wykonawca, nie wynika jeszcze, że udostępnienie go nie będzie działaniem Konsultanta, ułatwiającym kontrolę postępu prac.

b. Zaproponowane działanie wykracza poza określone w SIWZ. Wbrew teźom członka komisji nr 4, proponowane działanie nie zostało ujęte w punkcie 5.1.16 OPZ. Omawiane działanie nie jest nakierowane na zastąpienie przewidzianej w OPZ procedury formalnej weryfikacji i zatwierdzania harmonogramów, ale na ułatwienie śledzenia postępów prac.

c. Co znamienne, członkowie komisji nr 1 i 2 w ogóle nie uzasadnili swoich twierdzeń, w myśl których proponowane działanie nie służyło celowi, do którego odnosi się omawiane podkryterium. Z kolei pozostali członkowie komisji podają radykalnie różne przyczyny nieprzyznania punktacji. Szczególnie razi różnica między wypowiedzią członka komisji nr 4, który twierdzi, że odwołujący MGGP (Konsultant) ma obowiązek realizować omawiane działanie w świetle SIWZ, a wypowiedziami członków komisji nr 3 i nr 5, którzy w ogóle nie dostrzegają tu działania Konsultanta.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

b) Działanie 2

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem wbrew twierdzeniom członków komisji, omawiane działanie nie powiela pkt 6.1. OPZ, ponieważ zakłada powołanie od samego początku realizacji zamówienia osoby pełniącej stałą funkcję koordynatora.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków Komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

c) Działanie nr 3

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:

a. Nie można zgodzić się z sugestiami członków komisji nr 1, nr 3 i nr 5, jakoby nie chodziło tu o działanie Konsultanta, ani z tezą członka komisji nr 2, jakoby działanie nie służy realizacji celu. Sugestie te nie zostały zresztą bliżej uzasadnione. Odwołujący MGGP podniósł, że z okoliczności, iż jednym z użytkowników proponowanego narzędzia będzie wykonawca, nie wynika jeszcze, że udostępnienie tego narzędzia nie będzie działaniem Konsultanta, ułatwiającym kontrolę postępu prac budowlanych oraz szybką identyfikację zagrożeń.

b. Wbrew teżom członka komisji nr 4, proponowane działanie nie zostało ujęte w punkcie 5.1.16 OPZ. Omawiane działanie nie jest nakierowane na zastąpienie procedury formalnej weryfikacji i zatwierdzania harmonogramów, ale na ułatwienie śledzenia postępów prac.

c. Także w tym wypadku należy wskazać, że członkowie komisji podają radykalnie różne przyczyny nieprzyznania punktacji. Szczególnie razi różnica między wypowiedzią członka komisji nr 4, który twierdzi, że odwołujący MGGP (Konsultant) ma obowiązek realizować omawiane działanie w świetle SIWZ, a wypowiedziami pozostałych członków komisji, którzy w ogóle nie dostrzegają tu działania Konsultanta.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do częściowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

### **Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i Robót**

*Podkryterium 3.2: Opis działań, jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy*

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 1

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	1	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem wbrew twierdzeniom członków komisji, omawiane działanie nie powiela pkt 6.1. OPZ, ponieważ zakłada powołanie od samego

początku realizacji zamówienia osoby pełniącej tę samą, stałą funkcję, której działania będą wpływać pozytywnie na proces wykrywania błędów.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 4 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu dodatkowego 0,8 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

b) Działanie nr 3

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem wbrew twierdzeniom członków komisji, omawiane działanie nie powiela pkt 6 OPZ ani § 14 umowy. Zakłada się tu bowiem powołanie od samego początku realizacji zamówienia osób pełniących stałe role, których działania będą wpływać pozytywnie na proces wykrywania błędów.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

**Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i Robót**

*Podkryterium 3.3: Opis działań, jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy*

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 2

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem wbrew twierdzeniom członków komisji, omawiane działanie nie powiela pkt 6.1. OPZ, ponieważ zakłada powołanie od samego

początku realizacji zamówienia osób pełniących stałe role, których działania będą wpływać pozytywnie na proces usuwania następstw błędów.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

b) Działanie nr 3

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:

a. Wbrew twierdzeniom członków komisji nr 1, nr 2, nr 3 i nr 4, omawiane działanie nie powiela pkt 6.1. OPZ, ponieważ zakłada powołanie od samego początku realizacji osoby pełniącej tę samą, stałą funkcję, której działania będą wpływać pozytywnie na proces usuwania następstw błędów. Dostrzegalny jest także brak konsekwencji, ponieważ członek komisji nr 3 przyznał punkt w odniesieniu do bardzo podobnego działania nr 1 dla podkryterium 3.2.

b. Nietrafna jest teza członka komisji nr 5, jakoby było to „powielenie działania z 1 i 2; mnożenie środków do osiągnięcia celu”. To prawda, że inne działania zaproponowane w metodyce służą osiągnięciu podobnego rezultatu. Jak już jednak wskazywano, do tego właśnie sprowadza się istota metodyki, tj. zaproponowanie dodatkowych działań, które zmierzają do osiągnięcia podobnego rezultatu, czyli celu, jaki został określony przez zamawiającego w każdym z podkryteriów.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

c) Działanie nr 4

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem wbrew twierdzeniom członków komisji,

omawiane działanie nie powiela pkt 6.1. OPZ, ponieważ zakłada powołanie od samego początku realizacji zamówienia osób pełniących stałe role, których działania będą wpływać pozytywnie na proces usuwania następstw błędów.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SiWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 3.

#### **Podkryterium 4: Zapewnienie przez Konsultanta systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych**

Odwołujący MGGP kwestionował zaniechanie przez zamawiającego przyznania punktacji w odniesieniu do poniższych działań wskazanych w metodyce dołączonej do oferty:

a) Działanie nr 1

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	1	1	1	1

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji. Członek komisji nr 1, który jako jedyny nie przyznał tu punktów odwołującemu, w ogóle nie uzasadnił swojej tezy, jakoby omawiane działanie nie służyło celowi podkryterium. W ocenie odwołującego MGGP, omawiane działanie jest istotnym elementem systemu zarządzania jakością, ponieważ zapewnia prowadzenie badań i pomiarów kontrolnych w uporządkowany sposób.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowego 1 punktu w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 0,2 punktu w zakresie podkryterium nr 4.

b) Działanie nr 2

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	0	0

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem:



a. Ocena członków komisji nr 1, nr 2 i nr 3 opiera się na twierdzeniu, że zaproponowane działanie występuje w SIWZ (w § 10 ust. 3 umowy oraz w pkt 6.1. OPZ, gdzie opisano wymogi dla personelu). Należy jednak wskazać, że w SIWZ i umowie określono minimalne wymagania. Tymczasem odwołujący MGGP proponuje dodatkowe działanie zwiększające kompetencje zespołu w kontekście realizacji tego konkretnego zamówienia.

b. Członek komisji nr 4 wskazał na „powielenie działania opisanego w pkt 1”. Teza ta nie jest trafna, ponieważ zaproponowane tam działanie ma na celu ustalenie procedury, a nie zwiększenie kompetencji zespołu, a zatem ma odmienny charakter.

c. Członek komisji nr 5 podnosi, że omawiane działanie zostało objęte punktacją dla podkryterium nr 1. Tymczasem działanie przewidziane w metodyce odwołującego MGGP w zakresie podkryterium nr 1 dotyczy innego zakresu, aniżeli procedura i technologia badań.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 4.

c) Działanie nr 4

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
0	0	0	1	1

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem nie można zgodzić się z sugestiami członków komisji nr 1, nr 2 i nr 3, jakoby nie chodziło tu o działanie Konsultanta. Sugestie te nie zostały zresztą bliżej uzasadnione. Omawiane tu narzędzie będzie elementem systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych. Odwołujący MGGP podniósł, że z okoliczności, iż jednym z użytkowników narzędzia będzie wykonawca, nie wynika jeszcze, że udostępnienie tego narzędzia nie będzie działaniem Konsultanta.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 3 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 0,6 punktu w zakresie podkryterium nr 4.

d) Działanie nr 5

Członkowie komisji przyznali punktację dla omawianego działania w następujący sposób:

członek nr 1	członek nr 2	członek nr 3	członek nr 4	członek nr 5
--------------	--------------	--------------	--------------	--------------

0	0	0	0	0
---	---	---	---	---

Zdaniem odwołującego MGGP, jego metodyka powinna otrzymać w tym zakresie 1 pkt od każdego z członków komisji, bowiem

a. Nie można zgodzić się z tezą członków komisji nr 1, nr 2 i nr 3, którzy bez bliższego uzasadnienia uznali omawiane działanie za nieadekwatne do celu. Omawiane tu narzędzie będzie elementem systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych, a jego funkcja nakierowana jest na usprawnienie procesu przeprowadzania i weryfikowania pomiarów.

b. Zaproponowane działanie - wbrew stwierdzeniom członków komisji nr 4 i 5 - nie jest powieleniem działania nr 4, z uwagi na odmienny przedmiot obu działań. Inaczej niż w przypadku działania nr 4, które dotyczy wyników badań, przedmiotem działania nr 5 jest ułatwienie zlecenia pomiarów kontrolnych. Są to zatem odrębne działania.

