

Sygn. akt: KIO 2509/18

**WYROK**  
**z dnia 18 grudnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Jan Kuzawiński**  
  **Luiza Łamejko**  
  **Emil Kuriata**

**Protokolant:**               **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2018 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa, ITALFERR S.p.A. Via V. G. Galati 71, Rzym, Systra SA, 72-76, rue Henry Farman, Paryż** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum **Egis Rail S.A., Lyon 69 006, 168-170 avenue Thiers, Egis Poland Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa, MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddała odwołanie w całości,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - konsorcjum AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa, ITALFERR S.p.A. Via V. G. Galati 71, Rzym, Systra SA, 72-76, rue Henry Farman, Paryż i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa, ITALFERR S.p.A. Via V. G. Galati 71, Rzym, Systra SA, 72-76, rue Henry Farman, Paryż, tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**

od Odwołującego - konsorcjum AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa, ITALFERR S.p.A. Via V. G. Galati 71, Rzym, Systra SA, 72-76, rue Henry Farman, Paryż na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, stanowiącą koszty 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 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, w imieniu którego działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, pl. Matejki 12, 31-157 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz - Etap I: prace przygotowawcze”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 209-434744 w dniu 31.10.2017 r. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) zwanej dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 3 grudnia 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum AECOM Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa, ITALFERR S.p.A. Via V. G. Galati 71, Rzym, Sysstra SA, 72-76, rue Henry Farman, Paryż (dalej jako Odwołujący lub konsorcjum Aecom) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Egis Rail S.A. z siedzibą we Lyonie, Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie („konsorcjum EGIS”);
- 2) dokonania badania i oceny oferty konsorcjum EGIS w pozacenowym kryterium oceny ofert „Metodologia” podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” w sposób błędny, z naruszeniem postanowień pkt 20.8.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości oraz niezgodnie z wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej wynikającymi z wyroku KIO z dnia 20.07.2018 r. (sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18) oraz wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej wynikającymi z wyroku KIO z dnia 17.10.2018 r. (sygn. akt KIO 2035/18),
- 3) zaniechania sporządzenia i przekazania Odwołującemu pełnego - szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego w zakresie dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert w kryterium „Metodologia” podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu nr 1 (M1K1) i Kontraktu nr 2 (M1K2),
- 4) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Egis podczas, gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

- 5) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- 6) zaniechania odtajnienia opracowania pisemnego „Metodologia - Kluczowe elementy Kontraktu” konsorcjum Egis,
- 7) ewentualnie, zaniechania unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.1 art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 65 kc poprzez dokonanie oceny dokonaniu oceny oferty konsorcjum Egis w pozacenowym kryterium oceny ofert „Metodologia” podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” (M1K) Kontrakt 1 („M1K1”) oraz Kontrakt 2 („M1K2”) w sposób błędny, z naruszeniem postanowień pkt 20.8.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości oraz niezgodnie z wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej wynikającymi z wyroku KIO z dnia 20.07.2018 r. (sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18) oraz z wyroku KIO z dnia 17.10.2018 r. (sygn. akt KIO 2035/18) poprzez:

- przyznanie ofercie konsorcjum Egis w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” (M1K) łącznie 804 „małych” punktów dla Kontraktu nr 1 (M1K1) oraz 762 „małych” punktów dla Kontraktu 2 (M1K2), a w konsekwencji przyznania temu wykonawcy 10 „dużych punktów” w podkryterium M1K1 i 10 dużych punktów w podkryterium M1K2, co doprowadziło w konsekwencji do rażącego zaniżenia punktacji przyznanej Odwołującemu, poprzez przyznanie Odwołującemu 0,75 „dużych” punktów w podkryterium M1K1 oraz 0,79 „dużych” punktów w podkryterium M1K2 oraz poprzez zaniechanie dokonania oceny w sposób wynikający z sentencji wyroku KIO z 20.07.2018 r. oraz wyroku KIO z 17.10.2018 r. w tym w szczególności zgodnie z którymi punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego, podczas gdy:

a) z uzasadnienia oceny oferty konsorcjum Egis w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” wynika, iż elementy wskazane w opracowaniu konsorcjum Egis stanowią wyłącznie powielenie OPZ oraz dokumentacji Postępowania w ten sposób, iż konsorcjum Egis dokonało „rozbicia” tożsamyh rodzajowo (dotyczących tych samych zagadnień) kluczowych elementów kontraktu na pojedyncze „kluczowe elementy kontraktu”, co doprowadziło do sztucznego zawyżenia liczby rzekomo kluczowych elementów kontraktu wskazanych w opracowaniu konsorcjum EGIS, podczas gdy w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji elementy dotyczące tych samych kwestii/ zagadnień winny być traktowane jako jeden

element kontraktu, a w konsekwencji Zamawiający winien w pierwszej kolejności dokonać agregacji takich „rozbitych” elementów kontraktu i potraktować je jako jeden element kontraktu podlegający ocenie pod kątem ich kluczowości;

b) w trakcie pierwszej oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego 21.06.2018 r. Zamawiający przyznał konsorcjum Egis po 50 „małych” punktów w podkryterium M1K1 i w podkryterium M1K2 oraz po 10 „dużych” punktów w podkryterium M1K1 oraz w podkryterium M1K2 zaś Odwołującemu po 45 „małych” punktów w podkryterium M1K1 i w podkryterium M1K2 oraz po 9 „dużych” punktów w podkryterium M1K1 i w podkryterium M1K2,

c) sposób oceny oraz identyczna liczba „małych” punktów przyznana ofercie konsorcjum Egis przez każdego z 6 członków Komisji Oceniającej wskazuje, iż ocena ta nie była dokonywana w sposób indywidualny, ale kolegialny a więc w sposób sprzeczny z SIWZ;

a w konsekwencji powyższego dokonaniu wyboru oferty konsorcjum Egis jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu;

1.2) art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu pełnego - szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dokonanej oceny ofert w postępowaniu w kryterium „Metodologia”, podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu nr 1 (M1K1) i Kontraktu nr 2 (M1K2) wraz z uzasadnieniem szczegółowych motywów, którymi przy ocenie kierowali się poszczególni członkowie Komisji Oceniającej;

1.3) art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Egis, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż wykonawca konsorcjum Egis dokonał manipulacji polegającej na sporządzeniu opracowania „Metodologia - Kluczowe elementy Kontraktu” poprzez przepisanie elementów SIWZ i Opisu Przedmiotu Zamówienia i „rozbiciu” elementów kontraktu tożsamyh rodzajowo (dotyczących tych samych zagadnień) na pojedyncze „kluczowe elementy kontraktu”, co doprowadziło do sztucznego zawyżenia liczby rzekomo kluczowych elementów kontraktu wskazanych w opracowaniu konsorcjum Egis, będącego przedmiotem oceny oferty w ramach kryterium „Metodologia” podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” a w konsekwencji do zaniżenia liczby „dużych” punktów przyznanych ofercie Odwołującego oraz wyboru oferty konsorcjum Egis jako najkorzystniejszej;

- 1.4) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty konsorcjum Egis tj. opracowania pisemnego „Metodologia - Kluczowe elementy Kontraktu”, podczas gdy opracowanie nie zawiera informacji posiadającej przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ stanowi powtórzenie elementów SIWZ oraz OPZ, które stanowią jawną część dokumentacji Postępowania;
- 1.5) ewentualnie poprzez naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na skonstruowaniu przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Metodologia” - podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” Kontrakt 1 (M1K1) i Kontrakt 2 (M1K2), jako kryterium jakościowego w sposób który uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny i jej poprawne uzasadnienie w tym pozacenowym podkryterium oceny ofert z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości oraz zgodnie z wytycznymi wynikającymi z wyroku KIO z 20.07.2018 r. oraz wyroku KIO z 17.10.2018 r.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyborze oferty konsorcjum Egis jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- odrzucenia oferty konsorcjum Egis z uwagi na fakt, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- ewentualnie dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty konsorcjum Egis oraz przyznania punktacji w ramach kryterium „Metodologia” podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu 1 (M1K1) oraz Kontraktu 2 (M1K2) niezależnie przez każdego członka Komisji Oceniającej, z uwzględnieniem zasad wynikających z pkt. 20.8.3 SIWZ, wytycznych wynikających z wyroku KIO z dnia 20.07.2018 r. (sygn. akt KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18) oraz wyroku KIO z dnia 17.10.2018 r. (KIO 2035/18) w tym w szczególności z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości, poprzez nakazanie Zamawiającemu, w toku ponownej oceny oferty konsorcjum Egis zagregowania i potraktowania jako jeden element kontraktu, tych kluczowych - w ocenie konsorcjum Egis - elementów kontraktu wskazanych w opracowaniu konsorcjum Egis, które odnoszą się do tych samych kategorii kwestii/zagadnień (ryzyk) opisanych jako kluczowe elementy kontraktu,
- przekazania wykonawcom pełnego i wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej ponownej oceny ofert konsorcjum Egis wraz z przekazaniem (w tej samej dacie) informacji o wynikach dokonanej oceny wraz ze szczegółowym uzasadnieniem oceny

dokonanej przez Zamawiającego i poszczególnych członków Komisji Oceniającej w kryterium „Metodologia” podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”, tj. poprzez szczegółowe uzasadnienie sporządzone przez poszczególnych członków Komisji Oceniającej, dlaczego dany element kontraktu wskazany przez wykonawcę został zakwalifikowany jako kluczowy albo dlaczego nie został zakwalifikowany jako kluczowy;

- z daleko posuniętej ostrożności procesowej, alternatywnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na skonstruowaniu przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Metodologia” - podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” Kontrakt 1 (M1K1) i Kontrakt 2 (M1K2), w sposób, który uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny i jej poprawne uzasadnienie w tym pozacenowym podkryterium oceny ofert z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości oraz zgodnie z wytycznymi wynikającymi z ww. wyroków KIO.