W związku z tym, odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu przyznania dodatkowych 5 punktów w odniesieniu do cząstkowych ocen od członków komisji, co w świetle opisanego w SIWZ sposobu oceny oferty przekłada się na przyznanie odwołującemu MGGP dodatkowego 1 punktu w zakresie podkryterium nr 4.

W związku z powyższym odwołujący MGGP wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

#### **KIO 2563/14**

Odwołujący TPF wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego ECMG,
- 2) zaniechaniu przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania przystępującego EMCG z powodu niewykazania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
- 3) czynności odrzucenia oferty odwołującego TPF.

Odwołujący TPF zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący TPF wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia przystępującego ECMG z postępowania,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego TPF,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego TPF,
- 5) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu, co do zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego ECMG odwołujący TPF argumentował, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zobowiązani byli wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania m. in. z powodu nie orzeczenia wobec nich zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący ECMG złożył wraz z ofertą dokument wystawiony przez JUSTIZ Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung Wirtschaftsstrafsachen und Korruption stwierdzający, iż członek konsorcjum - ECMG GmbH nie został skazany przez sąd karny w Austrii i nie figuruje w rejestrze podejrzanych automatycznej procedury postępowania. Wobec powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do przedłożenia prawidłowego dokumentu, przystępujący ECMG został wezwany do złożenia wyjaśnień. W złożonych wyjaśnieniach oświadczył, iż złożony przez niego wraz z ofertą dokument jest właściwym dokumentem na potwierdzenie braku orzeczenia ubiegania się o zamówienie publiczne oraz złożył dodatkowo poświadczoną za zgodność z oryginałem pierwszą stronę aktu notarialnego z 17 stycznia 2014 r., w którym osoba uprawniona do reprezentacji ww. podmiotu złożyła oświadczenie o braku zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Odwołujący TPF podniósł, iż złożony wraz z ofertą dokument wystawiony przez JUSTIZ Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung Wirtschaftsstrafsachen und Korruption nie jest dokumentem prawidłowym, który powinien zostać przedłożony na okoliczność braku orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z prawem austriackim nie wydaje się dokumentu potwierdzającego brak zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, który stanowić miałby dokument zastępujący informację z KRK dotyczącą podmiotów zbiorowych. W tej sytuacji, złożony wraz z ofertą dokument należało uznać za niewłaściwy. Zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów w sytuacji, gdy w kraju siedziby wykonawcy nie wydaje się odpowiednich dokumentów, zastępuje się je oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Odwołujący TPF podniósł, iż złożony wraz z wyjaśnieniami poświadczony za zgodność z oryginałem fragment aktu notarialnego z 17 stycznia 2014 r. również nie może zostać uznany za dokument prawidłowy, a to z tego powodu, iż złożono wyłącznie jego pierwszą stronę, nieopatrzoną podpisem notariusza. W tej sytuacji nie można uznać, iż mamy do czynienia z oświadczeniem woli, które dla swej skuteczności potrzebuje własnoręcznego podpisu, co wprost wynika z przepisów Kodeksu cywilnego.

Odwołujący TPF, w związku z zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa przedłożonych zamawiającemu wyjaśnień, na których ocenie zamawiający zbudował podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, szczegółową argumentację zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ przedstawił w załączniku nr 1 do odwołania i opatrzył zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący TPF, odnośnie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego TPF jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji podniósł, że zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy ZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący TPF wskazał, iż złożenie oferty na określonych warunkach w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (jednorazowa czynność) nie może być uznane za utrudnienie prowadzenia działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku. Nie sposób przyjąć, że jej zaoferowanie doprowadzi do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców albo doprowadzi do zafałszowania konkurencji między nimi. Zdaniem odwołującego TPF czyn nieuczciwej konkurencji to wykorzystanie przewagi w zamiarze doprowadzenia konkurenta do ruiny (a nie uniemożliwienie uzyskania kontraktu). W warunkach konkurencji rynkowej nie można stwierdzić, iż kalkulacja ceny przedstawiona przez odwołującego TPF jest czynem nieuczciwej konkurencji. Swobodę ustalania ceny i możliwość jej obniżania należy uznać za jeden z instrumentów konkurencji rynkowej, a za czyn zabroniony prawem jedynie przy wystąpieniu dodatkowych, udowodnionych okoliczności. Sam fakt, iż niektóre pozycje formularza cenowego odwołującego zostały skalkulowane na niskim poziomie, nie jest wystarczający do uznania, że popełniono czyn nieuczciwej konkurencji. Do stwierdzenia popełnienia takiego czynu niezbędne jest wystąpienie drugiej przesłanki, tj. działania z zamiarem wyeliminowania z rynku innego przedsiębiorcy, czego zamawiający nie wykazał. Zaoferowanie w niektórych pozycjach ceny niskiej ceny, przy uplasowaniu się oferty odwołującego na siódmej pozycji (mając na uwadze wyłącznie ceny złożonych ofert), z całą pewnością przemawia za stwierdzeniem, iż jej złożenie nie mogło służyć wyeliminowaniu innych wykonawców z rynku usługi Inżyniera kontraktu dla inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia. Należy również podkreślić, iż to całkowita cena oferty odwołującego TPF - w przypadku gdyby oferta odwołującego TPF uczestniczyła w ocenie - stanowiłaby tę wartość, która poddana zostałaby ocenie w kryterium oceny ofert, nie zaś jej poszczególne pozycje, wobec czego nie można się zgodzić z twierdzeniem, iż miała ona służyć zafałszowaniu czegokolwiek, w tym wyniku postępowania. Dla skutecznego postawienia przedsiębiorcy zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest wykazanie, iż podejmując określone działanie, miał on zamiar utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy. Utrudnianiem

dostępu do rynku nie jest więc każde działanie polegające np. na oferowaniu upustów cenowych. Działaniem dopuszczalnym w ramach dozwolonej konkurencji, a także zgodnym z prawem i dobrymi obyczajami jest złożenie przez wykonawcę oferty w celu uzyskania danego zamówienia. Oceny tej nie zmienia też fakt zaoferowania bardzo korzystnych cen jednostkowych za poszczególne pozycje składające się na globalną wartość wynagrodzenia obejmujących rabaty. Mając na uwadze powyższe, odwołujący TPF wskazał, że brak jest podstaw by w świetle art. 15 ustawy ZNK uznać złożenie przez niego oferty, w której konkuruje on na zasadach rynkowych z innym wykonawcami, stosując dopuszczalne przepisami prawa korzystne warunki kształtowania poszczególnych składników należnego mu wynagrodzenia, za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów odwołujący TPF podniósł, że zamawiający wskazał art. 5 KC, jako ów odrębny przepis. Odwołujący TPF podejrzewał, że zamawiający upatruje w skalkulowaniu przez odwołującego TPF niektórych pozycji na niskim poziomie działania niezgodnego z zasadami współżycia społecznego, jak również podejmowanego sprzecznie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Stanowi to jednak podejrzenie, bowiem teza ta nie została poparta jakąkolwiek argumentacją odnoszącą się do treści złożonej przez odwołującego TPF oferty. Zamawiający poprzestał wyłącznie na wywodzie teoretycznym dotyczącym możliwości zastosowania art. 5 KC w postępowaniu prowadzonym w celu udzielenia zamówienia publicznego, ale w żaden sposób nie sprecyzował, które zasady współżycia społecznego odwołujący TPF miałby naruszyć swoim działaniem, ani na czym miałyby polegać sprzeczność jego działania ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, z którego odwołujący TPF korzysta. Powoływanie się na naruszenie zasad współżycia społecznego wymaga wskazania jakie konkretnie zasady zostały naruszone, oraz wskazania pełnej treści tych zasad. Podnosząc zarzut naruszenia zasad współżycia społecznego nie można powołać się ogólnie na z natury rzeczy nieokreślone zasady współżycia, lecz należy konkretnie wskazać, jakie z przyjętych w społeczeństwie zasad współżycia, w aspekcie okoliczności faktycznych sprawy, doznały naruszenia. Wobec braku należytego doprecyzowania przez Zamawiającego zarzutu naruszenia przez Odwołującego art. 5 k.c., zarzut ten należy uznać za bezpodstawny. Odwołujący TPF zaprzeczył jakoby jego działanie stanowiło korzystanie z prawa w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem. Sposób kalkulacji ceny w poszczególnych pozycjach formularza cenowego pozostawał w zgodzie z wytycznymi zamawiającego określonymi w SIWZ (o czym wywodzono w załączniku nr 1 do odwołania), zatem skoro w odniesieniu do niektórych pozycji zamawiający nie narzucił reguł pozostawania w proporcjonalności, trudno mówić o korzystaniu z prawa w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem. Jasno sformułowana przez zamawiającego dychotomia (obowiązek - brak obowiązku) przy ustalaniu wielkości pewnych składników

cenowych, jednoznacznie zezwalała na dowolność w kształtowaniu tych, co do których zamawiający nie narzucił określonych zasad. To stanowisko zostało potwierdzone przez zamawiającego w wyjaśnieniach do SIWZ (odpowiedzi na zapytania 25-31). Niezależnie od powyższego odwołujący TPF wskazał, iż rzekome naruszenie art. 5 KC (kwestionowane przez odwołującego), nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wymaga wskazania odrębnego przepisu prawa, z którego wynikałby skutek nieważności. Przepisu takiego zamawiający nie wskazał. Sankcji nieważności nie przewiduje bowiem przywołany w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego TPF art. 5 KC, który dotyczy sytuacji, gdy stosunek prawny istnieje, jednak wynikające z niego (ważne) uprawnienie jest realizowane w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Przepis ten stanowi zatem środek obrony przed nadużyciem prawa.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący TPF wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2561/14 oraz KIO 2563/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący ECMG.

Do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2561/14 oraz KIO 2563/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2563/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący MGGP S.A. w Tarnowie i Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A..

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie obydwu odwołań w całości. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, w tym karty indywidualnej oceny ofert, zbiorcze zestawienie ofert i punktacji, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego MGGP, ofertę złożoną przez odwołującego TPF, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego TPF o wyjaśnienie treści oferty z 22.09.2014 r., wyjaśnienie dot. treści oferty odwołującego TPF z 29 września 2014 r., rozstrzygnięcie postępowania z dnia 24 listopada 2014 r., uzasadnienie zamawiającego z 24 listopada 2014 r. dot. odrzucenia oferty wykonawcy TPF, odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych, odpowiedzi na odwołania, pismo procesowe odwołującego MGGP, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2563/14 jego oferta została odrzucona, zaś była ofertą, która w świetle kryteriów oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą (rozstrzygnięcie zamawiającego z 24.11.2014 r.). Zarzucał on zamawiającemu bezzasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego skutkiem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2561/14 jego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu, za ofertą wybraną (rozstrzygnięcie zamawiającego z 24 listopada 2014 r.). Zarzucał zaś zamawiającemu zaniechanie przyznania większej liczby punktów w kryterium jakościowym. Przyznanie żądanej w odwołaniu liczby punktów oznaczałoby zaś, że oferta odwołującego MGGP znalazłaby się w rankingu na 1 miejscu. W tej sytuacji, ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał przyznania odwołującemu żądanej liczby punktów w kryterium jakościowym, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania czynności zaniechanych, czego skutkiem może być uzyskanie przez odwołującego MGGP zamówienia. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia.

A zatem uznano, że obu odwołującym przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

#### **KIO 2561/14**

Izba oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2561 14, gdyż nie stwierdziła takich naruszeń ustawy Pzp, które mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania odwoławczego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Izba stwierdziła, że wprawdzie dokonana przez zamawiającego ocena niektórych działań z metodyki odwołującego MGGP została zaniżona, jednakże nawet uwzględnienie dodatkowej punktacji z tego tytułu nie powoduje zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego ECMG.

Ustalono, że zamawiający opisał w pkt 14 SIWZ kryteria oceny ofert, które służyć miały do wyboru oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu. Postanowienia SIWZ odnoszące się do kryteriów oceny ofert brzmiały następująco:

*14.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria:*

*cena (C) - waga 60%*

*metodyka (M) - waga 40%*

*14.1.1. Kryterium cena będzie rozpatrywana na podstawie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę na Formularzu Oferty. Liczba punktów w kryterium zostanie obliczona według następującego wzoru:*



$$C = (C_{min}/C_o) \times 60 \text{ pkt}$$

gdzie:

$C_{min}$ - najniższa cena brutto z ocenianych ofert (zł)

$C_o$  - cena brutto określona w badanej ofercie (zł)

14.1.2. W ramach kryterium metodyka punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 punktów, na podstawie opracowania „Metodyka” złożonego z ofertą (sporządzonego na formularzu zgodnym z treścią Formularza 2.2) sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o poniżej opisane podkryteria.

Niezłożenie opracowania „Metodyka” skutkować będzie przyznaniem 0 pkt. w kryterium „Metodyka”.

**UWAGA:**

W sytuacji, gdy w opracowaniu „Metodyka” Wykonawca zaproponuje dodatkowe działania nieadekwatne do celu jaki ma zostać osiągnięty w ramach danego podkryterium wówczas Zamawiający nie przyzna punktów za zaproponowane działanie.

W sytuacji, gdy Wykonawca w opracowaniu „Metodyka” zidentyfikuje obszary ryzyka nieadekwatne do przedmiotu zamówienia wówczas Zamawiający nie przyzna punktów za zidentyfikowane ryzyko.

Opracowanie „Metodyka” stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą, wobec tego Wykonawca będzie związany proponowanymi rozwiązaniami i odpowiedzialny wobec Zamawiającego.

Sposób przyznawania punktów w kryterium metodyka.

Kryterium metodyka podzielone jest na cztery podkryteria:

Podkryterium 1: Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór - maksymalnie 5 pkt;

Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej - maksymalnie 15 pkt;

Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i Robót - maksymalnie 15 pkt;

Podkryterium 4: Zapewnienie przez Konsultanta systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych - maksymalnie 5 pkt.

Kryterium metodyka będzie rozpatrywane na podstawie punktów wyliczonych w następujący sposób:

- punkty będą przyznawane indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej dla każdego Podkryterium,
- na podstawie punktów przyznanych przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej dla danego Podkryterium wyliczona zostanie średnia arytmetyczna danego

Podkryterium (średnia arytmetyczna Podkryterium = suma punktów przyznanych przez poszczególnych członków Komisji w danym Podkryterium/ilość członków Komisji),

- wyliczone średnie arytmetyczne dla każdego z Podkryterium zostaną zsumowane (Podkryterium 1 + Podkryterium 2 + Podkryterium 3 + Podkryterium 4),

- wyliczona suma będzie punktacją uzyskaną przez dane opracowanie w kryterium metodyka, Liczba punktów w kryterium „Metodyka” zostanie obliczona według następującego wzoru:

$$M = (M o / M n) \times 40 \text{ pkt}$$

gdzie:

M o - punktacja w kryterium Metodyka dla ocenianego opracowania

M n - najwyższa punktacja przyznana w kryterium Metodyka

Podkryterium 1: Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór - maksymalnie 5 pkt;

1.1. Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór - maksymalnie 5 pkt;

0 punktów - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zgodności realizacji zamówienia z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór;

1 punkt - oświadczenie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie zgodności realizacji zamówienia z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania/i uzasadnienie wpływu tego działania na realizację zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór (maksymalnie 5 pkt);

Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej - maksymalnie 15 pkt;

2.1) Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Wykonawcą i Konsultantem - maksymalnie 4 pkt.