#### Podstawy faktyczne odwołania.

Odwołujący informuje, iż Zamawiający ustalił 4 kryteria oceny ofert, w tym kryterium „Metodologia” o wadze 25%. W ramach tego kryterium zawarto dwa podkryteria, jako pierwsze z nich: „Kluczowe elementy Kontraktu - podkryterium M1 dla Kontraktu nr 1 (M1K1) lub Kontraktu nr 2 (M1K2)”, za które można było uzyskać maksymalnie 10 pkt. Wskazuje, że zgodnie z pkt 20.8.3 SIWZ, w ww. kryterium na ocenę Metodologii realizacji zamówienia składała się: *„ocena znajomości Kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomość przedmiotu zamówienia, podejście Wykonawcy do wykonania usługi oraz organizacja Wykonawcy”*. Dalej, w pkt 20.8.3 SIWZ (str. 32) Zamawiający opisał również sposób oceny Metodologii w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” (M1K) i tak opracowanie w kryterium Metodologia dla kryterium „Kluczowe elementy projektu Kontraktu” nie mogło dla każdego z dwóch Kontraktów przekraczać łącznie 40 stron formatu A4 przy zastosowaniu czcionki Arial „12” i odstępem między wierszami na poziomie 1,5. W przypadku przedłożenia opracowania przekraczającego przywołaną ilość stron - strony w powyżej wskazanej ilości nie podlegały analizie. W ww. podkryterium, dla każdego z Kontraktów oddzielnie, Zamawiający oceniał opracowanie pisemne - opis kluczowych elementów kontraktu. Zgodnie z definicją zawartą w SIWZ :

*„Jako kluczowe elementy Kontraktu Zamawiający uzna elementy, które:*

- a) Są konieczne i niezbędne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie);*

b) *Ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy lub Zamawiającego.*"

W ramach podkryterium wykonawcy byli zobowiązani wskazać elementy, które uważają za kluczowe dla realizacji Kontraktu oraz uzasadnić swój wybór, biorąc pod uwagę wymienione powyżej w pkt 3 a) i b) cechy kluczowych elementów Kontraktu. Zgodnie z pkt 20.8.3 SIWZ oceny kryterium mieli dokonywać wyznaczeni członkowie Komisji Przetargowej z udziałem wytypowanych przez Zamawiającego przedstawicieli Inżyniera Nadzoru („Komisja Oceniająca”). W podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” punkty miały być przyznawane w następujący sposób:

a) Każdy z członków Komisji Oceniającej, niezależnie, przyznawał po 1 (jednym) tzw. „małym punkcie” za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu, odrębnie dla Kontraktu 1 oraz Kontraktu 2. „Poprawnie wskazany element Kontraktu” oznaczał przy tym taki element, który posiadał cechy wskazane w pkt 3) lit, a) i b) powyżej oraz został należycie uzasadniony.

b) „Małe punkty” przyznane za przez każdego z członków Komisji Oceniającej winny być następnie zsumowane, a końcowa punktacja w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” winna być obliczona według następującego wzoru:

suma punktów oferty badanej - M1K = (suma punktów oferty badanej/suma punktów z najwyższą liczbą punktów w podkryterium M1K) \* 10. Wobec tego, że Zamawiający oceniał oddzielnie „Metodologię - Kluczowe elementy Kontraktu” dla Kontraktu nr 1 (M1K1) oraz oddzielenie dla Kontraktu nr 2 (M1K2), wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 10 punktów (tzw. „dużych punktów”) dla Kontraktu nr 1 (M1K1) i maksymalnie 10 punktów dla Kontraktu nr 2 (M1K2).

Odwołujący informuje, że w dniu 21.06.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Egis. Opracowania „*Metodologia/Kluczowe elementy Kontraktu*” w obu ofertach zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców. Niemniej jednak z informacji ujawnionych przez Zamawiającego wynikało, że: 1) konsorcjum Aecom wskazało 10 Kluczowych elementów Kontraktu dla Kontraktu 1 oraz 10 Kluczowych Elementów Kontraktu dla Kontraktu 2, konsorcjum Egis wskazało 136 Kluczowych elementów Kontraktu dla Kontraktu nr 1 oraz 132 Kluczowe elementy Kontraktu dla Kontraktu nr 2. Zgodnie z informacją z oceny ofert, w ramach kryterium Metodologia – Kluczowe elementy kontraktu, konsorcjum Egis otrzymało po 10 pkt za Kontrakty 1 i 2, zaś konsorcjum Aecom – po 9 pkt.

Odwołujący podkreśla, że w ww. informacji Zamawiający przedstawił wyłącznie ogólną liczbę „dużych punktów” przyznanych poszczególnym wykonawcom w ramach ww. podkryterium,



bez szczegółowego uzasadnienia sposobu dokonania oceny. Zamawiający dopiero na wnioski Odwołującego w dniu 28.06.2018 r. i 2.07.2018 r. (w którym upływał termin na wniesienie odwołania), udostępnił dokumenty, które zawierały „szczętkowe” informacje nt. sposobu przeprowadzenia oceny w ww. podkryterium oraz na temat liczby punktów przyznanych przez poszczególnych członków Komisji Oceniającej.

Od czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej odwołania do KIO wniósł zarówno Odwołujący (sygn. akt KIO 1310/18), jak i konsorcjum Egis (sygn. akt KIO 1303/18 oraz KIO 1322/18). Zarówno Odwołujący jak i konsorcjum Egis kwestionowali sposób oceny oraz brak uzasadnienia w zakresie podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”. Wyrokiem z dnia 20.07.2018 r. (sygn. akt KIO 1303/18, 1310/18, KIO 1322/18) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie konsorcjum Egis (KIO 1303/18) oraz uwzględniła w części odwołanie Odwołującego (KIO 1310/18) i konsorcjum Egis (KIO 1322/18) oraz nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uwzględnienie przy ocenie oferty konsorcjum AECOM pominiętych przez Zamawiającego części oferty dotyczących oceny w kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy” oraz kryterium „Metodologia” podkryterium „Organizacja Wykonawcy” dla Kontraktu 1 (M2K1), uwzględniając zarzuty obu wykonawców dotyczące oceny w kryterium „Metodologia” podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”. Izba dała Zamawiającemu wytyczne i nakazała *„dokonania oceny obu złożonych ofert w podkryterium Kluczowe elementy Kontraktu w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie pomiędzy nimi uczciwej konkurencji, a jednocześnie zgodnie z opisem zawartym na str. 32 instrukcji dla wykonawców, tj. z uwzględnieniem że: - punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego, - członek komisji oceniającej ma przyznać 1 pkt za każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu, według wzoru wyliczenia łącznej punktacji suma punktów oferty badanej ma być podzielona przez sumę punktów oferty z najwyższą liczbą punktów, a następnie uzyskany wynik ma być przemnożony przez 10”, „sporządzenia i przekazania zainteresowanemu uzasadnienia dokonanej oceny w podkryterium Kluczowe elementy Kontraktu w sposób umożliwiający identyfikację sposobu oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu, ze szczegółowym uzasadnieniem powodów nieuwzględnienia danego elementu jako kluczowego z uwagi na pokrywanie się z elementami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi dokumentami postępowania”.*

W dniu 25.09.2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach ponownego badania i ocen ofert oraz ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Egis. W wyniku ponownego badania i oceny ofert konsorcjum Egis w ramach

ww. podkryterium otrzymało po 10 pkt, natomiast konsorcjum Aecom – 0,75 pkt dla kontraktu 1 i 0,79 pkt dla kontraktu 2. W treści ww. informacji Zamawiający zamieścił wyłącznie ogólną punktację przyznaną w poszczególnych kryteriach lub podkryteriach oceny ofert i nie zawarł w niej jakiegokolwiek uzasadnienia dotyczącego oceny w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”. Odwołujący od ww. czynności wniósł odwołanie do KIO, która wyrokiem z dnia 17.10.2018 r. (KIO 2035/18) uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert – i w ramach tej czynności – sporządzenie i przekazanie wykonawcom uzasadnienia dokonanej oceny w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” w sposób umożliwiający identyfikację podstaw dokonanej oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu, przy czym uzasadnienie to miało obejmować zarówno elementy ocenione pozytywnie (którym przyznano punkty), jak i ocenione negatywnie (którym nie przyznano punktów). Odwołujący podkreśla, że Izba w ww. wyroku wskazała również, że pomiędzy pierwszą i drugą oceną ofert w ww. podkryterium zachodzą różnice, co wskazuje na zmianę kwalifikacji elementów jako kluczowych, co podważa ich weryfikację. Izba wskazała również, że w ww. wyroku z lipca podano, iż punktowaniu powinny podlegać elementy uznane przez członka komisji za kluczowe, a zatem nie za każdy element punkt powinien być przyznany. Izba w ww. wyroku z marca wskazała również, że zawarta w SIWZ definicja składa się w dużej mierze z pojęć generalnych, które wymagają interpretacji zgodnie z art. 65 k.c. Wskazała także, że Zamawiający nie ograniczył liczby elementów, które wykonawca może wymienić, jednakże w przypadku nadmiernego rozdrobnienia może być konieczna agregacja celem utrzymania ich kluczowości. Odwołujący podnosi, że według Izby punktowane powinny być elementy kluczowe, nie każdy wers tabeli i nie jest dopuszczalne, by za taką samą lub porównywalną wartość metodologii wykonawcy otrzymywali diametralnie różną ilość punktów. Izba wskazała także, że celem Zamawiającego w ww. kryterium z pewnością nie było to, by wykonawcy przepisywali do metodologii każdy element opisu przedmiotu zamówienia, który potencjalnie może nie zostać zrealizowany.

Odwołujący informuje, że w dniu 23.11.2018 r. Zamawiający poinformował go o wynikach powtórzonej czynności badania i ocen ofert oraz ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Egis. W wyniku ponownego badania i oceny ofert punktacją przyznaną wykonawcom nie uległa zmianie w stosunku do drugiej oceny ofert z 25.09.2018 r. Wraz z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał Odwołującemu indywidualne karty ocen 6 członków Komisji Oceniającej z informacją dotyczącą oceny ofert w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”, które zawierały: ocenę oferty wraz ze wskazaniem: (1) numeru kluczowego elementu kontraktu, (2) nazwy/wskazania kluczowego elementu kontraktu, (3) uzasadnienie

członka komisji dla przyznania lub nieprzyznania punktów dla wskazanego przez wykonawcę kluczowego elementu kontraktu - Odwołujący otrzymał w opisanej formule wyłącznie ocenę dotyczącą jego własnej oferty i ocenę oferty Odwołującego wraz ze wskazaniem: (1) numeru kluczowego elementu kontraktu (2) liczby przyznanych punktów (3) uzasadnienie członka komisji dla przyznania lub nieprzyznania punktów dla wskazanego przez wykonawcę kluczowego elementu kontraktu - Odwołujący otrzymał w opisanej formule ocenę dotyczącą jego własnej oferty oraz oferty konsorcjum Egis.

#### Uzasadnienie zarzutów odwołania.

1. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 65 kc.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku kolejnej oceny ofert ogólna liczba punktów przyznanych konsorcjum Egis w stosunku do wcześniejszych ocen nie uległa zmianie i wynosi 127,56 pkt, zmieniła się natomiast ogólna liczba punktów przyznana ofercie Odwołującego, z 126,30 pkt na 126,04 pkt. Zdaniem Odwołującego jest to wynikiem nieuzasadnionego zmniejszenia liczby punktów przyznanych Odwołującemu w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” z 9 pkt do 0,75 pkt dla kontraktu 1 oraz z 9 do 0,79 pkt dla kontraktu 2. Odwołujący wywodzi, że doszło do rażącego zaniżenia punktacji tzw. dużych punktów przyznanych ofercie Odwołującego w ww. podkryterium, co wynika z zawyżenia sumy tzw. małych punktów przyznanych konsorcjum Egis. Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje, że ocena oferty konsorcjum Egis w ww. podkryterium została dokonana nieobiektywnie oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w sposób, który pomimo przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów w innych kryteriach, pozwolił Zamawiającemu na faworyzowanie oferty konsorcjum Egis oraz ponowny wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, bez zmiany łącznej punktacji przyznanej konsorcjum Egis.