0 punktów oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Wykonawcą i Konsultantem;

1 punkt oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Wykonawcą i Konsultantem oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie. wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta

właściwego systemu obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Wykonawcą i Konsultantem - maksymalnie 4 pkt.

2.2) opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji — Kontraktowej pomiędzy Zamawiającym i Konsultantem - maksymalnie 4 pkt.

0 punktów - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Zamawiającym i Konsultantem;

1 punkt oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Zamawiającym i Konsultantem oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta właściwego systemu obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Zamawiającym i Konsultantem -maksymalnie 4 pkt.

2.3.) Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu pozostałej korespondencji kontraktowej - maksymalnie 4 pkt.

0 punktów oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu pozostałej korespondencji kontraktowej;

1 punkt oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu pozostałej korespondencji kontraktowej oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta właściwego systemu obiegu pozostałej korespondencji kontraktowej - maksymalnie 4 pkt.

2.4) Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego archiwizowania korespondencji kontraktowej - maksymalnie 3 pkt.

0 punktów - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego archiwizowania korespondencji kontraktowej;

1 punkt - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego archiwizowania korespondencji kontraktowej oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie

wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta właściwego systemu archiwizowania korespondencji kontraktowej - maksymalnie 3 pkt.

3. Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i Robót - maksymalnie 15 pkt;

3.1.) Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta zgodności postępu prac projektowych i Robót z Programem - maksymalnie 5 pkt,

0 punktów - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta zgodności postępu prac projektowych i Robót z Programem;

1 punkt - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu zapewnienia przez Konsultanta zgodności postępu prac projektowych i Robót z Programem oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta zgodności postępu prac projektowych i Robót z Programem -maksymalnie 5 pkt.

3.2.) Opis działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w PFU i/lub dokumentach Wykonawcy - maksymalnie 3 pkt.

0 punktów - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy;

1 punkt - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na wykrycie błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy - maksymalnie 3 pkt.

3.3) Opis działań jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy - maksymalnie 3 pkt.

0 punktów - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy;

1 punkt - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza

określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie celowości tego działania w związku z wykryciem błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy - maksymalnie 3 pkt.

3.4.) Opis działań jakie podejmie Konsultant w wystąpieniu ryzyka zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę Robót - maksymalnie 4 pkt

0 punktów - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia ryzyka zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę Robót;

1 punkt - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w przypadku wystąpienia ryzyka zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę Robót oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie celowości tego działania w przypadku wystąpienia ryzyka zgłoszenia roszczeń przez Wykonawcę Robót - maksymalnie 4 pkt,

4. Podkryterium 4: Zapewnienie przez Konsultanta systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych - maksymalnie 5 pkt.

4.1.) Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych - maksymalnie 5 pkt.

0 punktów - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w celu ustanowienia systemu zarządzania jakością z pomiarami i badaniami kontrolnymi.

1 punkt - oświadczenie że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie działań jakie podejmie Konsultant w celu ustanowienia systemu zarządzania jakością z pomiarami i badaniami kontrolnymi oraz za każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania i uzasadnienie wpływu tego działania na zapewnienie przez Konsultanta systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych - maksymalnie 5 pkt.

3. Za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która otrzyma najwyższą liczbę punktów stanowiących sumę punktów przyznanych w ramach każdego z podanych kryteriów udzielenia zamówienia obliczona na podstawie poniższego wzoru:  $P = C + M$

$P$  - łączna liczba punktów

Gdzie:

$C$  - liczba punktów przyznana ofercie ocenianej w kryterium Cena

*M - liczba punktów przyznana ofercie ocenianej w kryterium Metodyka*

*Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, który spełni wszystkie postawione w niniejszej SIWZ warunki oraz otrzyma najwyższą liczbę punktów wyliczoną zgodnie ze wzorem określonym w pkt 14.1.3.*

W ocenie Izby, użyte przez zamawiającego w opisach poszczególnych podkryteriów sformułowania, iż dodatkowe punkty będą przyznawane za „każdą propozycję dodatkowego działania/działań, wykraczających poza określone przez Zamawiającego w SIWZ, zawierającą określenie rodzaju działania/i uzasadnienie wpływu tego działania” na cel określony w podkryteriach oznaczały, że przyznanie punktów uwarunkowane było uprzednim zbadaniem przez zamawiającego tych przesłanek.

Po pierwsze zatem działanie musiało być wyraźnym, dodatkowym zobowiązaniem wykonawcy usługi nadzoru (konsultanta), nie objętym jego podstawowymi obowiązkami wynikającymi choćby pośrednio z opisu przedmiotu zamówienia czy postanowień wzoru umowy. Zamawiający wskazał bowiem wyraźnie, że punkty będą przyznawane za działanie „dodatkowe”, „wykraczające poza OPZ”, ponadto wskazano, że za deklarację wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ dodatkowe punkty nie zostaną przyznane. Zatem nawet zaproponowanie działanie, które w części choćby pokrywało się obowiązkami nałożonymi przez SIWZ dyskwalifikowało dane działanie. Działanie choćby w części pokrywające się z opisem przedmiotu zamówienia, nie jest działaniem wykraczającym poza SIWZ.

Po drugie, punktowane działanie musiało gwarantować realizację celu, opisanego w poszczególnych podkryteriach. Jak wynikało z opisu podkryteriów działania miały być „adekwatne do celu” oraz „identyfikować obszary ryzyka adekwatne do przedmiotu zamówienia”. Ponadto działania te miały być opisane, zaś ich wpływ na realizację celu uzasadniony. Jak wynikało z powyższego, nie wystarczało opisanie jakiegokolwiek działania, lecz działania, z którego opisu i uzasadnienia wynikałoby jednoznacznie, że wpisuje się w cel podkryterium. Co więcej, działanie miało realizować cel samodzielnie. Ustalenie, że dopiero dwa lub więcej zaproponowanych przez wykonawcę działań łącznie może wpisywać się w cel nie uprawniało do przyznania punktu za każde z tych działań.

Podkreślenia wymaga, że opisane przez zamawiającego kryterium „metodyka” było kryterium jakościowym. Możliwość dokonywania różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium ocennego, czego wyrazem jest wszak indywidualna ocena dokonywana przez członków komisji, jest wręcz wpisana w naturę oceny kryterium jakościowego. W konsekwencji nie można było zgodzić się z poglądem, że w świetle SIWZ zamawiający winien ocenić wyłącznie liczbę działań (a nie opis, uzasadnienie i celowość). Takie postępowanie zamawiającego oznaczałoby właśnie naruszenie określonych w SIWZ opisów

kryteriów oceny ofert, w których elementy ocenne, w tym odnoszące się do zasadności, wpływu na cel podkryterium, zostały po wielokroć przywołane i wyeksponowane.

Po trzecie, ocena metodyki miała zostać dokonana w pierw indywidualnie przez członków komisji, zaś dopiero później przyznane przez nich punkty były uśredniane, ustalana była łączna ocena średnia całej metodyki, która stanowiła podstawę do porównania z ocenami innych metodyk i na podstawie tego przyznawano wykonawcom punkty. A zatem z natury swej, przy ocenie tej istotnym był subiektywny element wiedzy i doświadczenia oceniających członków komisji.

Ustalono, że odwołujący MGGP złożył metodykę, w której przedstawił działania, zaś całość tej metodyki została przez niego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem w uzasadnieniu wyroku w miejsce dokładnego cytowania działań Izba posłużyła się odesłaniem do jednostek redakcyjnych metodyki, zaś w swej argumentacji przestrzegła konieczności zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego MGGP.

*Podkryterium 1: Zapewnienie przez Konsultanta realizacji zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór I OPZ na nadzór*

*Działanie 2 z metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania została zaniżona, odwołujący winien uzyskać 5 małych punktów od członków komisji a uzyskał tylko 1 pkt. Według Izby, działanie nr 2 wpisuje się w realizację celu, jakim była realizacja zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór. Omawiane działanie sprzyja niezmienności składu ekspertów Konsultanta. Ponieważ ekspert w toku realizacji zamówienia nabiera doświadczenia, jest to okoliczność korzystna dla zamawiającego, gdyż zamówienie realizowane jest przy pomocy bardziej doświadczonego personelu. Zamawiający niezmiennosc składu ekspertów traktował jako okoliczność istotną, gdyż w § 10 ust. 18 wzoru umowy wymagał wyrażenia zgody na zmianę personelu. Okoliczność, że inne działania też wpisują się w analogiczny cel nie zwalniała od konieczności przyznania punktu za to działanie. Zamawiający w świetle kryteriów miał premiować działania, które minimalizują ryzyka istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Ryzyko zmienności składu personelu, nawet przy zachowaniu ciągłości usługi nadzoru, jest ograniczane przez proponowane działanie.