Odwołujący podnosi, że w ofercie wskazał i uzasadnił po 10 Kluczowych elementów Kontraktu dla Kontraktu nr 1 i Kontraktu nr 2. Konsorcjum Egis wskazało zaś 136 Kluczowych Elementów Kontraktu dla Kontraktu nr 1 i 132 Kluczowe Elementy Kontraktu dla Kontraktu nr 2. W pierwotnej ocenie ofert, punktacja komisji oceniającej kształtowała się jak poniżej:

	Aecom M1K1	Aecom M1K2	Egis M1K1	Egis M1K2
Członek Komisji Oceniającej nr 1	7	7	8	8
Członek Komisji Oceniającej nr 2	5	5	6	6
Członek Komisji Oceniającej nr 3	4	4	6	6
Członek Komisji Oceniającej nr 4	10	10	10	10
Członek Komisji Oceniającej nr 5	9	9	10	10
Członek Komisji	10	10	10	0

Oceniającej nr 6				
SUMA tzw. „małych” punktów	45	45	50	50

W ramach drugiej oceny jak i w ramach ponowionej oceny (pismo z 23.11.2018 r. - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej) członkowie komisji oceniającej przyznali (każdy) konsorcjum Aecom – po 10 pkt w M1K1 i M1K2, konsorcjum Egis – 134 pkt w ramach M1K1 i 127 pkt w M1K2. W rezultacie, Odwołujący otrzymał w ramach obu podkryteriów po 60 małych punktów, zaś konsorcjum Egis – 804 i 762 małe punkty. Po przeliczeniu małych punktów na duże zgodnie z ustalonym wzorem, konsorcjum Egis otrzymało w ramach omawianego podkryterium po 10 pkt, zaś Odwołujący odpowiednio dla M1K1 i M1K2 – 0,75 pkt i 0,79 pkt.

Odwołujący podnosi, że o ile różnica „małych” punktów przyznanych w ramach pierwotnej i ponownych ocen oferty Odwołującego nie jest znacząca (45 „małych” punktów w pierwotnej ocenie i 60 „małych” punktów w ponownej ocenie), to różnica w punktacji przyznanej ofercie Konsorcjum Egis 50 „małych” punktów w pierwotnej ocenie i 804 „małe” punkty w ponownych ocenach dla Kontraktu 1 i 50 „małych” punktów w pierwotnej ocenie i 762 „małe” punkty w ponownych ocenach dla Kontraktu 2) budzi uzasadnione wątpliwości co do rzetelności dokonanej oceny. Wskazuje, że w uzasadnieniu przekazanym przez Zamawiającego po pierwszej ocenie ofert ten wyjaśniał, iż dla Kontraktu nr 1 *„Wykonawca [konsorcjum EGIS] przedstawił 136 Kluczowych elementów kontraktu, które podlegały szczegółowej weryfikacji przez każdego z członków komisji niezależnie”* zaś dla Kontraktu nr 2 *„Wykonawca [konsorcjum EGIS] przedstawił 132 Kluczowe elementy kontraktu, które podlegały szczegółowej weryfikacji przez każdego z członków komisji niezależnie.”*. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że *„Zgodnie z pytaniem nr 35 Zamawiający dopuścił wskazanie nieograniczonej ilości kluczowych elementów kontraktu, w związku z czym komisja przeanalizowała każdy z przedstawionych elementów niezależnie. W związku z tym, że maksymalną możliwą ilością punktów do pozyskania były punkty przydzielone ofercie najlepiej ocenionej, w wyniku przeprowadzonej wyżej analizy komisja przetargowa przydzieliła ofercie maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium”*. Odwołujący podkreśla, że w konsekwencji przeprowadzonej pierwszej oceny Zamawiający uznał za kluczowe i uzasadnione (według kryteriów opisanych w pkt 20.8.3 SIWZ) wyłącznie znikomą ilość elementów wskazanych przez konsorcjum EGIS.

Odwołujący podnosi, że uzasadnienie metody oceny rzeczowego kryterium konsorcjum Egis zostało zaprezentowane przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego w sprawach połączonych KIO 1303/18, KIO 1310/18, KIO 1322/18, w tym odpowiedzi na odwołanie konsorcjum Egis w sprawie o sygn. KIO 1322/18, w którym konsorcjum Egis kwestionowało ocenę punktową swojej „Metodologii”. Odwołujący wywodzi,

że z oświadczeń Zamawiającego jednoznacznie wynikało, że nie był zobowiązany do automatycznego przyznawania po 1 małym punkcie za każdy element wskazany w metodologii Egis, gdyż prowadziłoby to do „sztucznej zasady przyznawania punktów” i powodowałoby, że nie jakość, ale ilość tych elementów decydowałaby o przyznanej punktacji. Zamawiający w ww. odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił także, że znaczna część elementów metodologii Egis stanowiła powielenie ogólnych wymagań z OPZ, które nie nosiły waloru kluczowości, a także, że dokonał analizy metodologii obu wykonawców, i przyznana ocena jest merytoryczna, a nie dotyczy aspektów formalnych – jak ilość elementów kontraktu. Zamawiający wskazał wówczas również, że metodologia Egis w dużej mierze stanowi powielenie wymagań OPZ i brak tym elementom cech wymaganych w SIWZ-IDW. Odwołujący podnosi, że Zamawiający zaznaczył również, przykładowo, jakie elementy i z jakich względów nie zostały uznane za kluczowe w ramach pierwszej oceny ofert, w tym m.in. pkt 1 - „Podpisanie umowy” czy pkt 5 - „wystąpienie do PLK o pełnomocnictwo”. W dalszej kolejności Zamawiający zwrócił uwagę na takie elementy jak pkt 6-13 Metodologii konsorcjum EGIS dotyczące pozyskania niezbędnej dokumentacji od poszczególnych organów oraz jednostek organizacyjnych czy pkt 14-27 dotyczących dokonania inwentaryzacji dla poszczególnych branż. Zdaniem Odwołującego Zamawiający słusznie zauważył również, że „(...) wyszczególnienie *de facto* jednej czynności na kilka czynników nie może stanowić niejako automatycznego przyjęcia, iż mamy do czynienia z kilkoma różnymi elementami realizacji kontraktu.”. Odwołujący wskazuje, że w toku pierwszej oceny ofert Zamawiający dokonał zagregowania tych elementów kontraktu wskazanych w opracowaniu Egis, które dotyczyły tych samych zagadnień/kwestii, które można uznać za kluczowe elementy kontraktu. Odwołujący wywodzi, że ze stanowiska Zamawiającego po przeprowadzeniu pierwszej oceny ofert wynika, że dokonując oceny opracowania konsorcjum Egis, po pierwsze, nie przyznawał on punktów za elementy, które były co do zasady powtórzeniem treści OPZ - trudno bowiem takie elementy uznać za „kluczowe” w rozumieniu SIWZ. Odwołujący wskazuje, że w uzasadnieniu wyroku z 20.07.2018 r. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie, zgodnie z którym przyznawanie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a także stwierdziła, że brak określenia górnej granicy kluczowych elementów kontraktu, które może wskazać wykonawca, umożliwiło nadużycie przyjętej formuły, i do przewidzenia było, że część wykonawców będzie dążyła do wskazania jak największej ilości ww. elementów, choćby całkowicie bezzasadnych. Odwołujący podnosi, że Izba wyraziła wówczas także stanowisko, zgodnie z którym sugerowany przez konsorcjum Egis sposób oceny, bazujący li tylko na liczbie zgłoszonych jako istotne przez danego wykonawcę elementów krytycznych kontraktu, stanowi zaprzeczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dalej Odwołujący wskazuje, że w wyroku z dnia 17.10.2018 r. Izba stwierdziła, że nie każdy element wskazany przez wykonawcę musi nosić walor kluczowości, a także wskazała również na konieczność agregacji takich elementów, które dotyczą tych samych kategorii zagadnień: *Nadmierne rozdrobnienie elementów, np. na poszczególne branże, jak w podanym podczas rozprawy przykładzie, nie służy utrzymaniu przymiotu ich kluczowości - w tym zakresie konieczna może być agregacja poszczególnych punktów. Zamawiający wskazał bowiem, że punkt (ocena) zostanie przyznany za „każdy poprawnie wskazany kluczowy element Kontraktu”, a nie za każdy oddzielony punkt (numer) wiersu tabeli. Nie może być też tak, że za taką samą lub porównywalną merytoryczną wartość obu metodologii (według stwierdzenia Zamawiającego, a nie oceny Izby) wykonawcy dostaną diametralnie różną liczbę punktów. Zauważyła to też Izba w wyroku z 20 lipca 2018 r. „punktacji, a następnie podstawieniu do wzoru powinny podlegać kluczowe elementy wyodrębnione przez członka zespołu oceniającego na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalne co do zakresu merytorycznego”.* Odwołujący wskazuje również, że w ww. wyroku Izba uznała, że celem ustanowienia kryterium nie było, aby wykonawcy przepisywali do metodologii cały OPZ, który może nie zostać zrealizowany, gdyż jasnym jest, że wykonawca musi zrealizować cały OPZ i kryterium nie jest do tego potrzebne.