*Działanie 5 z metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena tego działania została zaniżona, wykonawca otrzymał 3 małe punkty od członków komisji, a powinien otrzymać 5 punktów.

Według Izby, działanie wpisuje się w realizację celu, jakim w tym podkryterium była realizacja zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór. W tym

zakresie aktualne pozostają uwagi przedstawione przez Izbę przy działaniu 2 podkryterium 1. Ponadto, wbrew stanowisku członka komisji nr 3 i 4 obowiązek jaki wynika z proponowanego działania, nie został wyeksponowany w § 12 ust. 9 wzoru umowy. Zgodnie z powołanym postanowieniem „*Konsultant jest zobowiązany zapewnić pracę ekspertów w taki sposób, aby zachować ciągłość realizacji wszystkich obowiązków konsultanta wynikających z umowy w celu realizacji kontraktów zgodnie z HPPK*”. Mechanizm zaproponowany w działaniu sprzyja niezmienności składu ekspertów, zaś przywołane postanowienie dotyczy ciągłości usługi nadzoru. Wbrew stanowisku członka komisji nr 5 działanie nie wynika z pkt 6.3. OPZ. Powołane postanowienie stanowi, iż *Podczas nieobecności jakiegokolwiek osoby ze swojego Personelu, wynikającej z okresu urlopowego lub choroby, Inżynier ma zapewnić zastępstwo zapewniające ciągłość nadzoru, dla uniknięcia opóźnień w realizacji Usługi. Takie zastępstwo będzie wcześniej uzgodnione i zaakceptowane w formie pisemnej przez Zamawiającego*. Jak wynika z powyższego, postanowienie to dotyczy tymczasowej nieobecności personelu, zaś proponowane działanie dotyczy sytuacji nieobecności stałej (permanentnej).

#### *Działanie 6 z metodyki odwoływającego MGGP*

Zdaniem Izby ocena tego działania przez członków komisji została zaniżona, wykonawca otrzymał 0 pkt, a powinien otrzymać 5 pkt.

Według Izby, działanie wpisuje się w realizację celu, jakim w tym podkryterium była realizacja zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór. W tym zakresie aktualne pozostają uwagi przedstawione przez Izbę przy działaniu 2 i 5 podkryterium 1.

#### *Działanie 16 z metodyki odwoływającego MGGP*

Zdaniem Izby ocena tego działania przez członków komisji została zaniżona, wykonawca otrzymał 4 małe pkt, a powinien otrzymać 5 małych pkt.

Wzięto pod uwagę, że celem działania 16 jest jak najbardziej dogłębne zapoznanie wskazanych w działaniu osób z określonymi w działaniu dokumentami i wpisuje się w realizację celu jakim w tym podkryterium była realizacja zamówienia zgodnie z warunkami umowy na nadzór i OPZ na nadzór. Opis i uzasadnienie działania jest przekonujące i szczegółowe, zaś sposób zapoznania z dokumentami posiadał formę odpowiednią do realizacji celu. W tej sytuacji trudno przyznać rację członkowi komisji nr 3, który jako jedyny uznał, że działanie nie ma wpływu na świadczenie usługi nadzoru.

Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej



Podkryterium 2.1: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Wykonawcą i Konsultantem

*Działanie 3 z metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji jest prawidłowa.

W ocenie Izby działanie 3 wpisuje się w działanie nr 1 podkryterium 2.1, za które odwołujący uzyskał punkty. Powyższe wynika z tiret 1 działania 1, s. 128 oferty. Aby działanie 1, w tym również opisane w tiret 1 odpowiadało celowi musi uwzględniać elementy wskazane w działaniu 3. Skuteczne wdrożenie narzędzia opisanego w działaniu 1 wymaga uwzględnienia elementu proponowanego w działaniu 3. Zatem zasadną była odmowa przyznania dodatkowego punktu odwołującemu za działanie 3, za które uzyskał już punkty.

*Działanie 5 z metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji, których ocenę kwestionowano w odwołaniu, jest prawidłowa.

Działanie 5 stanowi powielenie działania 1 tiret 2 podkryterium 2.1., za które odwołujący otrzymał punkty. Instytucja, o której mowa w działaniu 5 została uwzględniona w dokumencie, o którym mowa w działaniu 1. Teoria, której przejawem jest dokument z działania 1 nie istnieje bez praktyki, której przejawem jest działanie 5. Ponadto cel zapewniają inne formy typu faks czy mail przy użyciu sprawnego sprzętu i systemu, który zgodnie z OPZ miał zapewnić konsultant. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z pkt 7.2.1. OPZ wykonawca miał zagwarantować sprawną obsługę przetwarzania wszystkich dokumentów papierowych (w tym również obszernych) na elektroniczne. Zatem zasadnym była odmowa przyznania dodatkowego punktu odwołującemu za działanie 5.

Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej

Podkryterium 2.2: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu korespondencji kontraktowej pomiędzy Zamawiającym i Konsultantem

*Działanie 3 metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji jest prawidłowa. W tym zakresie zastosowanie znajdują rozważania Izby co do oceny działania 3 w podkryterium 2.1.

Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej

Podkryterium 2.3: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego obiegu pozostałej korespondencji kontraktowej

*Działanie 3 metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji jest prawidłowa. W tym zakresie zastosowanie znajdują rozważania Izby co do oceny działania 3 w podkryterium 2.1.

Podkryterium 2: Zapewnienie przez Konsultanta właściwego obiegu i sposobu archiwizowania korespondencji kontraktowej

Podkryterium 2.4: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta właściwego archiwizowania korespondencji kontraktowej

*Działanie 2 metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji jest prawidłowa. W ocenie Izby działanie powiela pkt 7.2 OPZ, w tym 7.2.1. OPZ, na co wskazywali wszyscy członkowie komisji.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z postanowieniem pkt 7.2 *Inżynier winien dysponować odpowiednim sprzętem wymaganym do wykonywania obowiązków swojego Personelu, niezbędnym do prawidłowego świadczenia Usługi. Z kolei w pkt 7.2.1. OPZ zastrzeżono, iż Inżynier winien dysponować sprzętem komputerowym, który zagwarantuje sprawną obsługę przetwarzania wszystkich dokumentów papierowych na elektroniczne oraz zapewni bieżącą, bezpieczną archiwizację dokumentów i wszelkich treści w postaci elektronicznej.*

*Inżynier musi dysponować licencjonowanym oprogramowaniem, które zapewni wykonywanie czynności, o których mowa w niniejszym OPZ oraz współpracę ze wszystkimi podmiotami biorącymi udział w realizacji Usługi.*

*Oprogramowanie musi być na bieżąco aktualizowane do obowiązujących potrzeb przy realizacji Przedmiotu zamówienia.*

*System zastosowany przez Inżyniera musi posiadać funkcje i możliwości:*

- > *tworzenia, zapisu, odtwarzania, modyfikowania, przechowywania i archiwizowania dokumentów tekstowych,*
- > *tworzenia, zapisu, odtwarzania, modyfikowania, przechowywania i archiwizowania dokumentów finansowych,*
- > *tworzenia, zapisu, odtwarzania, modyfikowania, przechowywania i archiwizowania plików multimedialnych.*

Jak wynikało z przywołanych postanowień SIWZ zamawiający nałożył na konsultanta obowiązek zapewnienia odpowiedniego sprzętu oraz oprogramowania posiadającego wymagane przez zamawiającego funkcjonalności. Ów sprzęt i oprogramowanie m.in. musiały gwarantować sprawną obsługę przetwarzania wszystkich dokumentów papierowych na elektroniczne oraz zapewnić bieżącą archiwizację dokumentów i wszelkich treści w postaci elektronicznej. Ponadto miał zapewniać zarówno „tworzenie”, „odtworzenie” jak i „modyfikację” dokumentów i plików w formie elektronicznej. Wreszcie oprogramowanie miało „zapewniać współpracę ze wszystkimi podmiotami biorącymi udział w realizacji usługi”. Oczekiwane funkcjonalności oprogramowania wymuszają powstanie elementu, o którym mowa w proponowanym działaniu. Proponowane działanie 2 „nie wykracza” poza OPZ, a tylko za takie działanie miały być przyznawane dodatkowe punkty. Zamawiający wskazał bowiem wyraźnie w opisie podkryterium, że punkty będą przyznawane za działanie „dodatkowe”, „wykraczające poza OPZ”.

### Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i Robót

#### Podkryterium 3.1: Opis sposobu zapewnienia przez Konsultanta zgodności postępu prac projektowych i Robót z Programem

##### *Działanie 1 metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania 1 dokonana przez członków komisji jest prawidłowa. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że proponowane działanie jest działaniem wykonawcy robót a nie konsultanta. Nie wskazano w opisie i uzasadnieniu działania, jak również na rozprawie, instrumentu w umowie na roboty który zmusiłby wykonawcę robót do podporządkowania się obowiązkom wynikającym z proponowanego przez odwołującego działania. Wbrew stanowisku odwołującego w uzasadnieniu ani w opisie działania odwołujący MGGP nigdzie nie wskazał, że aktywność w zakresie tego działania będzie przejawiał konsultant, jest mowa wyłącznie o wykonawcy. Natomiast samo stworzone przez konsultanta narzędzie, bez aktywności wykonawcy spowoduje, że działanie nie wpisze się w cel podkryterium, jakim jest zapewnienie przez Konsultanta zgodności postępu prac projektowych i Robót z Programem.

##### *Działanie 2 metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji jest prawidłowa. Konieczność zapewnienia personelu dla należytej realizacji zamówienia była podstawowym obowiązkiem konsultanta wynikającym z pkt 6.1 OPZ. Zgodnie z powołanym postanowieniem, *Inżynier dla wypełnienia swoich zobowiązań oraz prawidłowej realizacji*

*Przedmiotu zamówienia powinien zapewnić wysoko wykwalifikowany Personel opisany w SIWZ - Instrukcja dla Wykonawcy. Inżynier dla wykonania swoich obowiązków ustanowi zespół ekspertów zdolnych do prowadzenia powierzonych czynności i uprawnionych do pełnienia przewidzianych dla nich funkcji. Wymagany przez Zamawiającego Personel Inżyniera opisany w SIWZ - Instrukcja dla Wykonawcy, należy traktować jako wymóg minimalny. Biorąc pod uwagę powyższe, Inżynier powinien ocenić swoje ogólne potrzeby i zatrudnić zespół wystarczający na wykonanie wszystkich obowiązków wymienionych w niniejszym Opisie Przedmiotu Zamówienia i Umowie. Jeżeli Inżynier uzna za konieczne lub stosowne przedstawienie dodatkowych osób winien to uczynić.*

Zdaniem Izby, z powołanego postanowienia SIWZ wynikał jednoznaczny obowiązek zatrudnienia odpowiedniej liczby personelu. Personel ten miał zapewnić sprawną i należytą realizację usługi. Co więcej, opisem przedmiotu zamówienia objęty był także obowiązek zatrudnienia dodatkowych osób, jeżeli zajdzie taka potrzeba. Zamawiający przewidział także w SIWZ, że stanowiska te musi pełnić kilka osób jeżeli taka będzie potrzeba. Szczegółowy sposób konfiguracji tego zespołu należał do wykonawcy. Nadanie określonej osobie z personelu konsultanta określonej nazwy nie oznacza jeszcze, że potrzeby zamawiającego zostaną zaspokojone, w szczególności, że osoba ta będzie realizowała cel wynikający z opisu jej stanowiska. Proponowane przez odwołującego działanie w żaden sposób nie „wykraczało” zatem poza OPZ i słusznie nie przyznano za nie dodatkowej punktacji.

#### *Działanie 3 metodyki odwołującego MGGP*

W ocenie Izby ocena działania dokonana przez członków komisji jest prawidłowa. W tym zakresie znajdują zastosowanie rozważania Izby co do oceny działania 1 podkryterium 3.1.

#### Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych I Robót

#### Podkryterium 3.2: Opis działań, jakie podejmie Konsultant w celu wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy

#### *Działanie 1 metodyki odwołującego MGGP.*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji, których oceny odwołujący kwestionował, jest prawidłowa. W tym zakresie znajdują zastosowanie rozważania Izby odnośnie działania 2 podkryterium 3.1. metodyki odwołującego.

### *Działanie 3 metodyki odwoływającego MGGP.*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji, których oceny odwoływający kwestionował jest prawidłowa. W tym zakresie znajdują zastosowanie rozważania Izby odnośnie działania 2 podkryterium 3.1. metodyki odwoływającego.

### Podkryterium 3: Zapewnienie przez Konsultanta monitorowania postępu prac projektowych i Robót

#### Podkryterium 3.3: Opis działań, jakie podejmie Konsultant w następstwie wykrycia błędów w PFU i/lub Dokumentach Wykonawcy

### *Działanie 2 metodyki odwoływającego MGGP.*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji, których oceny odwoływający kwestionował, jest prawidłowa. W tym zakresie znajdują zastosowanie rozważania Izby odnośnie działania 2 podkryterium 3.1. metodyki odwoływającego.

### *Działanie 3 metodyki odwoływającego MGGP.*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji, których oceny odwoływający kwestionował, jest prawidłowa. W tym zakresie znajdują zastosowanie rozważania Izby odnośnie działania 2 podkryterium 3.1. metodyki odwoływającego.

### *Działanie 4 metodyki odwoływającego MGGP.*

Zdaniem Izby ocena działania dokonana przez członków komisji, których oceny odwoływający kwestionował, jest prawidłowa. W tym zakresie znajdują zastosowanie rozważania Izby odnośnie działania 2 podkryterium 3.1. metodyki odwoływającego.

### Podkryterium 4: Zapewnienie przez Konsultanta systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych

### *Działanie 1 metodyki odwoływającego MGGP*

Zdaniem Izby ocena dokonana przez członka komisji nr 1, którego ocenę kwestionowano w odwołaniu, nie jest prawidłowa. Odwoływający za opisane działanie otrzymał 4 punkty od członków komisji, a powinien otrzymać 5 pkt.

Według Izby opisane przez odwoływającego w metodyce działanie 1 wpisuje się w cel, jakim jest zapewnienie systemu zarządzania jakością w zakresie pomiarów i badań kontrolnych. Stworzenie instrumentu, o którym mowa w działaniu, stanowi podstawowy i istotny element, który temu celowi służy poprzez uporządkowanie i usystematyzowanie

czynności konsultanta w tym obszarze. Jest działaniem, które powinno towarzyszyć tworzeniu systemu zarządzania jakością, bez niego trudno sobie wyobrazić taki system.

#### *Działanie 2 metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania, dokonana przez członków komisji, jest prawidłowa. Stwierdzono, że proponowane przez odwołującego działanie 2 dubluje działanie 1, za które odwołujący otrzymał punkty. W opisie działania występuje wyraźne nawiązanie do instrumentu, o którym mowa w działaniu 1. Przeprowadzenie tego działania warunkuje prawidłowe wdrożenie działania 1. Działanie 1 musi być wdrożone, aby realizowało cel podkryterium, a bez działania 2, które zapewni znajomość instrumentu z działania 1, nie jest to możliwe. Ponadto zgodnie z § 10 ust. 3 projektu umowy zamawiający wymagał posiadania doświadczonego personelu od początku. Stosownie bowiem do powołanego postanowienia, *personel konsultanta wymieniony w SIWZ winien posiadać kwalifikacje i doświadczenie zapewniające należyte wykonanie usługi.*

#### *Działanie 4 metodyki odwołującego MGGP*

Zdaniem Izby ocena działania, dokonana przez członków komisji, których oceny kwestionowano, jest prawidłowa.

Stwierdzono, że realizacja proponowanego działania zależała od wykonawcy oraz częściowo od zamawiającego i nie należała do konsultanta. Konsultant nie mógł w świetle SIWZ oczekiwać dodatkowych punktów za nie swoje działania, których przydatność z punktu widzenia celu podkryterium zależy od dobrej woli i zaangażowania innych podmiotów (zwłaszcza wykonawcy robót), na których nie nałożono obowiązków w tym zakresie. Oczekiwanie, że wykonawca będzie współpracował w tym zakresie z konsultantem, nie zostało poparte żadnymi postanowieniami z umowy o roboty, które nakładałyby na wykonawcę robót obowiązek opisany w działaniu.

#### *Działanie 5 metodyki odwołującego MGGP*

Izba stwierdziła, że ocena działania 5 dokonana przez członków komisji okazała się prawidłowa.

Uznano, że realizacja działania nie jest adekwatna do celu, jakim było wszak zapewnienie systemu zarządzania jakością. Wskazywana w opisie i uzasadnieniu działania szybkość, jaką ma zapewnić działanie nie wpływa na jakość pomiarów i badań kontrolnych, a za takie działanie zamawiający miał przyznawać punkty w tym podkryterium.

Reasumując, zdaniem Izby, odwołujący powinien otrzymać od członków komisji w podkryterium 1 dodatkowo 12 małych punktów, czyli łącznie z już przyznanymi 8 pkt - 20

„małych” punktów. Powyższe pozwoliłoby na uzyskanie średniej arytmetycznej ocen wszystkich członków komisji w tym podkryterium na poziomie 4 pkt ( $20/5=4$ ), a nie 1,6 pkt. Ocena metodyki odwołującego MGGP dokonana przez członków komisji w podkryterium 2 i 3 okazała się prawidłowa, zaś średnia arytmetyczna wyniosła ocen wyniosła odpowiednio 5,4 pkt oraz 2,6 pkt (karty indywidualnych ocen ofert, zbiorcza ocena odwołującego MGGP, w aktach sprawy). Jak stwierdzono powyżej, w podkryterium 4 odwołujący powinien otrzymać od członków komisji dodatkowo 1 pkt, czyli zamiast przyznanych 6 – 7 małych punktów. Powyższe pozwoliłoby na uzyskanie średniej arytmetycznej ocen wszystkich członków komisji w tym podkryterium na poziomie 1,4 punkta ( $7/5=1,4$ ), zamiast 1,2.

Biorąc powyższe pod uwagę sumaryczna ocena tej metodyki powinna kształtować się na poziomie 13,4 punkta ( $4+5,4+2,6+1,4$ ) - zamiast przyznanych przez komisję 10,8 pkt. Powyższe nie zmieniłoby jednak wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wynikało z protokołu postępowaniu, w kryterium metodyka najwyższej ocenioną pracę przedstawił przystępujący Egis Polska Inżynieria sp. z o.o., który uzyskał za swą metodykę średnią 15,2 pkt. Zatem, w świetle kryterium oceny ofert opisanego w SIWZ, do wyniku uzyskanego przez tę ostatnią metodykę porównywane powinny być wszystkie pozostałe opracowania. Takiego też porównania dokonał zamawiający. W konsekwencji, gdyby odwołujący uzyskał prawidłową liczbę punktów w kryterium metodyka, to zmiana uległaby jedynie punktacja samego odwołującego MGGP w kryterium metodyka.

Porównanie oceny obu metodyk – odwołującego i najwyższej ocenionej metodyki – tj. metodyki przystępującego Egis pozwoliłoby metodyce odwołującego MGGP uzyskać 35,26 dużych pkt ( $13,4/15,2 \times 40$ ), zamiast 28,42 pkt. Po dodaniu punktów uzyskanych za cenę (55,36), uzyskałby on globalnie za swoją ofertę 90,62 pkt, zamiast 83,78 pkt. Dostrzeżenia wymagało, że tak ustalona punktacja nie zmieniłaby wyniku postępowania. Powyższe wynikało z faktu, że uznana za najkorzystniejszą oferta przystępującego ECMG uzyskała 93,68 pkt, zaś ocena tej oferty nie uległa zmianie. Powyższe skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, gdyż stwierdzone przez Izbę naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, nie miały wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

#### **KIO 2563/14**

Izba oddaliła odwołanie w sprawie KIO 2563/14, gdyż nie stwierdziła takich naruszeń przepisów ustawy Pzp, które mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby zamawiający zasadnie uznał, że oferta odwołującego TPF podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

W ocenie Izby oferta odwołującego zasadnie została uznana za niezgodną z postanowieniem pkt 10.6 SIWZ. Zgodnie z powołanym postanowieniem SIWZ zamawiający wymagał, aby każda cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu, w tym również koszty towarzyszące. Wymóg zamawiającego co do skalkulowania kosztów na poziomie rynkowym odrębnie dla każdej pozycji był oczywisty. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że w przypadku usługi nadzoru objętej przedmiotem zamówienia sposób wynagrodzenia wykonawcy wykazywał cechy wynagrodzenia kosztorysowego. Powyższe wynikało choćby z § 4 ust. 1 oraz ust. 4 projektu umowy stanowiącego część SIWZ, zgodnie z którym wynagrodzenie w części dotyczącej wykonywania usługi nadzoru będzie płatne w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez personel wykonawcy (konsultanta). Ponadto, z postanowienia § 27 wzoru umowy wynikało wyraźne i jednoznaczne powiązanie wynagrodzenia wykonawcy z pracą konkretnego eksperta, wyliczaną na podstawie zaoferowanej stawki tzw. „dniówki”. Zatem cena jednostkowa „dniówka” znajdować miała bezpośrednie przełożenie na wysokość wynagrodzenia eksperta. Izba nie podziela argumentacji odwołującego, który z odpowiedzi na pytanie nr 32, jakiej zamawiający udzielił 23 kwietnia 2014 r. wywodził, że zamawiający wprowadził w niej definicję pojęcia „pozycja” obejmującego jedynie „koszty administracyjne razem”, „usługi nadzoru razem”, „działania promocyjne razem”, „koszty administracyjne razem poz. 4” i „wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich razem poz. 5”. Odwołujący dokonując takiej interpretacji pominął pierwszą część odpowiedzi zamawiającego, zgodnie z którą przesądzono, że pod pojęciem „pozycja” należy rozumieć także wiersze oznaczone 1a-1d, 2.1.1-2.1.8, oraz dla zadania I – 2.2.1. – 2.2.26, a dla zadania II 2.2.1 – 2.2.27 oraz 3.1.-3.3, 4a-4d oraz 5.1. Kwestionowana przez zamawiającego wycena dotyczy pozycji znajdujących się właśnie w tych wierszach formularza cenowego odwołującego TPF.

Niezasadnym było powoływanie się odwołującego na odpowiedzi nr 25-31 udzielone przez zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2014 r. W szczególności z odpowiedzi tych nie wynikało, jakoby zamawiający dokonał w ten sposób modyfikacji postanowienia pkt 10.6 SIWZ, dopuszczając dowolność w kalkulacji cen jednostkowych. Zdaniem Izby, odpowiedzi na pytania należało odczytywać łącznie z postanowieniem pkt 10.6 z czego należało wyprowadzić wnioski, że kalkulacja cen jednostkowych należy do wykonawcy i w której wysokość zamawiający nie ingeruje, ale jednocześnie ustalenie cen jednostkowych powinno uwzględniać postanowienia SIWZ, w tym pkt 10.6. W ocenie Izby, na konieczność takiej interpretacji powołanych postanowień SIWZ i odpowiedzi na pytania wskazuje choćby



odpowieź na pytanie 27 czy pytanie 30, udzielone 23 kwietnia 2014 r. W odpowiedziach tych zamawiający przesądził bowiem, że ceny jednostkowe winny zawierać całkowity koszt, w tym koszty ogólne, wszystkie narzuty oraz zysk wykonawcy.

Wbrew stanowisku odwołującego dowolności w kształtowaniu cen jednostkowych nie można było wyprowadzić z fragmentu pkt 10.6., zgodnie z którym wszelkie rabaty i upusty należało ująć w poszczególnych cenach jednostkowych. Postanowienie to również należało odczytywać łącznie z bezpośrednio poprzedzającym go fragmentem, który nakazywał ujęcie w każdej cenie jednostkowej odpowiadających jej kosztów w przyjętej jednostce czasu. Stąd zapis o rabatach nie niweczył obowiązku wynikającego z początkowego fragmentu pkt 10.6 SIWZ.