Odwołujący wywodzi, że wobec tego, iż podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” jest ze swej natury kryterium jakościowym, w ramach którego ocenie podlega wartość merytoryczna opracowania, a nie kryterium ilościowym, zatem Zamawiający podczas pierwszej oceny metodologii konsorcjum Egis słusznie pominął lub zagregował traktując takie elementy Kontraktu wskazane przez Egis jako odnoszące się do tej samej kategorii zagadnień jako jeden element. Odwołujący zauważa, iż z uwagi na brak precyzyjnej definicji pojęcia „kluczowości” w SIWZ winno ono podlegać ocenie z godnie z ustalonymi regułami wykładni. Skoro wykładnia językowa pkt. 20.8.3 SIWZ nie daje odpowiedzi na pytanie, które elementy tak naprawdę można uznać za kluczowe (na co wskazywała Izba) konieczne jest odwołanie się do celu omawianego kryterium, czyli oceny jakościowej oferty - sporządzonego przez wykonawców opracowania. W konsekwencji, dokonana przez Zamawiającego ocena winna mieć charakter merytoryczny, z punktu widzenia wartości dodanej opisanej przez każdego z wykonawców, nie stanowić zaś czysto matematycznego „przeliczenia” ilości „elementów”, które będzie prowadziło do wypaczenia jakościowego kryterium oceny. Odwołujący podnosi, że powyższe zdaje się dostrzegać sam Zamawiający, ponieważ w toku pierwszego postępowania odwoławczego Zamawiający podkreślał, że metodologia konsorcjum Aecom była kompletna oraz spójna, skondensowana i opisywała najważniejsze czynniki wpływające na sprawną realizację kontraktu, a okoliczność braku rozbicia ww. czynników na poszczególne części składowe, jak w metodologii Egis, nie może skutkować przyznaniu Aecom mniejszej ilości punktów, gdyż spowodowałoby to, że ocena

byłaby niewspółmiernie niska do jej wartości merytorycznej, co naruszałoby zasady z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że do ww. zasad Zamawiający odniósł się również w piśmie z dnia 17.09.2018 r., stanowiącym odpowiedź na skargę konsorcjum Egis. Zamawiający zaznaczył, iż poszczególni wykonawcy przygotowując dokumenty Metodologii oparli się na odmiennych założeniach i przyjęli różne sposoby jej przygotowania, co skutkowało tym, iż Skarżący (konsorcjum Egis) wskazał ponad 130 elementów, a konsorcjum Aecom 10. Podnosi, że Zamawiający w ww. piśmie podał również, że znaczna część elementów metodologii Egis stanowi powielenie tego samego elementu lub odnosi się do elementów, które nie mogą być uznane za istotne lub kluczowe i konieczna jest wnikliwa weryfikacja ww. metodologii w celu przyznania punktacji adekwatnej do zawartości merytorycznej, czego zaniechanie prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem wykonawcy, którzy złożyli zbliżone jakościowo metodologie, otrzymaliby odpowiednio mniej niż 1 pkt i 10 pkt.

Odwołujący wskazuje, że w ramach ponowionej oceny, punktacja przyznana poszczególnym ofertom nie uległa zmianie, a tym samym wyniki ponownej oceny potwierdzają, co zostało przyznane przez samego Zamawiającego, że dokonana ocena stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Podnosi, że za wiarygodne należy uznać wyniki pierwotnej oceny dokonanej przez Zamawiającego, w ramach której Odwołujący otrzymał w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” po 9 pkt za każdy Kontrakt. Wywodzi, że ocena ta wskazuje, iż Zamawiający dokonał wówczas agregacji elementów wskazanych przez konsorcjum Egis, tak aby zapewnić merytoryczną porównywalność opracowań, a tym samym aby przeprowadzić ocenę zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Dalej Odwołujący podnosi, że waloru rzetelności oraz dochowania ww. zasad nie można przypisać zaskarżonej odwołaniem czynności badania i oceny ofert, ponieważ Zamawiający położył w niej nacisk wyłącznie na aspekt czysto matematyczny (ilościowy), czym zniweczył charakter oceny podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” jako kryterium pozacenowego i jakościowego, w ramach którego winien oceniać, jak wynika z pkt 20.8.3 SIWZ *„znajomości Kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomość przedmiotu zamówienia, podejście Wykonawcy do wykonywania usług”*. Podnosi, że kryterium to ma bowiem w założeniu pokazać wartość dodaną, jaką oferuje wykonawca dzięki swojemu profesjonalizmowi i znajomości problematyki związanej z realizacją podobnych usług. Odwołujący wskazuje, że w obu dotychczas wydanych orzeczeniach Izba dała Zamawiającemu bardzo precyzyjne wytyczne co do sposobu przeprowadzenia oceny obu Metodologii w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, a jednocześnie zgodnie

z opisem zawartym na str. 32 Instrukcji dla Wykonawców. Zdaniem Odwołującego, liczba ostatecznie przyznanych ofercie konsorcjum Egis punktów (804 na 816 możliwych dla Kontraktu 1 oraz 762 na 792 możliwe dla Kontraktu 2), w kontekście pierwotnie dokonanej oceny, oświadczeń i zapewnień samego Zamawiającego co do porównywalności merytorycznej opracowań Odwołującego i konsorcjum Egis, pozwala twierdzić, iż Zamawiający pominął wytyczne Izby w ten sposób, że poszczególni członkowie Komisji Oceniającej nie dokonali oceny wyodrębnionych elementów kluczowych na podstawie przedstawionych opracowań pisemnych jako porównywalnych co do zakresu merytorycznego, a w konsekwencji nie dokonali oceny jakościowej w podkryterium, a wyłącznie oceny ilościowej, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę przejrzystości. Odwołujący podnosi, że jego przypuszczenia potwierdza analiza „uzasadnienia” oceny przekazanej Odwołującemu - wraz z informacją o wynikach ponownej oceny Zamawiający przekazał wykonawcom indywidualne karty oceny sporządzone przez poszczególnych członków Komisji Oceniającej, w tym karty ocen zawierające numer kluczowego elementu kontraktu oraz uzasadnienie oceny sporządzone przez każdego z członków komisji. Wskazuje, że karty oceny oferty konsorcjum Egis, które otrzymał, nie zawierają wszystkich informacji nt. badanego opracowania - Zamawiający nie ujawnił bowiem treści opracowania, w tym nazwy poszczególnych kluczowych elementów kontraktów wskazanych przez konsorcjum Egis ani treści uzasadnienia sporządzonego przez konsorcjum Egis. Niemniej jednak, Odwołujący przeprowadził analizę uzasadnień sporządzonych przez poszczególnych członków Komisji Oceniającej. Z analizy tej wynika, że każdy z członków Komisji Oceniającej przyznał ofercie konsorcjum Egis identyczną liczbę punktów w ramach każdego z kontraktów tj. za Kontrakt 1 134 pkt na 136 pkt oraz 127 pkt na 132 pkt za kontrakt 2. Jednocześnie, wszyscy członkowie Komisji Oceniającej nie przyznali punktów za dokładnie te same kluczowe elementy kontraktów wskazane w ofercie konsorcjum Egis. Zdaniem Odwołującego, logika oraz doświadczenie życiowe wskazują, że jest wysoce nieprawdopodobne, aby dokonując indywidualnej oceny 6 osób oceniło w identyczny sposób opracowanie zawierające 136 i 132 elementy. Wywodzi z tego, że wskazuje to na to, iż przeprowadzona ocena nie była indywidualna, ale kolegialna, co podważa jej wiarygodność oraz obiektywizm. Dalej, Odwołujący ustalił, że opracowanie przygotowane przez konsorcjum Egis nie jest indywidualnym opracowaniem sporządzonym przez tego wykonawcę, w oparciu o jego wiedzę i doświadczenie, ale stanowi powielenie treści OPZ punkt po punkcie, ze wskazaniem poszczególnych elementów - czynności do wykonania - jako kluczowych elementów kontraktu. Na powyższe wskazywać ma np. układ poszczególnych opisanych elementów (wg. ich identyfikacji dokonanej przez Odwołującego) w odniesieniu do analogicznych treści opisanych w OPZ w poszczególnych jego punktach. Zdaniem



Odwołującego konsorcjum Egis sporządziło opracowanie przepisując OPZ - a więc elementy przeznaczone do realizacji i doskonale znane Zamawiającemu, wskazując jako ryzyka praktycznie wszystkie konieczne do wykonania czynności. Odwołujący zaznacza, że Izba w ww. wyrokach wskazała na cel kryterium, którym nie było przepisanie OPZ. Odwołujący podnosi, że nie można uznać, że wszystkie czynności przewidziane do wykonania w ramach OPZ mogą mieć walor „kluczowości” czyli są najważniejsze z punktu widzenia realizacji inwestycji, wskazuje na wyrok Izby z 20.07.2018 r., w którym Izba odnosząc się do pojęcia „elementów kluczowych” uznała, iż składa się ono w dużej mierze z generalnych pojęć, które same w sobie wymagają interpretacji zgodnie z art. 65 kc. Zamawiający nie ograniczył co prawda liczby elementów, które może wymienić wykonawca, nie oznacza to jednak, że ze swojej istoty są one nieograniczone. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że konieczne jest zagregowanie (pogrupowanie) czynności, które dotyczą tych samych kategorii elementów kontraktu i dopiero pod takim kątem należy dokonać ich oceny. Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezrefleksyjnie oceniał każdy ze wskazanych w ofercie konsorcjum Egis elementów kontraktu, abstrahując od konieczności zagregowania elementów, które dotyczą tych samych zagadnień, które mogą być oceniane jako kluczowe z punktu widzenia realizacji kontraktu.

Podnosi, że w wyroku z 17.10.2018 r. Izba wskazała, że wobec nadmiernego rozdrobnienia elementów, które nie służy uznaniu ich za kluczowe, może zasadną być ich agregacja, a punkty miały być przydzielane za punkt poprawnie wskazany, nie za każdy wers tabeli. Wskazuje, że Izba stwierdziła, iż *„Nie może być też tak, że za taką samą lub porównywalną merytoryczną wartość obu metodologii (według stwierdzenia Zamawiającego, a nie oceny Izby) wykonawcy dostana diametralnie różną liczbę punktów”*.

Zdaniem Odwołującego konsorcjum Egis dopuściło się nadużycia w opisie Metodologii poprzez sztuczne „rozbicie” kluczowych elementów na wiele mniejszych czynności, tworząc z nich rzekomo samodzielne „Kluczowe Elementy Kontraktu”, podczas gdy w rzeczywistości albo dotyczyły one tego samego rodzaju bądź kategorii czynności bądź ryzyka, albo w ogóle nie miały charakteru „kluczowości” w rozumieniu definicji określonej w pkt 20.8.3 SIWZ. Odwołujący podnosi, że poszczególne kluczowe elementy kontraktu wskazane przez konsorcjum Egis dotyczą w rzeczywistości 14 kategorii zagadnień - kluczowych elementów Kontraktu i tym samym, poszczególne elementy wskazane w opracowaniu konsorcjum Egis powinny w pierwszej kolejności zostać zagregowane (pogrupowane) przez Zamawiającego jako dotyczące tej samej kategorii zagadnień, które w dalszej kolejności powinny podlegać ocenie. Wywodzi, że powyższe umożliwiłoby Zamawiającemu - zgodnie z ww. wyrokami Izby, dokonanie oceny opracowań jako porównywalnych co do zakresu merytorycznego, skoro jak twierdzi sam Zamawiający, opracowania obu wykonawców są merytorycznie porównywalne. Podnosi, że

w konsekwencji w ramach oceny konsorcjum Egis w ww. kryterium podlegałoby 14 kluczowych elementów dla każdego z kontraktów, w rezultacie czego Egis otrzymałoby 84 małych punktów w obu kontraktach i 10 punktów dużych, a Odwołujący – 60 punktów małych i 7,14 dużych punktów.

2. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący informuje, że wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał wykonawcom Indywidualne karty oceny sporządzone przez każdego z członków Komisji Oceniającej. Karty te miały stanowić uzasadnienie faktyczne oceny ofert w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”, do którego sporządzenia Zamawiającego zobligowała Izba w pkt 2.3 wyroku z 20.07.2018 r. i w pkt 1 sentencji wyroku z 17.10.2018 r. Zdaniem Odwołującego owe uzasadnienie jest lakoniczne i bardzo ogólne, a tym samym nie pozwala na odtworzenie „procesu myślowego” poszczególnych członków Komisji Oceniającej oraz motywów, którymi kierowali się kwalifikując lub nie dany element Kontraktu jako kluczowy w rozumieniu definicji określonej w pkt 20.8.3 SIWZ oraz dyrektyw wynikających z sentencji wyroku KIO. Wywodzi, iż jest to szczególnie istotne w kontekście nieprecyzyjnego opisu podkryterium i jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 20.07.2018 r. (str. 56), z uwagi na zdefiniowanie pojęcia „kluczowy element kontraktu” poprzez odwołanie się niemal wyłącznie do klauzul generalnych, jak również w kontekście obowiązku dokonania oceny z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący zwraca uwagę, iż uzasadnienie oceny oferty Egis sporządzone przez poszczególnych członków Komisji Oceniającej sprowadza się w znacznej mierze do powtórzenia treści SIWZ i stwierdzenia, że dany „*element konieczny i niezbędny*”, „*brak jest możliwości technicznych i prawnych na jego uniknięcie*” oraz, że „*nieprawidłowa realizacja tego elementu może w realny sposób wpłynąć negatywnie na terminowość realizacji Kontraktu jak również mieć skutki finansowe dla Wykonawcy lub Zamawiającego*”. Odwołujący podnosi, że przedstawione przez Zamawiającego „uzasadnienie” nie pozwala jednak odpowiedzieć na pytanie - dlaczego dany element poszczególni członkowie Komisji Oceniającej uznali za kluczowy i czy lub w jaki sposób w swojej ocenie wzięli pod uwagę wytyczne dotyczące przeprowadzenia oceny wynikające z ww. wyroków Izby. Wywodzi, że z powyższych względów uzasadnienie sporządzone przez Zamawiającego należy uznać za niewystarczające.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że opracowanie pisemne, w którym konsorcjum Egis wskazało kluczowe elementy Kontraktu, stanowi powielenie treści OPZ oraz dokumentów postępowania, a zatem nie stanowi dla Zamawiającego wartości dodanej, na podstawie

której Zamawiający może zweryfikować „znajomości Kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomość przedmiotu zamówienia, podejście Wykonawcy do wykonywania usługi” (pkt. 20.8.3 SIWZ), ale jest powtórzeniem treści i obowiązków wykonawcy wynikających z dokumentów postępowania. Zdaniem Odwołującego ww. opracowaniu nie można przypisać przymiotu profesjonalizmu, którego wynikiem byłoby przygotowanie przemyślanego przez wykonawcę opracowania, opartego na doświadczeniu oraz faktycznych warunkach realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot postępowania. Jako przykład Odwołujący podaje, że wykonawcy byli zobowiązani wskazać kluczowe elementy dla Kontraktu nr 1 (modernizacja istniejącej linii) oraz Kontraktu nr 2 (budowa nowej linii kolejowej). Odwołujący podnosi, że sposób przygotowania przez konsorcjum Egis listy kluczowych elementów kontraktu, które stanowi przepisanie treści OPZ, wskazuje iż wykonawca ten skopiował elementy OPZ dla modernizowanej linii (Kontrakt 1) a następnie, bez głębszej refleksji, skopiował je również do listy elementów dla Kontraktu nr 2 (budowa nowej linii kolejowej). Na potwierdzenie powołuje elementy, za które konsorcjum Egis nie otrzymało „małych punktów” przy ocenie Kontraktu nr 2, a które to elementy są typowe dla linii modernizowanych, a nie budowanych od nowa. Odwołujący wskazuje: 1) pkt 52 opracowania dla Kontraktu nr 2 (i odpowiednio dla Kontraktu nr 1) - koncepcja remontu, modernizacji, przebudowy istniejących obiektów inżynierskich; 2) pkt 54 opracowania dla Kontraktu nr 2 (i odpowiednio dla Kontraktu nr 1) - Koncepcja przekwalifikowania lub likwidacji skrzyżowań linii kolejowej z drogami publicznymi w jednym poziomie oraz zastąpienia skrzyżowań w poziomie skrzyżowaniami dwupoziomowymi; 3) pkt 60 opracowania dla Kontraktu nr 2 (i odpowiednio dla Kontraktu nr 1) teoretycznego prowadzenia ruchu kolejowego w czasie wykonywania robót. Odwołujący podkreśla, że kolejność poszczególnych „kluczowych elementów kontraktu” opisanych przez Egis jest powieleniem poszczególnych elementów OPZ, z zachowaniem kolejności poszczególnych wymagań opisanych w OPZ. Z tego wywodzi, że przedmiotowe opracowanie nie jest wyrazem wiedzy i doświadczenia członków konsorcjum, które powinno podlegać ocenie w podkryterium „Kluczowe elementy kontraktu”, a sposób przygotowania opracowania stanowi manipulację ze strony konsorcjum Egis, które w ten sposób zawyżyło w sztuczny sposób ilość elementów wskazanych w opracowaniu podlegających ocenie. Odwołujący podnosi, że w konsekwencji rozbicia na rzekomo samodzielne kluczowe elementy podlegające ocenie, pomimo porównywalnej merytorycznej jakości opracowań Odwołującego jak i konsorcjum Egis zostały one ocenione przez Zamawiającego w skrajnie różny sposób. Wskazuje, że działanie Egis, wraz z oceną ofert dokonaną przez Zamawiającego niezgodnie z wytycznymi zawartymi w ww. wyrokach KIO doprowadziło do zawyżenia punktacji Egis i w rezultacie zaniżenia punktów Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego takie działanie konsorcjum Egis należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) - manipulację składnikiem oferty podlegającym ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący wskazuje, że art. 3 ust. 1 uznk jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust. 2 oraz art. 5-17 uznk, który stanowi katalog otwarty. Podnosi, iż "dobre obyczaje" to normy postępowania nie będące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego" oraz "ustalone zwyczaje", których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług, innymi słowy poprzez utrudnienie pozyskania zamówienia, w sytuacji kiedy sporządzone przez obu wykonawców opracowania „Kluczowe elementy Kontraktu" są porównywalne. Wskazuje, że o skali wpływu oceny w rzeczonym podkryterium na wybór oferty świadczy kalkulacja punktów z pominięciem ww. podkryterium – wówczas Odwołujący otrzymałby 124,5 pkt, zaś konsorcjum Egis – 107,56 pkt. Odwołujący wywodzi, że rozbieżność przez konsorcjum Egis w sposób sztuczny ilości kluczowych elementów kontraktu narusza dobre obyczaje, bowiem omawiane kryterium miało mieć charakter kryterium jakościowego, nie zaś ilościowego. Zdaniem Odwołującego naruszenie przez konsorcjum Egis dobrych obyczajów w powiązaniu z pogorszeniem sytuacji Odwołującego wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem stanowiło manipulację kryterium, która rzutuje na wynik postępowania i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

#### 4. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący alternatywnie (w razie nieuwzględnienia ww. zarzutów) wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, polegającą na skonstruowaniu przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Metodologia”, podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu" Kontrakt 1 (M1K1) i Kontrakt 2 (M1K2), w sposób, który uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny i jej poprawne uzasadnienie w tym podkryterium z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości. Odwołujący podnosi, że sposób

sformułowania przez Zamawiającego podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu”, w szczególności poprzez zdefiniowanie pojęcia „kluczowe elementy kontraktu” w sposób nieprecyzyjny oraz poprzez odwołanie do klauzul generalnych, może powodować, iż zastosowanie tego podkryterium przez Zamawiającego będzie w praktyce niemożliwe. Odwołujący wskazuje, że rzeczony kryterium winno mieć charakter kryterium jakościowego, a w wyrokach w ww. wyrokach Izby zawarte zostały klarowne wytyczne, które mają pozwolić na przeprowadzenie jakościowej oceny ofert, z zachowaniem celu kryterium oceny, jak również zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wywodzi, że mając na uwadze, iż zaskarżona ocena ofert stanowi powtórzenie drugiej oceny, zakwestionowanej przez Izbę, może zachodzić sytuacja, w której z uwagi na konstrukcję podkryterium i ustalony przez Zamawiającego sposób jego oceny, niemożliwe jest przeprowadzenie oceny ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zachowując przy tym istotę kryterium, czyli ocenę jakościową sporządzonych przez wykonawców opracowań. Odwołujący wskazuje, że pomimo stosunkowo niewielkiej wagi omawianego podkryterium (25% za kryterium „Metodologia”, w tym rzeczony podkryterium po 10 pkt za Kontrakt 1 i 2 oraz 15 pkt za podkryterium „Organizacja wykonawcy”), Zamawiający mógł dopuścić się manipulacji ww. podkryterium w celu faworyzowania oferty konsorcjum Egis. Podnosi, że pomimo uwzględnienia odwołania konsorcjum Aecom w wyroku z 20.07.2018 r. i przyznania w ramach ponownej oceny ofert aż dodatkowych 16,2 pkt, różnica pomiędzy sumaryczną punktacją w ramach ponownej oceny ofert uległa zmianie na niekorzyść Odwołującego i wynosi 1,52 na rzecz konsorcjum Egis. Zdaniem Odwołującego jest to wynikiem rażącej zmiany punktacji przyznanej Odwołującemu w ramach podkryterium „Kluczowe elementy kontraktu”. Podnosi, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do tego, czy Zamawiający jest zdolny do przeprowadzenia obiektywnej i niedyskryminacyjnej oceny ofert w rzeczonym podkryterium. Odwołujący wskazuje, że w sytuacji uznania przez KIO, że sposób skonstruowania ww. podkryterium uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny ofert, to postępowanie powinno zostać unieważnione wobec obarczenia niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

##### 5. Zarzut zaniechania odtajnienia oferty konsorcjum Egis.

Odwołujący podnosi, że utajnione opracowanie konsorcjum Egis stanowi przepisanie elementów wskazanych w OPZ oraz dokumentacji postępowania, a zatem nie zawiera informacji wrażliwych dla tego wykonawcy, a stanowi jedynie powtórzenie informacji jawnych dla wszystkich zainteresowanych. Wskazuje, że dokonane zastrzeżenie miało jedynie na celu utrudnienie dokonania oceny opracowania przez Odwołującego. Wywodzi, że w związku

z ww. okolicznościami rzeczzone opracowanie nie spełnia kryteriów tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zasługuje na ochronę prawną.

W toku rozprawy przed Izba Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko.

Zamawiający w dniu 12.12.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wnioskował o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyonie (Francja), Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (dalej także jako Przystępujący).

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem procesowym uczestnika postępowania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący Aecom posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania sprawy Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy przedstawiony w podstawie faktycznej odwołania znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie był pomiędzy stronami sporny, nie będzie zatem powtarzany. Odwołanie oparte zostało na prawidłowo ustalonym stanie sprawy, natomiast Strony w rozbieżny sposób oceniały przyczyny i zaistniałe skutki powołanych okoliczności.

**Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie, jako niezasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Ad. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 65 kc.

Odwołujący wywodził, że sposób zastosowania podkryterium „Kluczowe elementy kontraktu” przez Zamawiającego doprowadził do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Zarzucił Zamawiającemu manipulację tym kryterium na korzyść Przystępującego i niekorzyść Odwołującego. Wskazał również, że działanie Zamawiającego stało w sprzeczności z wytycznymi zawartymi w wyrokach KIO oraz zasadami wykładni oświadczeń woli zawartymi w art. 65 k.c.

Dla oceny zasadności twierdzeń Odwołującego, koniecznym jest w pierwszej kolejności, poddanie analizie stanowiącego oś sprawy podkryterium „Kluczowe elementy kontraktu”. Kryterium Metodologia opisane zostało w pkt 20.8.3 SIWZ i miało pozwolić Zamawiającemu na weryfikację *„znajomości Kontraktów, przewidywania potencjalnych ryzyk i sposobów ich unikania oraz przeciwdziałania im, znajomość przedmiotu zamówienia, podejście Wykonawcy do wykonania usługi oraz organizacja Wykonawcy”*. Dalej, Zamawiający opisał również sposób oceny kryterium Metodologia w podkryterium „Kluczowe elementy Kontraktu” – podlegać ocenie miało opracowanie, osobne dla każdego z dwóch kontraktów, każde nie przekraczające 40 stron czcionką Arial 12 z odstępem 1,5. Opracowanie zawierać miało wskazanie elementów, które wykonawcy uznają za kluczowe elementy kontraktu wraz z uzasadnieniem wyboru. Zamawiający utworzył definicję, zgodnie z którą za kluczowe elementy kontraktu zostaną uznane elementy które: a) *„Są konieczne i niezbędne do jego wykonania (nie ma możliwości technicznych ani prawnych pozwalających na ich uniknięcie)”*, b) *„Ich nieprawidłowa realizacja wiąże się z realnym niebezpieczeństwem negatywnych skutków finansowych i terminowych dla Wykonawcy lub Zamawiającego.”*. Wskazane powyżej uzasadnienie wyboru miało uwzględniać ww. wskazane w literze a i b cechy elementów kluczowych. Ocenę w ramach omawianego podkryterium przeprowadzać mieli członkowie Komisji Oceniającej, z których każdy niezależnie przyznawał po 1 małym punkcie za każdy poprawnie wskazany element kluczowy kontraktu, przy czym poprawnie wskazany element kontraktu to taki, który posiadał cechy wskazane powyżej w lit. a i b oraz został należycie uzasadniony. Następnie suma małych punktów była dzielona przez sumę małych punktów w tym samym podkryterium uzyskaną przez ofertę z największą ich ilością, po czym iloraz mnożony był razy 10, w ten sposób uzyskiwano duże punkty – maksymalnie 10 dla każdego z kontraktów.

W ocenie Izby tak opisane podkryterium „Kluczowe elementy kontraktu” nie pozostawia szczególnie szerokiego pola do interpretacji i nie wymaga wykładni wykraczającej poza wykładnię językową. Wskazana w pkt 20.8.3 lit. a i b definicja elementu kluczowego pozwala na ustalenie cech, które zgodnie z SIWZ miał posiadać element wskazywany w opracowaniu

wykonawcy. Należy zauważyć, że nie są tożsame brak sprecyzowania kryterium, jego niejasność i dopuszczony w nim uznaniowy charakter oceny. Rzeczone podkryterium, dzięki zawartej w SIWZ definicji, szczegółowo określało, jakie cechy będą badane przez członków komisji. Natomiast czy członek komisji uznał spełnianie tych cech przez wskazane elementy kluczowe, stanowi element uznaniowości, który jest nieunikniony w przypadku zastosowania kryteriów innych niż czysto ilościowe. Jednakże wskazana uznaniowość znana była wykonawcom już na etapie przygotowywania ofert i jeżeli zdaniem Odwołującego kryterium miało charakter nadmiernie ocenny, to wówczas winien był wnieść zapytania do SIWZ w tym zakresie albo odwołanie od zapisu specyfikacji, czego nie uczynił. Obecnie Odwołujący zarzut swój opiera m.in. na twierdzeniu, że sposób rozumienia podkryterium przez Zamawiającego, ujawniony dopiero na etapie oceny ofert, doprowadził do naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie jest zasadne. Nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że poprzez uznanie 134 i 127 elementów kluczowych dla kontraktu 1 i 2 w opracowaniu Przystępującego, Zamawiający sprowadził rzeczony kryterium do kryterium ilościowego. Po pierwsze należy wskazać, że Zamawiający nie uznał każdego z elementów powołanych w opracowaniu Przystępującego za posiadający charakter kluczowy – konsorcjum Egis wskazało ich 136 dla Kontraktu 1 i 132 dla Kontraktu 2. Po drugie, jakkolwiek liczba elementów nieuznanych przez Zamawiającego za kluczowe nie jest znaczna, tak nie sposób z samej tej okoliczności wywodzić pozorność dokonanej oceny. Zamawiający, w wykonaniu wyroku z dnia 17.10.2018 r., KIO 2035/18 przekazał Odwołującemu szczegółowe uzasadnienie dokonanej oceny, liczące ok. 240 stron, w którym każdy z członków komisji oceniającej, w większości przypadków co najmniej w kilku zdaniach odniósł się do każdego badanego elementu. W tej sytuacji, Odwołujący, chcąc podważyć dokonaną ocenę, winien był udowodnić przed Izbą, że powołane elementy nie mają charakteru kluczowego – tj. nie posiadają cech opisanych w pkt 20.8.3 lit. a i b SIWZ. Powinien więc wykazać, że wskazane w opracowaniu Przystępującego elementy na przykład nie są konieczne do wykonania zamówienia albo, że ich nieprawidłowa realizacja nie wiąże się z realnym niebezpieczeństwem skutków finansowych i terminowych dla wykonawcy lub Zamawiającego.

Tymczasem, Odwołujący argumentację swą oparł na twierdzeniu, że powołane przez Przystępującego elementy kluczowe są powtórzeniem zapisów OPZ, a ponadto, iż są zanadto rozdrobnione i powinny być „zagregowane” do poszczególnych kategorii i mały punkt powinien zostać przyznany za każdą z tych kategorii. Odnosząc się do ww. argumentów, ponownie należy skorzystać z podstawowego dla postępowania dokumentu, jakim jest SIWZ. Jak zasadnie podnosił w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający oraz Przystępujący, SIWZ poza punktem 20.8.3 nie określa żadnych wymagań co do sposobu sformułowania opracowania przez wykonawców oraz jego oceny w ramach kryterium



Kluczowe elementy kontraktu. Co za tym idzie, nawet punkt wprost przepisany z OPZ, jeżeli został odpowiednio uzasadniony i posiada cechy określone w pkt 20.8.3. lit a i b, powinien zostać uznany za element kluczowy. Odmienne podejście do oceny elementów kluczowych, nie znajdujące oparcia w SIWZ i wykraczające poza jego jasno określone wymagania, stanowiłoby naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający dokonałby oceny oferty bezpodstawnie zawężając zapisy SIWZ (w szczególności ww. definicję) na niekorzyść jednego z wykonawców. Dodać należy, że zarzuty dotyczące „przepisania OPZ” oparte są jedynie na zidentyfikowanych przez Odwołującego elementach kluczowych – natomiast Odwołujący nie zna uzasadnień wskazanych w opracowaniu konsorcjum Egis elementów kluczowych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Brak jest także w SIWZ podstaw dla dokonania sugerowanej przez Odwołującego „agregacji punktów”, a w zasadzie działanie takie mogłoby być uznane za wprost sprzeczne z zapisem pkt 8.20.3. SIWZ, który stanowił, że punkty miały być przyznawane po jednym małym punkcie za każdy poprawnie wskazany kluczowy element kontraktu. Zatem jeśli element był poprawnie wskazany, tj. posiadał przymiot kluczowości (określony zgodnie z definicją z SIWZ), Zamawiający nie mógł odstąpić od przyznania punktu, niezależnie od stopnia szczegółowości powołanego elementu. Należy powtórzyć, że jedyną drogą dla podważenia rzetelności dokonanej oceny opracowania konsorcjum Egis było merytoryczne zanegowanie „kluczowości” powołanych elementów – tj. wykazanie, że nie posiadają cech określonych w pkt 20.8.3. lit a i b SIWZ, czego Odwołujący zaniechał. Nie można również zgodzić się z argumentem Odwołującego, jakoby o braku rzetelności i zindywidualizowania oceny ofert świadczyć miała zgodność dokonanych ocen pomiędzy poszczególnymi członkami komisji. Brak zindywidualizowania dokonanych ocen Odwołujący winien był udowodnić. W ocenie Izby, przekazane przez Zamawiającego indywidualne karty oceny ofert (dla obu kontraktów miały objętość łącznie co najmniej 30 stron każda) nie pozwalają na stwierdzenie, że dokonane przez członków komisji oceniającej ustalenia nie miały charakteru zindywidualizowanego. Odwołujący nie podjął również aktywności w celu wykazania braku zindywidualizowania dokonanych ocen, pomimo dysponowania szerokimi ich uzasadnieniami, sporządzonymi osobno przez każdego z członków komisji oceniającej.

Nie jest również uprawnionym twierdzenie, że takie rozumienie rzeczowego podkryterium prowadzi do umożliwienia wykonawcom sztucznego „namnażania” elementów kluczowych kontraktów w opracowaniach i powołania nawet całkowicie absurdalnych elementów celem zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że Zamawiający w pkt 20.8.3. SIWZ precyzyjnie i stanowczo ograniczył fizyczną obszerność opracowania (40 stron, czcionka Arial 12 i odstęp 1,5) – przy czym była to dopuszczalna objętość nie tylko na samo wskazanie elementów kluczowych, ale również ich uzasadnienie, które było elementem newralgicznym, decydującym o przyznaniu, bądź nie, małego punktu.

Co za tym idzie, wykonawca, który ryzykowałby „mnożenie” elementów kluczowych, które faktycznie nie byłyby takimi, pozbawiałby się miejsca na powołanie elementów, które rzeczywiście mają charakter kluczowy oraz podanie ich uzasadnienia, które było konieczne dla przekonania członka komisji oceniającej o zasadności przyznania punktu.

Podsumowując powyższe, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający niezasadnie przyznał konsorcjum Egis ilość punktów wskazaną w ocenie ofert przekazanej w dniu 23.11.2018 r.