Do tak ustalonej treści SIWZ należało porównać treść oferty odwołującego TPF. Wzięto pod uwagę, że treść formularza cenowego odwołującego została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie zostało uznane przez zamawiającego za skuteczne i które odwołujący w toku rozprawy podtrzymał. Zatem informacji o treści oferty odwołującego w tym zakresie nie ujawniono w uzasadnieniu.

Spór pomiędzy stronami dotyczył wyceny niektórych pozycji formularza cenowego. Pozycje te zostały szczegółowo wskazane w piśmie zamawiającego z 22 września 2014 r. skierowanym do odwołującego. W wezwaniu tym, zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji tych pozycji i ustalenia cen jednostkowych, wyjaśnienia czy zaoferowane ceny jednostkowe są realne i odzwierciedlają realną strukturę kosztów związanych ze świadczeniem usług, o których mowa w kwestionowanych pozycjach. Zamawiający poprosił również o wskazanie, w jaki sposób za podane ceny jednostkowe odwołujący zamierza wykonać zamówienie. W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący TPF złożył wyjaśnienia z dnia 29 września 2014 r., których treść zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na treść tych wyjaśnień odwołujący TPF powołał się w załączniku nr 1 do odwołania, który również został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Zdaniem Izby, zamawiający w rozstrzygnięciu z dnia 24 listopada 2014 r. prawidłowo ocenił treść oferty odwołującego i udzielone przez niego wyjaśnienia. W szczególności podzielić należy stanowisko zamawiającego, że sposób budowania cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach formularza cenowego świadczył o „przerzucaniu” pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego kosztów związanych z wykonaniem prac, których dotyczy wycena. W ocenie Izby o powyższej praktyce świadczą wyjaśnienia znajdujące się na str. 3 wyjaśnień odwołującego TPF z 29.09.2014 r. Wskazana tam okoliczność nie uzasadnia bowiem możliwości obniżenia wyceny kwestionowanych pozycji aż do takiego poziomu, jaki podał odwołujący w formularzu cenowym. Nie stanowi wytłumaczenia dla wysokości kalkulacji argumentacja znajdująca się na str. 4 ostatni akapit

wyjaśnień odwołującego. Możliwość nieponoszenia niektórych wskazanych przez odwołującego kosztów nie uzasadnia obniżenia kosztów w kwestionowanych pozycjach do poziomu z formularza cenowego. Ponadto okoliczności dotyczące tego czynnika zostały podane lakonicznie i niekonkretnie. Izba nie podziela również stanowiska odwołującego przedstawionego w wyjaśnieniach i załączniku do odwołania odnośnie jego sposobu interpretacji postanowień pkt 10.6 SIWZ, odpowiedzi na pytania z 23 kwietnia 2014 r. i zapisu SIWZ o możliwości udzielania rabatów, co szerzej omówiono przy przedstawianiu treści SIWZ.

Jeżeli zaś chodzi o czynnik, który odwołujący TPF ujawnił w trakcie części niejawniej rozprawy, to Izba wzięła pod uwagę, że wykonawca nie powołał takiego czynnika w złożonych przez siebie wyjaśnieniach z 29 września 2014 r. Wzięto pod uwagę, że w wyjaśnieniach na str. 4, ostatni akapit, mowa była o czynniku w odniesieniu do generalnie szerszego zakresu personelu tj. „osób przewidzianych do realizacji zamówienia”, zaś na rozprawie – tylko w odniesieniu do niektórych z tych osób. Zamawiający precyzyjnie wezwał wykonawcę do przedstawienia wszelkich czynników, które umożliwiły zaoferowanie kwestionowanych stawek wynagrodzenia ekspertów. Skoro wykonawca takiego czynnika nie ujawnił lub zostało to wskazane w sposób ogólnikowy i niekonkretny, to nie można czynić zamawiającemu zarzutu, że nie został on wzięty przez zamawiającego pod uwagę. Rolą Izby nie jest dokonywanie oceny oferty za zamawiającego, a jedynie kontrolowanie czy zamawiający dokonał swej czynności zgodnie z prawem. Po drugie zaś, nawet gdyby wbrew naturze postępowania odwoławczego przyjąć, że odwołujący TPF mógł się powołać dopiero w toku postępowania odwoławczego na tę okoliczność, to odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu. Stanowisko odwołującego w tym zakresie pozostało gołosłowne.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego TPF z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, nie potwierdził się.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że opisane powyżej działanie odwołującego polegające na przerzucaniu kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi, które stanowić będą odrębne podstawy do ustalania wynagrodzenia poszczególnych ekspertów, wypełniało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za działanie niezgodne z dobrymi obyczajami należy uznać praktykę polegającą na przenoszeniu kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami dniówek ekspertów, które służyć miały do de facto kosztorysowego kształtowania wynagrodzenia

należnego wykonawcy. Takie ukształtowanie sposobu wynagrodzenia w ofercie nastąpiło w oderwaniu od rzeczywiście ponoszonych przez wykonawcę kosztów, zaangażowania personelu, w oderwaniu od realiów rynkowych. Prowadziło do wprowadzenia de facto ryczałtowego sposobu wynagradzania. Ponadto minimalizowało ryzyko odwołującego, gdyż ryzykiem np. wcześniejszego zakończenia kontraktu wskutek np. odstąpienia od umowy wykonawcy nadzorowanych robót budowlanych obciążało klienta. Podkreślenia wymaga, że klientem w omawianym przypadku jest podmiot publiczny, obowiązany do celowego, gospodarnego wydatkowania środków publicznych. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że tak ukształtowane stawki dniówki ekspertów mogą prowadzić do sztucznego zawyżenia wynagrodzenia w pierwszym etapie i naraża zamawiającego na możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego mogą nie zrekompensować zastrzeżone kary umowne. Zdaniem Izby powyższe jest sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi, którymi odwołujący jako przedsiębiorca winien się kierować zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Działanie takie uderza także w innych uczestników rynku – pozostałych wykonawców. Podmioty te, stosując się do reguł SIWZ oraz dobrych obyczajów brały na siebie ryzyko, iż wynagrodzenia rozliczanego dniówkami w niektórych sytuacjach mogą nie uzyskać. Koszt takiego ryzyka musieli kalkulować w cenie oferty, czego nie czynił odwołujący TPF. Działanie to zagraża także innym przedsiębiorcom na rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego TPF z powodu złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk, nie potwierdził się.

W ocenie Izby oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Izba stwierdziła, że wskazany przez zamawiającego w rozstrzygnięciu odrębny przepis, w którego miałyby wynikać sankcja nieważności, to jest art. 5 KC, nie przewiduje takiej sankcji. Przypomnienia wymaga, że art. 5 KC stanowi, iż *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.* Z przepisu tego wynika jedynie, że działanie uprawnionego z przekroczeniem zasad współżycia społecznego nie korzysta z ochrony prawnej i nie jest uważane za wykonywanie tego prawa. Powyższe nie oznacza jednak, że działanie uprawnionego, nawet niezgodne z tymi zasadami, jest nieważne. Izba podziela w pełni przywołane przez odwołującego poglądy orzecznictwa, w tym Sądu Najwyższego w tym zakresie. Jak słusznie wskazał odwołujący, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 października 2002 r. wydanym w sprawie o sygn. akt V

CK 370/02, stwierdził iż dochodzenie stwierdzenia przez sąd nieważności czynności prawnej nie podlega ocenie na podstawie art. 5 KC. Podobnie wyraził się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 22.09.1987 r. sygn. III CRN 265/87. Z powołanego wyroku można wywnioskować, że naruszenie art. 5 KC nie jest sankcjonowane nieważnością czynności prawnej, lecz jedynie brakiem ochrony dokonującej czynności.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego TPF z powodu złożenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, potwierdził się. Stwierdzone naruszenie jednak nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowaniu, albowiem – jak ustalono – oferta odwołującego TPF została zasadnie odrzucona przez zamawiającego z innych powodów.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego ECMG z powodu niewykazania przez niego warunków udziału w postępowaniu, gdyż odwołujący TPF, w trakcie posiedzenia Izby w dniu 16 grudnia 2014 r., cofnął ten zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w obu sprawach. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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. Nr 41 poz. 238).

W sprawie o sygn. akt KIO 2561/14 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

W sprawie o sygn. akt KIO 2563/14 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 2460,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....