Kolejna grupa argumentów, jakie Odwołujący wysunął przeciwko aktualnej ocenie ofert, związana jest z okolicznościami dotyczącymi poprzednich ocen oraz odwołań i wyroków KIO w sprawach KIO 1302/18, 1310/18, 1322/18 i KIO 2035/18.

Odwołujący nierzetelność aktualnej oceny ofert wywodził m.in. z okoliczności, iż w pierwszej ocenie ofert, o której informacja przekazana została 21.06.2018 r., Zamawiający znacznej liczbie elementów wskazanych w opracowaniu Przystępującego nie przyznał małych punktów. Zdaniem Odwołującego świadczyło to o tym, iż Zamawiający odmówił im cechy kluczowości, a także dokonał agregacji punktów.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jest bezpodstawna i nie zasługuje na uwzględnienie. Nie budzi wątpliwości i jest bezsporne pomiędzy stronami, że pierwsza ocena ofert (dokonana w czerwcu) oraz obecnie badana, są różne. Truizmem jest jednakże stwierdzenie, że Zamawiający nie ma obowiązku dokonywać ponowionej czynności w ten sam sposób. Co więcej, w przypadku gdy KIO wyrokiem z dnia 20.07.2018 r. nakazała Zamawiającemu unieważnienie i powtórzenie czynności oceny ofert, dając w tym zakresie precyzyjne wytyczne, to Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny ofert w sposób odmienny niż pierwotnie. Jak uznała Izba w ww. wyroku z lipca b.r., Zamawiający podczas dokonywania pierwszej oceny ofert pozostawał w błędzie co do sposobu obliczania punktów w podkryterium Kluczowe elementy kontraktu, co niewątpliwie mogło się przekładać również na sposób przyznawania punktów. W toku pierwszej oceny ofert, członkowie komisji oceniającej opracowania wykonawców (a przynajmniej ich większość) przekonani byli, iż mogą przyznać jedynie do dziesięciu małych punktów za każde opracowanie. Takie przekonanie niewątpliwie wpływało na sposób oceny i skłaniało do poszukiwania metod, by ograniczyć ilość przyznawanych punktów. Należy zauważyć, że taka interpretacja rzeczonoego podkryterium musiała prowadzić do oczywistej niezgodności z punktem 20.8.3 (str. 32) SIWZ, który nakazywał przyznawanie punktów za każdy prawidłowo wskazany kluczowy element kontraktu (tabela). W rezultacie należy uznać, że wówczas przeprowadzona ocena w żaden sposób nie może być uznana za miarodajną i stanowić odniesienia dla badania rzetelności aktualnej oceny ofert. Izba już w wyroku z dnia 20.07.2018 r. wskazała o możliwym wpływie ww. błędu na ocenę ofert –

*„Z uzasadnień zbiorczych wynika jednak, że powyżej zidentyfikowany błąd mógł spowodować wypaczenie ostatecznej punktacji przyznanej ofertom w tym podkryterium, a ściśle rzecz biorąc relacji punktowej pomiędzy nimi”.* Kontynuując uwagi dotyczące ww. wyroku, należy wskazać, że Izba jedynie co do jednego elementu opracowania konsorcjum Egis wprost uznała, że przyznanie mu waloru kluczowości stanowiłoby nadużycie - tj. elementu pn. „podpisanie umowy”, za który to członkowie komisji oceniającej również obecnie nie przyznali Przystępującemu małego punktu. W odniesieniu do pozostałych elementów stanowiących powielenie OPZ Izba wskazała natomiast, że Zamawiający nie rozróżnił dość precyzyjnie, co odróżnia oczywisty obowiązek wynikającym z OPZ od poprawnego wskazania przez wykonawcę kluczowego elementu kontraktu i co uniemożliwia przyznanie małego punktu takiemu wskazaniu, wobec czego Izba stwierdziła, że nie jest możliwe uznanie, że rzeczony element nie zasługuje na przyznanie małych punktów. W wyroku tym Izba też nie podnosiła kwestii „agregacji” małych punktów. Izba wskazała natomiast na możliwe zaistnienie zwiększenia rozbieżności punktowej pomiędzy ofertami, na którą to okoliczność również powoływał się Odwołujący – *„...gdyby członkowie komisji nie byli w błędzie, że na etapie oceny indywidualnej mogą przyznawać maksymalnie po 10 pkt na kontrakt, relacja punktowa pomiędzy ofertami mogłaby przedstawiać się zupełnie inaczej, biorąc pod uwagę 13-krotnie większą liczbę kluczowych elementów zgłoszonych przez konsorcjum Egis w stosunku do konsorcjum Aecom”.*

Reasumując, wywodzenie braku rzetelności aktualnej oceny ofert poprzez porównanie z pierwszą oceną ofert, która – zgodnie z wyrokiem KIO – została dokonana w sposób błędny, jest całkowicie bezpodstawne. W związku z rzeczonym błędem Izba nakazała powtórzenie badania oceny ofert wg. innych niż pierwotnie przyjęte zasady, zatem pierwsza ocena ofert jest nieaktualna i nieadekwatna do obecnego stanu sprawy. Dodać należy, że nie jest też wystarczającym powołaniem się na stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego – np. w zakresie agregacji. Twierdzenia Zamawiającego stanowiły obronę błędnie dokonanej oceny oferty, a w obecnym postępowaniu odwoławczym to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania nierzetelności obecnie dokonanej oceny ofert. Nie można przyjąć, by odniesienie się do argumentacji procesowej Zamawiającego, dotyczącej nieaktualnej i błędnej czynności, mogło stanowić dowód na ww. okoliczności.

Dalej Odwołujący podnosił, że obecnie dokonana ocena ofert pozostaje w sprzeczności z wyrokiem KIO 2035/18 i zawartymi w nim „wytycznymi co do sposobu oceny ofert”. Na wstępie należy zaznaczyć, że w sentencji wyroku Izba zawarła jedynie wytyczne co do sposobu uzasadnienia dokonanej oceny. Co jest najistotniejsze w ww. wyroku w odniesieniu do zarzutu nieprawidłowej oceny oferty konsorcjum Egis w podkryterium „Kluczowe elementy

kontraktu”, to okoliczność, że Izba odstąpiła od rozpoznania tego zarzutu. Izba uznała wówczas, że brak uzasadnienia oceny dokonanej przez komisję oceniającą, uniemożliwia zweryfikowanie poprawności dokonanej oceny. Nie jest zatem tak, że Izba dokonała weryfikacji dokonanej oceny, a jedynie „odnotowała kilka kwestii, które powinny zostać przez Zamawiającego wzięte pod uwagę w trakcie powtarzania czynności oceny ofert”, a zatem nie wydała wiążących wytycznych. Odnosząc się do różnicy pomiędzy pierwszą oceną ofert a drugą (która, w zakresie przyznanych punktów była tożsama z aktualną), wskazała, że w uzasadnieniu oceny koniecznym jest wskazanie, dlaczego tym razem oceniający uznali, że każdą z pozycji tabeli należy uznać za element kluczowy. Co za tym idzie – Izba nie wykluczyła możliwości, że zmiana oceny opracowania Przystępującego jest uzasadniona, ale podkreśliła konieczność odpowiedniego uzasadnienia tej oceny. Odnosząc się do „rozdrobienia elementów” w opracowaniu Przystępującego Izba wskazała, że agregacja „może być konieczna”. Zatem twierdzenie Odwołującego, że Izba uznała konieczność agregacji nie znajduje potwierdzenia w samej treści uzasadnienia – Izba decyzję o zasadności przeprowadzenia agregacji pozostawiła Zamawiającemu.

W konkluzji powyższego stwierdzić należy, że argumentacja z wyroku KIO 2035/18 nie pozwala na uznanie, że Zamawiający dokonał oceny oferty konsorcjum Egis z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący nie wykazał również, że powołane w ww. wyroku warunki uznania elementu za kluczowe nie zostały spełnione. Jak już bowiem Izba wskazała powyżej, Odwołujący zaniechał odniesienia się w sposób konkretny i merytoryczny do dokonanej oceny i jej uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 65 kc nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący nie uniósł ciężaru dowodu wykazania, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty konsorcjum Egis w podkryterium Kluczowe elementy kontraktu jest nierzetelna, w zasadzie nawet nie podjął polemiki z treścią uzasadnienia dokonanej oceny. Należy przy tym zwrócić uwagę, że to właśnie uzasadnienie dokonanej oceny stanowiło nową w sprawie okoliczność – sama ocena bowiem nie różniła się w swojej treści od oceny przekazanej w dniu 23.09.2018 r. Uzasadnienie omawianego zarzutu ograniczało się do powołania się na ww. okoliczności związane z poprzednimi postępowaniami przed Izbą, pierwotną oceną ofert oraz powtórzeniem w treści opracowania elementów SIWZ. Jak szeroko wskazano powyżej, sama okoliczność powtórzenia wymagań OPZ nie może stanowić o braku przymiotu kluczowości zgodnie z punktem 8.20.3 SIWZ. Zgodnie ze specyfikacją nie była również dopuszczalna przez Zamawiającego „agregacja” podanych w opracowaniach elementów kluczowych. W tej sytuacji Odwołujący winien był podważyć merytoryczną wartość opracowań Przystępującego, czego nie dokonał. Wobec powyższego

brak było podstaw dla uznania, że przeprowadzona przez Zamawiającego ocena oferty konsorcjum Egis w rzeczonym kryterium była niezgodna z SIWZ, jak również by doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji czy przejrzystości.

2. Ad. zarzut art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wywodził, że sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie przyznanej punktacji w kryterium Kluczowe elementy kontraktu nie pozwala na ustalenie przebiegu procesu myślowego członków komisji oceniającej opracowania złożone przez wykonawców oraz ustalenia, dlaczego dany element uznali za kluczowy i czy wzięli pod uwagę wytyczne przeprowadzenia ocen wynikające z wyroków Izby wydanych w lipcu i październiku b.r.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach sprawy. Przekazane wykonawcom uzasadnienie dokonanej oceny stanowiło wypełnienie obowiązku nałożonego w wyroku Izby z dnia 17.10.2018 r., KIO 2035/18, gdzie w pkt 2.3 Izba nakazała sporządzenie uzasadnienia w rzeczonym podkryterium „w sposób umożliwiający identyfikację podstaw dokonanej oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu jako kluczowego elementu Kontraktu, przy czym uzasadnienie to ma obejmować zarówno elementy ocenione pozytywnie (którym przyznano punkty), jak i ocenione negatywnie (którym nie przyznano punktów)”. Przekazane Odwołującemu uzasadnienie oceny ww. podkryterium w ofercie Przystępującego składało się z arkuszy ocen dokonanych przez każdego z członków komisji, łącznie ok. 240 stron. Członkowie komisji odnieśli się osobno do każdego z ocenianych elementów wskazanych w opracowaniu, podając uzasadnienie dokonanej oceny. W świetle powyższego obecnie stawiane ww. uzasadnieniu zarzuty, iż m.in. sprowadza się ono „w znacznej mierze” do powtórzenia SIWZ i stwierdzenia, że oceniany element jest „konieczny i niezbędny”, „brak jest możliwości technicznych i prawnych na jego uniknięcie” i „nieprawidłowa realizacja tego elementu może w realny sposób wpłynąć na terminowość kontraktu jak również mieć skutki finansowe dla wykonawcy lub zamawiającego” nie mogą zostać uznane za zasadne. Nie można się zgodzić z Odwołującym, że uzasadnienie nie pozwala na ustalenie, dlaczego członkowie komisji uznali dany element za kluczowy. Twierdzenie takie Odwołujący zdaje się wywodzić z przyjętej dla potrzeb argumentacji Odwołania definicji „elementu kluczowego”, która nie znajduje oparcia w SIWZ. Przytoczone powyżej sformułowania uzasadnienia wprost bowiem odnoszą się do definicji elementu kluczowego zawartej w SIWZ, a skoro zaś członek komisji uznał, że element oceniany cechy te posiada, to jedynym logicznym i zgodnym z SIWZ następstwem było przyznanie punktu za ów element. Należy zauważyć, że żądanie dalszego uszczegółowienia uzasadnienia sprowadza się w zasadzie do wymagania od członków komisji, by każdy z nich przedstawił, jak rozumiał poszczególne

elementy definicji kluczowego elementu kontraktu zawartej w SIWZ, co jest żądaniem spóźnionym – Odwołujący był uprawniony do wnoszenia zapytań do treści SIWZ w trybie art. 38 ustawy Pzp oraz do wniesienia odwołania od przyjętej definicji, czego zaniechał. Dalej należy wskazać, że uzasadnienie czynności Zamawiającego może być uznane za niezgodne z art. 92 ustawy Pzp w sytuacji, gdy uniemożliwia ono wykonawcy weryfikację poprawności tej czynności oraz np. sformułowanie odnoszących się do niej zarzutów odwołania (por. np. wyrok KIO z dnia 3.03.2017 r., KIO 329/17, z dnia 5.04.2017 r., KIO 517/17, z dnia 11.08.2017 r., KIO 1577/17). W niniejszej sprawie sytuacja taka nie zachodzi – Odwołujący wiedział bowiem, jakie cechy Zamawiający przypisał ocenianym elementom, a zatem miał możliwość zakwestionowania dokonanej oceny, poprzez wykazanie, że nie posiadają one wskazanych w ocenie cech i w zgodzie z SIWZ nie powinny być punktowane. Z uzasadnienia oceny wyraźnie wynika także, że Zamawiający nie dokonał agregacji omawianych cech, bowiem każdy element oceniany był osobno i punkt przyznawano (bądź nie) każdemu osobnemu elementowi. W ocenie Izby Zamawiający sporządził uzasadnienie oceny ofert w rzeczonym podkryterium na poziomie szczegółowości daleko wykraczającym poza przyjęte standardy i niewątpliwie umożliwiającym wykonawcom podważenie oceny co do każdego z 268 elementów opracowania konsorcjum Egis. Omawiane uzasadnienie z pewnością też wypełniało nakaz zawarty w wyroku KIO 2035/18, gdzie Izba nakazała sporządzenie uzasadnienia „w sposób umożliwiający identyfikację podstaw dokonanej oceny każdego ze wskazanych w opracowaniu” elementów kluczowych. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała także, że uzasadnienie ma mieć charakter jawny – wymóg ten został spełniony, co było w sprawie okolicznością bezsporną.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

3. Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów, wobec zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Egis pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419). Odwołujący podnosił, że opracowanie pisemne konsorcjum Egis złożone na potrzeby oceny oferty w podkryterium „Kluczowe elementy kontraktu” stanowiło powielenie OPZ i dokumentów postępowania i nie stanowiło wartości dodanej dla Zamawiającego oraz nie pozwalało na ocenę profesjonalizmu wykonawcy, a wraz z oceną ofert dokonaną przez Zamawiającego niezgodnie z wytycznymi zawartymi w ww. wyrokach KIO doprowadziło do zawyżenia punktacji konsorcjum Egis i w rezultacie zaniżenia punktów przyznanych Odwołującemu. Odwołujący podnosił, że działanie konsorcjum Egis stanowiło naruszenie dobrych obyczajów.

W ocenie Izby zarzut ten należało uznać za spóźniony. Jak zasadnie wskazał Przystępujący, Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutu powziął już z pism Zamawiającego z 13.07.2018 r. i 17.09.2018 r. Jak wynika z uzasadnienia wyroku KIO 2035/18 Odwołujący już wówczas podnosił, że konsorcjum Egis dopuściło się nadużycia poprzez rozbitcie elementów na mniejsze lub wskazania elementów pozbawionych cech kluczowości i stanowiących powtórzenie OPZ. Ponadto, po drugiej ocenie ofert (z dnia 25.09.2018 r.) Odwołujący znał również wpływ, jakie na ostateczną punktację (w szczególności różnicę pomiędzy ofertami) miał sposób sporządzenia metodologii przez Przystępującego oraz zgodna z wyrokiem KIO 1303/18, 1310/18, 1322/18 ocena Zamawiającego. Wobec powyższego należy uznać, że Odwołujący winien był sformułować omawiany zarzut już w Odwołaniu od czynności oceny ofert z dnia 25.09.2018 r. Terminy na wniesienie odwołania określone w art. 189 ustawy Pzp mają charakter zawity. Skoro zatem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum Egis w toku oceny ofert zakończonej we wrześniu b.r., a okoliczności mające uzasadniać uznanie złożenie oferty za czyn nieuczciwej konkurencji były już wówczas Odwołującemu znane, to termin na podniesienie tego zarzutu winien być liczony od dnia przekazania informacji o ww. ocenie ofert. Termin ów upłynął zatem w dniu 5.10.2018 r., wobec czego omawiany zarzut, jako spóźniony, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Ad. 4 zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że postępowanie podlega unieważnieniu, gdyż jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wywodził to z okoliczności, że w jego ocenie, z uwagi na konstrukcję podkryterium Kluczowe elementy kontraktu, niemożliwe jest przeprowadzenie oceny ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przy zachowaniu jego istoty, tj. oceny jakościowej opracowań wykonawców.

Izba, wbrew żądaniom Przystępującego i Zamawiającego odmówiła uznania omawianego zarzutu za spóźniony. Odwołujący zarzut ten wywodził z treści ponownej oceny ofert i jej uzasadnienia, którym zarzucał naruszenie ww. zasad, co miało wynikać również ze sposobu skonstruowania ww. podkryterium i jego rozumienia przez Zamawiającego. Kolejna ocena ofert, dokonana na skutek wyroku KIO, niewątpliwie może ujawnić wadę postępowania o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, brak zatem podstaw dla uznania zarzutu za spóźniony.

W ocenie Izby rzeczony zarzut nie potwierdził się. Jak szeroko opisano w rozważaniach dotyczących zarzutu ad. 1, nie jest zasadnym twierdzenie, że konstrukcja ww. podkryterium umożliwia jego nadużycie poprzez sztuczne namnożenie wskazywanych elementów kluczowych. Nie świadczy również o braku możliwości zachowania zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców przyjęcie przez oferentów różnych metodologii sporządzenia opracowań. Jak wskazano wcześniej, Przystępujący sporządził opracowania zgodnie z SIWZ, w którym wyraźnie wskazano, że przyznany będzie jeden mały punkt za każdy prawidłowo wskazany element kluczowy kontraktu. Okoliczność, że konsorcjum Egis celem uzyskania większej ilości małych punktów wskazało, zgodnie z SIWZ, wielokrotnie więcej elementów kluczowych niż Odwołujący, nie świadczy o wadliwej konstrukcji podkryterium. Podnoszona przez Odwołującego kwestia „istoty kryterium” nie może stanowić o zasadności zarzutu, bowiem jak Izba wskazała powyżej, rzeczony podkryterium zostało opisane jasno i precyzyjnie, brak jest podstaw dla przyjęcia oceny ofert na innych zasadach niż te jasno opisane w pkt 20.8.3 SIWZ - IDW. Znaczna różnica punktowa pomiędzy poszczególnymi ofertami nie może być podstawą uznania, że kryterium zostało błędnie skonstruowane. Na taki wniosek pozwoliłoby dopiero ustalenie, że nie jest możliwe przeprowadzenie oceny ofert (przy sposobie ustalonym przez Zamawiającego) w sposób zgodny z art. 7 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, że zarówno możliwość otrzymania nieograniczonej liczby małych punktów w rzeczonym kryterium (a zatem także wskazania dowolnej liczby elementów kluczowych), jak też jego uznaniowość była znana wykonawcom na etapie przygotowania ofert, bowiem jasno wynikała z SIWZ – IDW. Uznanie, że wobec przyjęcia przez Odwołującego metody sporządzenia opracowania, która stawia jego ofertę w gorszej pozycji, rzeczony kryterium jest wadliwe, stanowiłoby na obecnym etapie postępowania pokrzywdzenie Przystępującego, który przygotował ofertę zgodnie z SIWZ i jako takie byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Wymaga odnotowania, że sformułowanie omawianego kryterium w sposób, który umożliwił przyjęcie różnych metod sporządzenia ww. opracowań, nie stanowi o jego wadliwości - skoro miały one mieć autorski charakter, to pozostawienie swobody w jej przygotowaniu (w ramach przewidzianych pkt 20.8.3 i zawartej w nim definicji elementów kluczowych) było wręcz wskazane.

Reasumując, w ocenie Izby brak jest podstaw dla uznania, że kryterium Kluczowe elementy kontraktu zostało sformułowane w sposób nie pozwalający na zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wobec czego nie zachodzi wada postępowania o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ad. 5. zarzut zaniechania odtajnienia oferty konsorcjum Egis.

Odwołujący podnosił, że opracowanie konsorcjum Egis, wobec okoliczności, iż stanowiło zawieranie powtórzenia OPZ nie zasługuje nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym nie zasługuje na ochronę prawną.

Omawiany zarzut należało uznać za spóźniony. Odwołujący wiedzę o zastrzeżeniu opracowania Przystępującego „Kluczowe elementy kontraktu” jako tajemnicy



przedsiębiorstwa powziął najpóźniej w dniu 13.07.2018 r., wraz z przekazaniem odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego, co za tym idzie, termin na wniesienie odwołania w tym zakresie winien być liczony od ww. daty. Ponowienie czynności oceny ofert oraz sporządzenie jej uzasadnienia na skutek kolejnych wyroków Izby w żaden sposób nie wpływają na ww. termin, nie zaszły żadne nowe czynności odnoszące się do ww. zastrzeżenia. Omawiany zarzut odnosi się do zaniechania Zamawiającego (odtajnienia opracowania Egis) które miało miejsce przed prawie 6-cioma miesiącami.

Wobec powyższego, zarzut jako spóźniony, nie podlegał rozpoznaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....